



UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

KAROLINE TARCIANE DE BARROS CAMPOS DANTAS

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS:
UM INSTRUMENTO EM FAVOR DA DEMOCRACIA?**

Recife
2014

Karoline Tarciane de Barros Campos Dantas

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS:
Um instrumento em favor da democracia?**

Dissertação submetida à Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, como requisito final à obtenção do título de Mestre em Direito. Na Área de Concentração: Direito, Processo e Cidadania – Linha de Pesquisa: Jurisdição e Direitos Humanos.

Orientador: Professor Doutor Marcelo Labanca Corrêa de Araújo
Coorientador: Professor Doutor Sérgio Torres Teixeira

Recife
2014

Karoline Tarciane de Barros Campos Dantas

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E AUDIÊNCIAS PÚBLICAS:
Um instrumento em favor da democracia?**

DEFESA PÚBLICA em

Recife, 27 de Agosto de 2014.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador: Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

1º Examinador: Coorientador: Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira

2º Examinador (interno): Prof. Dr. Glauco Salomão Leite

3º Examinador (externo): Prof. Dr. Ademário Andrade Tavares

Recife
2014

Dedico ao Deus Todo Poderoso, autor e consumidor da minha fé, a minha querida família pelo amor e incansável dedicação, e ao meu amado esposo companheiro de todas as horas, pelo amor e dedicação.

AGRADECIMENTOS

A Deus pelo privilégio de ter seu Santo Espírito me iluminando e renovando em todos os momentos. Pelo dom da vida e por sua infinita misericórdia.

Aos meus pais Carlos e Lúcia, pelo exemplo de amor que fui criada, pelo apoio constante, dedicação, compreensão e incentivo, sem os quais não haveria a realização deste trabalho.

Ao meu esposo e amigo Eduardo, pelo amor, incansável paciência, compreensão, inspiração e infatigável dedicação. Os meus mais sinceros agradecimentos, com você por perto foi mais fácil transpor os dias de desânimo e cansaço.

As minhas queridas irmãs Keyla e Karla pelo amor, dedicação, inspiração e incentivo que sempre me dispensaram. Aos meus sobrinhos Kamily e Daniel, pelo sentimento grandioso de amor que me proporcionam sentir.

As irmãs que a vida carinhosamente me presenteou Cynara e Milenna, pela incansável ajuda em oração, dedicação e amor que muito me inspirou a continuar. Meus sinceros agradecimentos.

Ao meu orientador Prof. Dr. Marcelo Labanca, pela orientação segura e paciente que contribuiu muito no desenvolvimento deste trabalho. Pela simplicidade, presteza e confiança demonstrada, meus sinceros agradecimentos.

Ao meu coorientador Prof. Dr. Sérgio Torres, pela alma pura e despida de vaidades, pelos ensinamentos de vida que aprendi com ele em sala em aula, meus sinceros agradecimentos.

A querida Prof. Dra. Marília Montenegro, pela sensibilidade, simplicidade e dedicação que a diferencia como educadora.

A Nélia e Alessandra, pela incansável atenção, dedicação e palavras de afeto.

A todos os professores e mestres ao longo da minha vida, pela grande influência que tiveram na minha formação profissional. E a todos que direta ou indiretamente contribuíram para a realização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os pressupostos das audiências públicas no âmbito jurisdicional, fazendo uma conexão entre a democracia e o constitucionalismo, vez que essa é a fundamentação da jurisdição constitucional que cerca o tema. As audiências públicas têm previsão legislativa desde 1999 (Leis 9.868/99 e 9.882/99), mas somente em 2007 passaram a ser massivamente utilizadas como instrumento de legitimação. Com esse estudo, objetiva-se verificar a participação popular nas chamadas “decisões públicas” como pré-requisito para uma sociedade civil democrático-participativa. Uma vez que o instituto visa a efetivação de aspectos democráticos com maior participação, proporcionando uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, de acordo com a teoria constitucionalista de Peter Häberle, o autor foi utilizado como marco teórico da pesquisa. Aprofundando o recorte temático, analisou-se ainda o contexto das audiências públicas jurisdicionais no âmbito da saúde e a legitimidade da atuação do Supremo Tribunal Federal, principalmente no que tange à Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Quanto à metodologia, além do estudo de caso, realizou-se vasta pesquisa bibliográfica e documental (jurisprudencial), tomando por pressuposto o racionalismo crítico popperiano.

Palavras-chave: Democracia. Constitucionalidade. Audiências Públicas. Judicialização da Saúde.

ABSTRACT

This work aims to analyze the assumptions of public hearings in the jurisdictional context, making a connection between democracy and constitutionalism, as this is the foundation of constitutional jurisdiction surrounding the theme. Public hearings are provided by Brazilian law since 1999 (Lei 9.868/99 and 9.882/99), but only in 2007 became massively used as a legitimizing instrument. With this study, the objective is to verify people's participation in so-called "public decisions" as a prerequisite for a democratic and participatory civil society. Since the institute aims at the realization of democratic aspects with greater participation by providing an open society of constitutional interpreters, according to the constitutional theory of Peter Häberle, the author was used as a theoretical framework for the research. Deepening the thematic focus, the context of the judicial public hearings in the health area and the legitimacy of the Brazilian Supreme Court actuation are also analyzed, especially with particular regard to one case, the "Suspensão de Tutela Antecipada No. 175". As for the methodology, in addition to the case study, extensive bibliographical and documental (jurisprudence) research has been made, always taking for granted the Popper's critical rationalism.

Keyword: Democracy. Constitutionality. Public Hearings. Judicialization of Health.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 - O CONTEXTO NEOCONSTITUCIONAL FRENTE À INTERPRETAÇÃO DO DIREITO	15
1.1 Controle Constitucional como fundamento para a jurisdição constitucional..	20
1.2 Atribuições do Poder Judiciário dentro do seu papel político	26
1.3 O Supremo Tribunal Federal e a inclinação para uma atuação jurídica política	30
1.4 A expansão na atuação do Supremo Tribunal Federal	32
CAPÍTULO 2 - A TEORIA DA SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO DE PETER HÄBERLE COMO A NOVA HERMENÊUTICA.....	38
2.1 A Teoria de Peter Häberle democratizou o processo interpretativo	41
2.2 A difusão do pensamento de Peter Häberle e a sua influência para o Direito Constitucional.....	48
CAPÍTULO 3 - PRESSUPOSTOS DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO CENÁRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.....	55
3.1 A Democracia como um dos pilares das Audiências Públicas	59
3.2 Cidadania: a materialização do direito à participação popular	62

3.3	A inquietação entre o Constitucionalismo e a Democracia dentro do cerne da Legitimidade da jurisdição constitucional	65
-----	--	----

CAPÍTULO 4 - AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO ORGANISMO CONSTITUCIONAL DE FORTALECIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 69

4.1	Audiências Públicas no Poder Judiciário: instrumento de efetivação da participação popular	76
4.2	Audiência Pública da Saúde e sua contribuição para o Direito	80

CAPÍTULO 5 - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE DO AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA Nº 175 83

5.1	Estudo de Caso: Doença de Niemann Pick Tipo “C”, o Medicamento Zaveska e a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175.....	85
5.2	Fundamentos da não concessão da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175 pelo Supremo Tribunal Federal	87
5.3	Decisão unânime: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à Suspensão de Tutela Antecipada nº 175	89

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 91

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 97

ANEXOS 101

INTRODUÇÃO

A presente dissertação de mestrado tem por finalidade a análise dos preceitos das audiências públicas jurisdicionais, como instrumento de participação democrática, onde há uma abertura para que os julgadores possam ouvir e analisar opiniões de interessados, acerca de determinado assunto.

As audiências públicas têm por objetivo sanar quaisquer dúvidas ou controvérsias que surjam sobre os mais variados assuntos, sendo assim, criadas com o intuito de o Poder Judiciário revisar e pesquisar acerca de determinados temas, antes de proferir qualquer decisão. Este direito está resguardado na Constituição Federal de 1988, bem como, no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal nos artigos 13, XVII, e 21, XVII. As audiências públicas devem ter como público pessoas com autoridade e conhecimento em determinado assunto, a fim de que sejam evitadas polêmicas, quando o caso for de tamanha repercussão e controvérsia. Dentro da realidade fática de desfavorecimento das classes sociais, de má distribuição de renda no país, e constante desigualdade social as pessoas desacreditam que possam ser, estarem ou executarem algo para modificar esse panorama, o que termina por mitigar o exercício da cidadania no contexto político.

O déficit de participação popular e interesse pela política, têm sido observados nos dias atuais, de um jeito ou de outro. O que motiva isso é a decepção dos cidadãos com o sistema democrático vigente.

As práticas democráticas não são ou estão isoladas em si mesmas; elas fazem parte de um contexto e por isso o cidadão nega-se a aceitar a realidade contrassenso, tomando uma postura de não exercer o seu direito à cidadania.

Embora, a tendência é que essa inércia social não se perpetue, pois o cidadão é parte da gestão e não apenas um observador dos

feitos do poder público, é titular de direitos e exerce a cidadania quando participa ativamente de movimentos decisivos. Visto que o cidadão é sujeito de direitos e de obrigações, porém algumas motivações negativas tentam barrar essa afirmativa de participação popular em decisões da Administração Pública, sobremaneira a escassez estrutural administrativa, que transforma certos obstáculos intransponíveis como é o caso às vezes do descrédito.

Contudo, diante do exposto e da propagação da desigualdade social e da má distribuição de renda entre as classes sociais, bem como da tensão política que o Brasil vivencia nos últimos tempos, há uma grande tendência de descaracterização do direito que impede a implantação de uma cidadania que seja política e social também. Assim, uma das maiores dificuldades do sistema democrático é alicerçar valores políticos guiados em uma esfera que proporcione o resgate de méritos e assumam de fato um comportamento democrático.

A falta de crédito do cidadão no sistema político traz sérios danos ao princípio da democracia, pois um dos pilares do direito à democracia é a participação do indivíduo na política. À medida que o sujeito participa, essa participação vai se tornando algo forte no seio das instituições. O que acaba por se tornar uma via de duplo acesso, pois tanto fortalece as organizações sociais, como também o direito à cidadania política do indivíduo exercida de forma eficaz, visto que este tem poder de modificar uma situação decisiva. Nesta perspectiva democrática um tanto definida a política é vista mais do que uma conduta categórica, determina-se a instituição de uma prática direcionada à coletividade.

Quanto a delimitação do tema e dos pressupostos descritos, se discutirá tendo em vista os inevitáveis tumultos advindos da legitimidade das audiências públicas em sede de Supremo Tribunal Federal.

As considerações que se encontram ao longo deste trabalho, estão divididas em quatro capítulos e em cada um deles contém seus respectivos blocos para uma melhor análise do tema proposto. O estudo traz

uma abordagem doutrinária, bem como um estudo do caso a respeito de uma Audiência Pública da saúde que ocorreu no ano de 2009 (Suspensão de Tutela Antecipada nº 175), na qual o Ministro Gilmar Mendes indeferiu o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, em sede de Agravo Regimental, formulado pela União, onde este Ente Federativo formulou pedido baseando-se em outro semelhante à Suspensão de Tutela Antecipada nº 178. Diante de tanta polêmica acerca do assunto, o Ministro Gilmar Mendes convocou uma audiência pública da saúde visando aclarar algumas questões.

O estudo da audiência pública da saúde se faz necessário por sua inegável instrumentalidade nesta Dissertação de Mestrado, visto que a sua análise enriquecerá o texto escrito de forma a entender a sua convocação, realização, quais as pessoas que participam, bem como a influência que trouxe para as decisões proferidas pela Suprema Corte.

O primeiro capítulo abordará a questão neoconstitucional no contexto da interpretação do direito; logo depois se faz necessário trazer para o estudo o controle da constitucionalidade como fundamento para a jurisdição constitucional; as atribuições do Poder Judiciário e o seu papel político não partidário; o Supremo Tribunal Federal e sua inclinação para uma atuação jurídico-política e a expansão na atuação do Supremo Tribunal Federal.

O segundo capítulo tem por objetivo tratar sobre a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle, bem como a influência dessa nova hermenêutica no direito constitucional pátrio.

O terceiro capítulo tem por objetivo a apresentação do trabalho proposto, tratando dos pressupostos das audiências públicas no cenário da jurisdição constitucional. Dentro deste estudo, serão abordados assuntos como a democracia, sendo este um dos pilares das audiências públicas, e cidadania como a materialização do direito à participação popular. Ainda no primeiro capítulo tratará da inquietação que há entre o constitucionalismo e a democracia no âmago da jurisdição constitucional, tema bastante pertinente.

No quarto capítulo, há uma apresentação e conceituação das audiências públicas no âmbito jurisdicional como organismo de fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Também como instrumento de participação popular, tratará sobre a judicialização da saúde, assunto bastante discutido no universo jurídico, bem como a contribuição das audiências públicas da saúde no ordenamento jurídico. Nesse bloco será feita uma explanação acerca das audiências públicas e o seu papel de influenciar e contribuir nas decisões judiciais, também será explanado um prefácio da questão da audiência pública da saúde (STA nº 175).

No quinto e último capítulo, houve uma minuciosa descrição da Audiência Pública da Saúde, uma análise do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, este proposto pela União. O Supremo Tribunal Federal, em decisão da presidência, não deferiu o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada formulada contra acórdão do TRF 5ª região, por não observar grave dano à economia, à ordem e à saúde pública. Um dos posicionamentos demonstrados pelo Ente Federativo que interpôs o petitório é a questão do medicamento não ter registro pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não podendo estar à venda no comércio brasileiro.

A doença de que trata a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 é a doença de Niemann Pick Tipo “C” e o Medicamento é o Zaveska. A audiência foi fundamental, e entrou como instrumento garantidor de direitos fundamentais existentes, porém algumas vezes ainda não exercidos. A decisão do Supremo Tribunal Federal foi para suprimir uma lacuna administrativa, solucionando omissões administrativas em debate, a distribuição de medicamentos aos pacientes necessitados, bem como aos tratamentos adequados. O caminho que o Poder Judiciário desejou trilhar não foi um caminho novo e sim um caminho já existente do direito à saúde eficaz, porém não explorado anteriormente. Nesse capítulo ainda serão trazidos os fundamentos da não concessão da Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 pelo Supremo Tribunal Federal, bem como a decisão unânime dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, a discussão de alguns institutos do direito relatados neste estudo, tanto em seu aspecto dogmático como zetético, ou seja, desobrigando-se a partir de proposições inatacáveis com papel diretivo explícito ou de indícios e verificações que podem ser averiguadas e transmudadas com o encargo especulativo explícito.

Por fim, será apresentada a conclusão, não tentando forjar um esgotamento do tema, mas um preâmbulo para discussões futuras visando esclarecer os pontos principais deste trabalho, frente aos limites metodológicos aplicáveis a esta Dissertação de Mestrado.

1. O CONTEXTO NEOCONSTITUCIONAL FRENTE À INTERPRETAÇÃO DO DIREITO

Antes de se discutir acerca das audiências públicas mister se faz tratar sobre neoconstitucionalismo, que quer explicar o novo constitucionalismo, a contemporaneidade de suas ações e os efeitos que esse novo comportamento constitucional tem trazido ao âmago da sociedade. “Neo” significa novo, aquilo que ainda está em definição conceitual, que é o caso do recente constitucionalismo, muito bem elaborado por Cambi (2007, p. 22).

Objetivando a efetividade da Constituição Federal de 1988, sobretudo quando se fala em direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo tem como fundamento cumprir com o papel dos direitos contidos na ordem jurídica, bem como os promover à execução para ser instrumento do Estado Democrático de Direito. Essas modificações que o Estado de Direito tem desenvolvido é para que diante da complexidade e atividade social, surja um novo modelo de direito capaz de acompanhar toda essa metamorfose social que vem ocorrendo, visando privilegiar o valor em referência à pura legalidade.

Depreende-se que interpretar é a natureza do documento político constitutivo de um Estado, visto que o ordenamento jurídico seja ele o positivado ou não, traz em seu contorno as normas supraconstitucionais, constitucionais e infraconstitucionais.

A Constituição Federal em seu texto, apesar de dever ser o mais equilibrado e firme que consiga, transforma-se de sentido com o passar do tempo em conjunto com a evolução social. Ainda que não exista variação textual é possível mudar a sua interpretação, mediante leitura. E isso se compõe exatamente para que a justiça seja efetivada e dessa forma seja atingida. Quem observa os dispostos legais, instituídos há muitos anos não necessita compreender a causa que levou o criador do dispositivo legal ao fazê-lo e sim a conclusão para os dias atuais. Se os limites legais forem

reverenciados, a Constituição Federal deve manter-se conectada às mutações sociais que ocorrem de tempos em tempos.

Como ocorre no caso dos crimes eletrônicos ou também chamados de crimes digitais, a Constituição Federal certamente não previa em suas manifestações legais no ano de 1988. Pelo simples fato de que em 1988, no ano de sua elaboração, a internet ou rede mundial de computadores não ser a ferramenta necessária para o dia, mas nem por isso que o Poder Judiciário deixará de tomar suas decisões baseadas na legalidade, muito embora a Constituição Federal não faça menção expressa.

O neoconstitucionalismo traz em sua essência uma modificação conceitual quanto aos princípios e diretrizes constitucionais, a possibilidade de uma atuação mais extensiva, abarcando cada vez mais dinamismo. Há quem concorde com essa visão de modificação constitucional necessária, porém há também aqueles que vão com veemência esses ensinamentos. Entretanto é inegável a atuação majestosa desse conceito constitucional, que vem ocorrendo com mais e mais força, diante do olhar da sociedade.

Antes da Constituição de 1988, a lei e os códigos se colocavam no centro do sistema jurídico, era a primazia do Direito Privado, influenciada pela escola de ideais iluministas, a Escola Legalista (Escola da Exegese). Essa Escola tinha como premissa a lei geral e abstrata, baseada no pensamento de que todos os seres são livres e iguais, dotados das mesmas capacidades e necessidades. Essa visão liberal, no entanto não mais se ajusta à realidade contemporânea.

A lei hoje é resultado de ajustes entre os diversos grupos de pressão que atuam no cenário político. Logo, a visão positivista de que a lei era expressão do direito não mais cabe na realidade contemporânea, pois a lei não é só expressão do direito. Deve conformar-se à Constituição e moldar-se aos direitos fundamentais, dentre eles a tutela jurisdicional legítima. Cambi versa (2007, p. 24), esse direito primordial à ordem jurídica justa está previsto no

artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Resguardando o acesso à justiça, sendo este não somente o direito de estar em juízo, como também uma garantia primária do processo, tais como: o direito de ação, do contraditório e da ampla defesa, da legalidade, da isonomia, do juiz natural, entre outros direitos.

Mostra-se assim, a função notória do processo que passa a não mais ser um artifício de única utilização individual, e sim um canal de promoção da justiça a fim de ajudar o Estado. O processo passa a ser uma ferramenta democrática do Poder Judiciário, que ultrapassa o interesse singular. Cambi (2007, p. 42) conclui que apesar do discurso “neo” ser bastante sedutor, de nada adianta apenas o discurso, ou seja, a teoria desvinculada da prática não surtirá efeitos.

O destinatário da teoria, que não é o jurista, mas o cidadão que se submete ao Judiciário, precisa sentir que o direito serve para protegê-lo. E o “novo” nesse sentido, deve se impor na medida em que mostre ser uma alternativa melhor que a velha ou que implique a construção de técnicas que torne mais efetiva, rápida e adequada à prestação jurisdicional. No contexto, Cambi (2007, p. 01), apresenta uma análise de que forma a Constituição e o processo podem se relacionar. Para o autor, quando a “Lei das Leis” dispõe quais são os direitos e deveres fundamentais ou estabelece mecanismos formais de controle constitucional ela está se relacionando com o processo diretamente.

Por outro lado, quando tutela distintamente determinado bem jurídico ou determinada categoria de sujeitos, permite ao legislador a previsão de regras processuais específicas e assim relaciona-se indiretamente com a dinâmica processual. Para Cambi (2007, p. 03), é impossível compreender o processo sem buscar seus fundamentos de validade na Constituição, ou seja, o processo é uma importante ferramenta de efetivação dos preceitos constitucionais. É nesse âmbito que o neoconstitucionalismo tem contribuído, porém não sem causar questionamentos, já que o “neo” ou “novo” geralmente é marcado por insegurança e incerteza, pois pode ser o avanço ou

o retrocesso ou até um simples movimento circular que não levará a lugar algum.

No que tange ao chamado “neoconstitucionalismo”, Cambi (2007, p. 03-04), o apresenta sob os pontos de vista histórico, filosófico e teórico. Sob o aspecto histórico, aponta o período pós II Guerra Mundial, na Europa, como cenário para as transformações mais importantes no Direito constitucional contemporâneo, devendo-se salientar a Lei Fundamental de Bonn (1949), e as Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978). É esse o momento histórico em que a supremacia do direito de propriedade cede lugar à dignidade da pessoa humana permitindo assim, um estreitamento dos vínculos entre direito e política que possibilitou o surgimento do Estado Democrático de Direito.

No Brasil apenas em 1988 é que se teria, com a Constituição, o marco de passagem para esse modelo de Estado e o crescente nascimento de um “sentimento constitucional”. Já sob o aspecto filosófico, com o pós-positivismo e seu constante exercício hermenêutico para distinguir o direito da lei, tem-se a conceituação que distingue princípios de regras e o resultado é a revitalização da ideia de execução da norma, que não mais se enquadra na antiquada visão da decisão enquanto um silogismo jurídico. Essa visão sem dúvida irá influenciar as mudanças teóricas trabalhadas no presente estudo. Nesse sentido, Cambi (2007, p. 06) afirma a recepção de força normativa à Constituição, o progresso e crescimento da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de um novo estudo da interpretação constitucional como as três vertentes teóricas do neoconstitucionalismo.

Reconhecer a força normativa da Constituição é, segundo Cambi (2007, p. 06), reconhecer à Constituição e o caráter jurídico imperativo. As normas constitucionais deixam de ser normas programáticas, ou simples declarações políticas, dispensadas de positividade ou efeito vinculante para servir de limite material negativo dos poderes públicos, vinculando não apenas o legislador, mas todos os órgãos concretizadores os quais devem tomá-las como diretivas materiais permanentes. Essa nova visão resulta em

consequência na expansão da jurisdição constitucional, que se realiza na materialização do princípio do acesso à justiça. Com efeito, a audiência pública que facilitou o acesso do cidadão ao Poder Judiciário de forma direta.

O Poder Judiciário hoje desempenha papel fundamental e tem sido utilizado para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, garantindo a conformidade das leis ao princípio da supremacia da Constituição, através do controle de constitucionalidade. A atuação judicial nesse sentido, porém não é imune a críticas. Ao contrário, muitos argumentam que a *judicial review* aproxima o direito da política e pode conduzir a uma ditadura do Judiciário. Essa visão, é necessário mencionar, deve-se em grande parte à gênese do *judicial review* com o caso *Marbury vs. Madison*, de clara conotação política, julgado em 1803, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, conforme salienta Cambi (2007, p. 09).

No Brasil, coexistem o controle abstrato e o concentrado de constitucionalidade, que resultam, segundo informações do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, em intensa atividade judicial a qual por sua vez suscita críticas quanto à legitimidade democrática. Questiona Cambi: “Poderiam os magistrados não tendo sido eleitos pelo voto direto, tomar decisões políticas, em nome da maioria da população?” Nesse sentido, Cambi (2007, p. 11-12) faz considerações acerca do conceito de democracia, tomando como base a doutrina de Norberto Bobbio. Afirma ele ainda que vive-se, atualmente, a crise da democracia representativa, em virtude da cisão entre o direito e a lei. Não há democracia em sentido substancial sem a efetivação dos direitos fundamentais. E nisso o Poder Judiciário desempenha papel fundamental.

Não obstante, por não exercerem cargos eletivos, os juízes têm a legitimidade do seu poder de decisão, debatido constantemente no âmbito da jurisdição constitucional. Sua expansão ou restrição, no entanto, devem ser analisadas como um pêndulo, que observando a reserva do possível e de consistência deve ir da autocontenção à expansão judicial.

A concretização dessas reservas, no entanto não deve ser tal que inviabilize a efetivação dos direitos fundamentais. Segundo Cambi (2007, p. 15), o ativismo judicial deve ser utilizado para garantir a implementação do mínimo existencial; por outro lado, a autocontenção deve prevalecer em relação às atividades dos demais poderes. Ou seja, o papel do juiz já não é mais o mesmo do Estado Liberal, para o qual ele apenas aplicava o texto da lei; ao contrário, a Constituição Federal requer prestações positivas inerentes à implementação de direitos fundamentais, a efetivação destes.

A atuação do juiz, portanto, resulta de um processo hermenêutico dinâmico, que ao invés de seguir uma lógica formal, deve permitir, diante do caso concreto, conclusão que traga mais justiça. Nesse sentido, Cambi (2007, p. 17), desenvolve também algumas considerações acerca da nova interpretação constitucional. Ele afirma a validade dos elementos habituais (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), mas ressalta também a valorização da teoria dos princípios em relação a das regras, que possibilitou encontrar um ponto de equilíbrio entre a vinculação e a flexibilidade.

Assim, no âmbito da hermenêutica constitucional, deve ser sempre preservada a solução que melhor atenda as necessidades sociais, sem ferir a dignidade da pessoa humana, ainda que essa tarefa diante dos casos concretos não seja tão simples de se verificar, em virtude da abstração do conceito, do valor relativo às circunstâncias situacionais impostas pelo caso concreto, passíveis de discussão apenas durante a atividade jurisdicional.

1.1 Controle Constitucional como fundamento para a jurisdição constitucional

Antes que se entenda o desenvolvimento do Estado e o movimento transformador da ideia constitucional é preciso ter em mente a

autoridade valorativa da Constituição Federal para a designação de um Estado que possa ser visto como Estado de Direito. Esse pensamento cada dia mais foi fortalecido e fez surgir o sentimento constitucional na contemporaneidade.

A ascensão do Estado de Direito trouxe o pensamento de que o Estado se efetivaria quando a sua finalidade fosse conhecida, visando à coletividade, a vontade coletiva deveria legitimar a vontade estatal, como necessidade de um arranjo que restringisse a utilização e execução destes privilégios trocados, originando-se a ideia de interesse público sem afetar o cerne do interesse singular de cada indivíduo inserido no Estado e dependente dele. Era necessário frisar que o consentimento dado pelo cidadão para que o Estado atuasse na “vida particular” não era totalizado, nem muito menos tirânico e irrefutável. A possibilidade de transferir poder deveria acontecer somente numa urgência de manter a paz social, sem deixar de observar o apreço que o Estado deveria direcionar aos seus cidadãos.

Nesse sentido, deveria haver uma harmonização política, preocupando-se não só com o interesse plural, como também com o interesse singular. O esforço com a coletividade não poderia ficar em um grau acima do individual. A fim de se obter uma organização e, contudo prudente, se fazia necessário ter um Estado onde a arbitrariedade não fosse o seu foco e que houvesse uma aproximação do interesse coletivo e da consideração ao individual.

O pensamento descrito acima passou a ter relevância quando o Estado foi organizado por uma norma que legitimasse suas ações, tendo a elaboração de regras e preceitos que norteassem a sua atuação, bem como quais os direitos primordiais a serem respeitados. Da conceituação da forma de como o Estado é constituído, como deveria ocorrer sua representação, sendo determinado o modo de governabilidade, suas finalidades e limitações. Porém mesmo com todo aparato estatal era necessário criar uma norma que regulamentasse todas as ações e o exercício do poder estatal. Para que assim fossem amalgamados o interesse individual e o coletivo, e a força de um não fosse o enfraquecimento do outro, era

necessário criar uma lei que instituísse a base valorativa quanto a estes pensamentos. A maneira encontrada foi criar uma Lei Maior, uma lei que trouxesse em seu bojo uma autoridade hierárquica que prescrevesse o Estado e a sociedade para a qual era designada. Essa Lei Maior passou a ser a Constituição. Entrando em cena o instituto constitucionalismo, os cidadãos já não mais se submetem arbitrariamente ao Estado, agora possuíam uma lei que ditava seus direitos e os orientam em suas obrigações.

A Constituição Federal objetivava restringir a atuação de força do Estado e dar relevo à esfera individual, e também aos direitos da coletividade. Essa finalidade poderia ser descrita pela estabilidade, fixando a ideia de Estado de Direito, mediante o constitucionalismo. Até mesmo a Constituição tida numa posição de superioridade foi vista com a possibilidade de transgressão ou até de deturpação do seu conteúdo, assim percebeu-se que até mesmo o comando constitucional deveria ser resguardado de possíveis violações, e essa forma de se resguardar de desobediências e acompanhar à sociedade em sua multicomplexidade foi que se emergiu na jurisdição constitucional. O sentido da palavra jurisdição, quer dizer o direito ou poder/direito de julgar, tendo a possibilidade de ser exercida tanto na esfera judiciária, como na executiva e legislativa. A jurisdição tem haver com o controle de constitucionalidade das ações estatais. Caso a jurisdição constitucional não existisse como ficaria a questão estrutural do Estado? Os direitos contidos na Constituição Federal não seriam observados o que causaria um verdadeiro caos no sistema normativo.

A função precípua da jurisdição constitucional é manter a ordem jurídica justa, bem como fazer com que essas regras constitucionais sejam aplicadas com responsabilidades. E deve ser praticada tanto na concretude das ações ativas, passivas quanto omissivas do Estado, quanto na abstração do controle constitucional. Desta forma era necessário orientar-se quanto à execução constitucional, dentro do controle de constitucionalidade e assim antes de proceder ao estudo do controle constitucional entender-se um pouco sobre a função da jurisdição constitucional. O exame do controle de

constitucionalidade é ponto de estudo para conceituar o instituto, quanto ao seu desempenho ao seu alcance e as suas consequências.

A legitimidade neoconstitucionalista emerge para evitar o descumprimento do controle constitucional das normas jurídicas. No presente estudo adota-se a conceituação trazida por Ferreira Filho (2005, p. 34), que é a observância da adaptação de um ato jurídico à Lei Maior. Envolve a preocupação tanto dos requisitos formais quanto dos requisitos substanciais, em reverência aos direitos e às garantias tuteladas na Constituição Federal. O mecanismo de controle mais aceito no Brasil é o controle de constitucionalidade concentrado, isso não quer dizer que as outras maneiras de controle de constitucionalidade jurisdicionais não sejam observadas o controle difuso e o controle político, até são utilizadas, mas como auxiliares.

O Supremo Tribunal Federal detêm hoje o controle de constitucionalidade concentrado, ou seja, a observância da constitucionalidade se concentra nele. Como diz Moraes (2006, p. 511), este é competente para julgar Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, a Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva ou Representação interventiva e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Manifesta sua decisão no controle de constitucionalidade incidental ou difuso quando da decisão de recurso extraordinário, ação civil pública, mandado de segurança ou até petições diversas dessas que em algum momento da defesa necessite da manifestação da Suprema Corte, para verificação da constitucionalidade do dispositivo, não deixando de notar os direitos subjetivos.

Ao executar o controle da constitucionalidade a Corte Maior utiliza preceitos, porém sempre levando em conta a nova hermenêutica constitucional, capaz de transformar a interpretação sem que haja a necessidade de modificação textual. Há autores que demonstram profundo apreço pela teoria que identifica o Supremo Tribunal Federal apenas como legislador negativo, este trabalho, porém visa uma abordagem mais aberta quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal.

O impedimento da atuação do Poder Judiciário como legislador positivo ainda se baseia na perspectiva arcaica do Princípio de Separação dos Poderes que visava salvaguardar o cidadão de atos abusivos do Estado, e que necessita nos dias hodiernos de uma expansão interpretativa. Este ponto de vista não comporta mais no contexto atual.

Assim, observando esses aspectos o Supremo Tribunal Federal desempenhará papel importante, o de evitar futuras inconstitucionalidades dentro do cenário social. Ou seja, a Corte Suprema deve exercer seu papel constitucional levando em conta o constante progresso dos direitos fundamentais e a subjetividade existente, sem se eximir.

Permitir que o magistrado exerça atividade legislativa positiva é efetivar o que se pretendia na Idade Média com o Princípio da Separação dos Poderes, isto é, defender o indivíduo contra as ações do próprio Estado.

A possibilidade de atuação positiva tem a finalidade de escutar os direitos constitucionais fundamentais e não de desordenar as bases da Democracia. O pensamento a se defender é que o Poder Judiciário, representado pela Suprema Corte, tem a incumbência de garantir a Supremacia da Constituição, visando amparar os direitos principais e fundamentais em casos fáticos e atuar como legislador positivo a fim de dar efetivação dos direitos constitucionais quando exista a ineficácia ou falha por parte do Poder Legislativo.

A flexibilidade de quem decide no controle da constitucionalidade é necessária. É só examinar o Supremo Tribunal Federal em suas explanações e verificar normas infraconstitucionais se revestirem de constitucionalidade depois de uma adequação interpretativa na própria Constituição, mas só é possível se houver abertura de decisão e se a norma que é genuinamente infraconstitucional trazer em seu bojo diferentes significados.

Não há como negar a função inovadora praticada pelo STF em sede de controle de constitucionalidade e a sua capacidade mediata em legislar. Gilmar Mendes (1999) afirma:

Um levantamento na jurisprudência do STF indica que, entre 5 de outubro de 1988 e 27 de maio de 1998, 99 disposições federais e 602 preceitos estaduais tiveram a sua eficácia suspensa, em sede de cautelar. No mesmo período, 174 disposições estaduais e 27 normas federais tiveram a sua inconstitucionalidade definitivamente declarada pelo Supremo Tribunal no âmbito do controle abstrato de normas.

Esses números ressaltam a importância do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Eles demonstram também que, enquanto pretensão "legislador negativo", o Supremo Tribunal Federal – bem como qualquer outra Corte com funções constitucionais – acaba por exercer um papel de "legislador positivo". É que o poder de eliminar alternativas normativas contém, igualmente, a faculdade de, por via direta ou transversa, indicar as fórmulas admitidas ou toleradas.

O juiz passa a não ser mais a boca da lei, como dizia Montesquieu "*bouche de la loi*", e passa a ser um intérprete/tradutor do que esta quer transmitir.

A Suprema Corte evita ao extremo declarar inconstitucionalidade de determinada norma, pois sabe dos prejuízos que essa declaração causa, só quando realmente não se tem saída na hermenêutica é que a norma é tida como não válida.

Quando se analisa acerca do instante exato em que a norma tem sua validade interrompida, deve se ressaltar também que o Supremo Tribunal Federal tem observado os princípios e bases constitucionais, os direitos fundamentais e outros fundamentos constitucionais.

1.2 Atribuições do Poder Judiciário dentro do seu papel político

Quando se fala em Tripartição dos Poderes tem-se a ideia de poderes de fato independentes em suas atribuições, embora harmônicos, como versa a Constituição Federal de 1988. Porém o que vem sendo vivido nos dias hodiernos é a relativização na autonomia desta separação dos poderes.

O Poder Judiciário tem desempenhado um papel cada vez mais relevante dentro do contexto social, isso porque a sua função tem sido cada vez mais interventiva no mundo dos fatos. O que o faz um supra poder. Cabe ao magistrado fazer valer a justiça e as normas advindas da Lei Maior, como olhos e boca da sociedade e se acaso algo não for bem e se mostrar distante dos preceitos constitucionais, quanto aos outros poderes (Executivo e Legislativo) caberá ao juiz não fechar os olhos para tais coisas e intervir.

O Poder Judiciário tem exercício político quando declara a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de certa lei. É nesse sentido que a discussão ganha relevância. Os órgãos do governo passaram a duvidar da legitimidade do Poder Judiciário, quando este intervém nas decisões dos poderes Executivo e Legislativo. Nesta retórica, o constante exame e inspeção do Poder Jurisdicional têm como finalidade proteger a execução dos preceitos constitucionais que são usados como norteadores pela Administração Pública, a fim de melhor manusear o aparelho estatal.

O Poder Judiciário tem crescido de forma acelerada e com isso vem ocupando um espaço que até algum tempo nunca tinha tido, o que estimula as discussões acaloradas. Quando a Corte Suprema declara a inconstitucionalidade de normas, ou quando algum ato do Poder Legislativo é interrompido, surgindo a indagação a respeito de pessoas que não foram escolhidas democraticamente “anulem ou suspendam a decisão” daqueles que foram escolhidos pelo povo de forma democrática, ou seja, aqueles a

quem a soberania popular outorgou poderes. Mesmo diante de tantos debates quanto às atribuições do Poder Judiciário este ainda tem se revelado como a esperança da sociedade frente ao descontentamento nas instituições políticas e públicas, mesmo examinando que aquele que soluciona questões não foi escolhido pelo povo mediante voto, que na teoria é a característica legitimadora da democracia.

É necessário trazer o conceito de “legitimidade”, para clarificar o ponto de estudo sabendo que essa ideia de legitimidade quer dizer muito quando se trata de Estado Democrático de Direito. A conceituação de legitimação vem da noção de validade, ou adequação do exercício estatal que por sua vez, pode ser entendido como o condão de alterar regras de comportamento ou de fomentação de consequências na coletividade. O sentido de legitimidade aparece quando a atuação política e a sua execução se encontram em locais contrários. A legitimidade ocorre quando a representação feita pela máquina política é eficaz e em conformidade com a vontade do povo. Pode-se afirmar que “os fins justificam os meios” para definir legitimidade. O Poder Judiciário terá uma legitimidade mais aparente quando considerar a vontade do cidadão visto que essa deve ser soberana, como versa o parágrafo único do artigo 1º na Constituição Federal de 1988: “o poder emana do povo”.

Pode-se dizer que a legitimidade jurisdicional deve ser pautada na forma de adequação judicial aos méritos da soberania popular. A legitimidade democrática é na verdade a subordinação e obediência dos julgadores às normas que surgiram da vontade do povo. A natureza da legitimidade jurisdicional democrática está embasada na sujeição dos magistrados à norma constitucional e ao seu exercício promotor e garantidor de direitos fundamentais. O Poder Jurisdicional busca sua legitimidade no cidadão que é simultaneamente instituidor do poder estatal e instituído por ele.

A legitimidade também ganha um lugar especial quando os direitos fundamentais são resguardados, na medida em que atuam em consonância com a vontade popular, dando um contorno permitido à medida que sua legitimidade se torna interventiva. Mesmo que não eleito

popularmente, o Poder Judiciário tem sido o principal guardador e cumpridor dos direitos fundamentais. Já para o jurista e magistrado federal Denz (2007, p. 06), o erro primário a ser corrigido é o pensamento de que o Estado Democrático de Direito se condensa ou se mistura com o conceito de democracia representativa. A legitimidade, segundo ele, não se embasa só e somente só na soberania do voto popular.

Em relação ao Poder Judiciário e a legitimação do mesmo é essencialmente diversa das outras formas de legitimação. Gomes (1997, p. 120), traça a diferença entre os dois tipos de legitimação expressos na Carta Magna:

O Poder Constituinte (soberano) concebeu duas formas de legitimação: a representativa (típica dos altos cargos políticos) e a legal (inerente à função jurisdicional). A legitimação democrática legal, racional ou formal dos juizes, portanto, em nada se confunde com a legitimação democrática representativa. Aquela reside na vinculação do juiz à lei e à Constituição, que são elaboradas pelo Poder Político. Esta reside na eleição direta pelo povo dos seus representantes, que ocuparão os principais postos políticos. Os juizes, portanto, de acordo com o sistema adotado pelos Constituintes, não só não serão eleitos diretamente pelo povo, senão que estão proibidos de exercer qualquer atividade político-partidária, o que significa que não podem sequer desejar eleição direta.

Interessante lembrar que exatamente por não serem membros eleitos pelo povo (mediante eleições), que o Poder Judiciário não tem a obrigação de atender esse ou aquele pedido existindo tão somente uma relação livre e independente nas relações judiciais, vez que o julgamento poderia obedecer única e exclusivamente aos preceitos e princípios constitucionais, notando-se que se as mesmas decisões não tiverem influxo político, isso não lhe tirará seu valor legítimo.

O papel jurisdicional estatal visa harmonizar os ditames jurídicos quando existirem embates. Essa aplicação da lei ao caso concreto é feita via suscitação, o Estado abriu espaço à participação social com o direito constitucional de ação, direito fundamental, inclusive tendo instituído a

possibilidade de participação também nos negócios jurídicos, mediante as audiências públicas, ponto que será estudado mais adiante.

É inegável que o Poder Judiciário tem cumprido um papel político, enquanto poder. Este tem exercido influência política sobre os Poderes Executivo e Legislativo e sobre a própria Constituição, visando sempre alcançar o público aos quais as decisões tocarão de forma direta ou indireta. A celeuma é tentar legitimar decisões com a hermenêutica histórico-social de determinado momento, sendo que o alcance jurisdicional dependerá da capacidade dos outros poderes em aceitar, bem como, a sociedade.

O cerne da questão é o Poder Judiciário conseguir ultrapassar os entraves com os outros poderes e superar isso, delineando seu campo de atuação. Quando o Judiciário se posiciona em oposição aos demais poderes, toma uma postura política de agir conforme a constituição e esse é seu principal argumento: interpretar valores constitucionais e nada mais.

Os negócios governamentais estão sendo visualizados pelo Poder Judiciário, agora há a possibilidade do intérprete e aplicador da norma interferir nela, de modo a não mais ser essa atitude abusiva e estranha à sociedade e aos demais poderes. O cidadão brasileiro tem uma tendência bem peculiar de dirigir todas as suas expectativas de um futuro mais justo ao Poder Judiciário, o que leva a este poder a necessidade de agir com a intenção de responder aos anseios do povo, a fim de não os desamparar, protegendo e resguardando todos os direitos que lhe são inerentes.

A função do Poder Judiciário consiste em controlar as diligências dos poderes Executivo e Legislativo que estejam ligadas às políticas públicas vislumbradas na Constituição ou em leis no ordenamento jurídico. Percebe-se que a atribuição do Supremo Tribunal Federal visa materializar os direitos tidos como constitucionais, decidindo sobre questões constitucionais, salvaguardando a Constituição Federal e a sua supremacia hierárquica no ordenamento jurídico.

1.3 O Supremo Tribunal Federal e a inclinação para uma atuação jurídico-política

O que se tem percebido na contemporaneidade é que a Constituição Federal por si só, não tem sido suficiente para concretização dos seus ditames no mundo dos fatos e por existir essa carência na materialização constitucional é que há a necessidade de intervenção jurisdicional.

Alguns preceitos constantes na Constituição Federal só servem como alegoria da mesma, isso porque normativamente são impotentes e algumas normas não são efetuadas da maneira que deveriam. Isso tem levado o Poder Judiciário a atuar mais frequentemente nas políticas estatais, quando o assunto individual pode envolver a coletividade de forma prejudicial, quando da necessidade de resguardar o que já é contido na lei, para assim não haver instabilidade jurídica e conseqüente insegurança.

Ocorre a participação mais diligente do Judiciário para que assim haja efetivação nos fins constitucionais. É notório que o Poder Jurisdicional tem se transformado em um refúgio político moral para os cidadãos diante de tantas questões complexas levadas ao seio da cúpula do Judiciário. A tensão que ocorre entre os Poderes traz em seu bojo a expansão da atuação do Poder Judiciário e a legitimidade de suas ações decisivas. Essa inquietação acontece porque a representação do Judiciário tem se tornado necessária para o exercício da democracia.

O Supremo Tribunal Federal utiliza meios hermenêuticos mais contemporâneos e pelo juízo da ponderação decide qual a melhor saída para aquela questão polêmica e cheia de atalhos. Leva-se em conta que democracia não só está pautada na questão do voto majoritário, bem como deve ser observado à questão da proteção das minorias contra imposições de uma maioria.

Um caso muito importante para o direito foi a antecipação do parto no caso na anencefalia. Esse caso foi de grande valor no mundo jurídico e começou a relevar o caráter sofisticado com que o Supremo Tribunal Federal vinha solucionando essas questões de ordem jurídica justa. O debate foi de repercussão jurídica e política no Supremo Tribunal Federal, tentando dizer onde começa a vida humana, e mais uma vez foi tornou difícil definir em qual área se encontra o estudo, se no jurídico ou no político. No ano de 2004 a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS demandou na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 a eliminação do artigo penal que proíbe o aborto em caso de feto anencéfalo. Necessitou-se então de estudo conforme a Constituição e diante de tanta polêmica quanto ao que deve ser feito, se a mulher tem ou não autonomia para escolher a gestação.

O Ministro Marco Aurélio, no momento relator da presente demanda, ainda no mesmo ano pronunciou a carência de uma audiência pública, que também veio a ser requerida em 2005, pelo Procurador Geral da República. Mas por questões elementares, em observância ao princípio da admissibilidade da lide pelo plenário, a audiência pública só foi convocada e realizada em 2008. Somente no ano de 2012 é que a ADPF nº 54 foi julgada procedente. Onde por 8 votos a 2, os Ministros entenderam que não é crime interromper a gravidez de fetos anencéfalos, haja vista que o direito à vida do feto anencéfalo não pode ser resguardado a qualquer custo nestes casos, visto que se muito viver será algumas horas ou dias em prejuízo do direito da mulher.

O Ministro Relator do caso, Marco Aurélio argumentou que seria incongruente manter a todo custo uma gestação onde o feto tem chances quase mínimas de sobreviver em detrimento da garantia constitucional a dignidade da pessoa humana.

Outro caso de debate alongado de natureza jurídica e política foi o da importação de pneus usados por meio de ADPF 101-3, no ano de 2006, no qual o foco era econômico, ambiental e internacional, levou-se em

conta a constitucionalidade dos julgados que permitem a importação de pneus recauchutados. Foi debatido o direito fundamental à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e demais violações constitucionais.

No ano de 2008 a Ministra relatora Carmen Lúcia pronunciou despacho convocando uma audiência pública, que foi realizada no mês de junho, onde foi constatado o real impacto e o conseqüente prejuízo que poderia trazer. A demanda só foi julgada um ano depois, em junho de 2009, tendo sua procedência parcial.

Desta maneira, observa-se que a posição política da jurisdição constitucional é reconhecida tratando de uma óptica mais apurada da separação dos poderes. Esse caráter político jurídico faz parte da Constituição, diante de uma gama enorme de possibilidades examinativas, sendo certamente indispensável decidir sem se utilizar da capacidade inventiva. Lógico que isso não permite uma legenda oposta ou fora da Constituição Federal.

Dessa forma, a questão base não é a de definir certas atitudes políticas que têm sido tomadas nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, e sim demonstrar o seu caráter jurídico político de intervir em questões estritamente políticas, não importando as referências de valores e ideologias. Deve-se salientar que essas decisões têm deixado sinais no contexto social, notando cada vez mais a expansão e abertura na atuação da Corte Suprema do Brasil.

1.4 A expansão na atuação do Supremo Tribunal Federal

A expansão no exercício da jurisdição constitucional brasileira tem se dado pela superação do paradigma antigo de interpretação constitucional e aparecimento de um novo modelo hermenêutico: o neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo traz modificações no paradigma anterior seguido pelo Estado de Direito, haja vista a complexidade e constante atividade social, fazendo nascer um padrão de direito capaz de acompanhar toda essa metamorfose social que vem acontecendo. Trazendo em seu âmago uma mudança conceitual quanto aos princípios e diretrizes constitucionais, bem como a possibilidade de uma atuação mais expansiva, diante da natureza versátil.

Tentando adequar a nova realidade a um “novo” direito, ou melhor, a uma “nova” hermenêutica, com a finalidade de serem acompanhadas as mutações e constantes incertezas sociais, um dos caminhos que se achou para a modificação do antigo exercício do direito foi a participação popular nos negócios da máquina estatal, tais como: as audiências públicas que será objeto específico de estudo neste trabalho.

A intenção da participação popular por meio das audiências públicas é tornar democrático o processo constitucional, levando em consideração a natureza política dessa norma, razão por qual deve existir tratamento específico na hermenêutica constitucional. Visto que a interpretação Constitucional não é estática e por isso necessita de um aparato com mais subsistência, tendo em vista a dinâmica social observa-se a modificação na aplicação do direito e não do direito em si.

Não só os intérpretes da Constituição, como magistrados e tribunais vivem os efeitos desta norma. Por isso é essencialmente importante para o processo de alargamento das fronteiras de interpretação constitucional que o cidadão como parte de uma sociedade organizada em grupos de interesses, participe de forma diligente, formulando a sua opinião e ideia acerca de questionamentos muitas vezes infundáveis no contexto complexo da sociedade.

Mesmo tendo o cidadão, enquanto agente da sociedade, uma atuação considerável, não se pode deixar de reconhecer e respeitar o papel dos intérpretes da Constituição: magistrados, que embora não escolhidos

democraticamente pelo voto ocupam um lugar vital no sistema jurídico, muito embora agora as decisões não mais sejam fechadas e dependentes destes. Houve por parte do legislador uma abertura que se desviou de uma leitura absoluta da tradicional hermenêutica, é inimaginável olhar essa abertura dada à interpretação constitucional, sem se observar o novo. Aquele modelo de jurisdição constitucional, que interpretava o caso concreto de acordo com mínimos subsídios é ultrapassado e entra em cena um novo padrão de constitucionalismo: o neoconstitucionalismo, que trouxe consigo a abertura na interpretação constitucional.

O neoconstitucionalismo se observa nas decisões proferidas pela Suprema Corte, a mudança de paradigmas é notável em relação à determinados direitos constitucionais. Também no aperfeiçoamento do processo constitucional que tem admitido as audiências públicas como meio de participação popular na jurisdição constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Vale dizer que a invalidação de um preceito pelo Poder Judiciário compõe a função legislativa negativa da jurisdição constitucional. O Tribunal acaba por fazer o papel do Poder Legislativo, quando anula determinada lei, seja por meio da divisão dos poderes, seja por mera interferência. Quando se trata de separação de poderes, deseja-se banir a centralização de poderes em um único lugar, o que seria fatal em sede de democracia.

A jurisdição constitucional é garantia da divisão dos poderes e não o contrário, em outro ângulo entende-se que os julgados da Corte Suprema trazem consigo uma carga positiva, espelhando o papel normativo que é notável da Corte Máxima. Dentro da perspectiva constitucional, a conduta do Supremo Tribunal Federal tem sido de proferir decisões cada vez mais políticas, utilizando-se de métodos hermenêuticos que traduzem a Lei Maior.

Quando acontece invalidação de uma norma, o Supremo Tribunal Federal, está normatizando de forma negativa e atuando positivamente, quando o modelo político se funde ao jurídico, ou o jurídico ao

político. A elasticidade da norma é que vai demonstrar a possibilidade de adequação da mesma aos casos concretos. Ou seja, é essa flexibilidade da norma que vai dar em maior ou menor grau abertura ao constitucionalismo.

Tavares (1998, p. 40-42), pensa diferente em sede de decisões políticas, dizendo que a decisão constitucional tem aspecto jurisdicional em todas as características, e reconhece de fato a necessidade de uma intercessão entre o jurídico e o político, mas isso não significando que quando o Tribunal Supremo decide com contornos políticos, não transforma a sua decisão em política, permanecendo a sua natureza jurídica.

Analisando-se as jurisprudências do Supremo Tribunal Federal observa-se que elas traduzem o caráter político do mesmo, tendo uma posição política diante dos outros poderes. Os julgados da Suprema Corte têm natureza política, pelo seu caráter singular, o são pela hierarquia superlativa que é dada a Constituição Federal e ao seu caráter predominantemente político.

Esta natureza é forma de avaliar e suplementar o que está contido na Constituição Federal, passando por cima da hermenêutica de mera decisão para tentar buscar a decisão mais correta para certos casos concretos, dentro do âmago da Carta Magna, ou seja, negando qualquer definição que se encontre fora da Constituição.

Necessário é entender que cabe ao adaptador e executor da norma e não ao Poder Legislativo, achar as devidas refutações, a fim de solucionar conflitos em uma sociedade moderna e complexa. Há a necessidade de caminhar por trilhas inéditas, em vez de seguir o caminho pré-estabelecido pela experiência.

O Supremo Tribunal Federal tem exercido uma função de extrema importância no seio da sociedade brasileira como órgão do Poder Judiciário e guardião da Constituição, tem desempenhado seu pleno papel, trazendo respostas aos anseios dos indivíduos, sendo a esperança de um futuro próximo. Visto que tanto o Poder Legislativo, quanto o Poder Executivo

tem passado por situações declinantes de corrupção, desvio de verbas públicas e outros episódios.

A Constituição Federal do Brasil tem dado um alargamento à atuação do Supremo Tribunal Federal e mesmo assim a efetivação da Lei Maior tem sido um contratempo.

A Constituição, por mais detalhada que seja, não traz a generalidade das expectativas normativas de uma sociedade. Não há como prever toda e qualquer ação humana. Isso leva o Judiciário, que neste tópico foi representado pelo Supremo Tribunal Federal a se fortalecer perante a proeminência e sobreposição de suas decisões. Esse fortalecimento se verifica com a possibilidade de proposição de Ações Constitucionais de Declaração da Constitucionalidade, das Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais, inclusive as Súmulas Vinculantes.

O Supremo Tribunal Federal vem conquistando um lugar diferenciado na justiça brasileira. Muito bom para a sociedade ver o Supremo Tribunal Federal como a salvação para o sistema, mesmo com o sentimento de descontentamento já inerente no pensamento humano.

O Supremo encontra-se num patamar entre a organização jurídica e política, portanto, confiar que os seus julgados sejam imparciais é desconsiderar a jurisdição constitucional, que tem por estrutura basilar a política. O clamor desenfreado sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal é justamente quanto à dilatação da sua finalidade.

Deve-se então entender que o Supremo Tribunal Federal, embora bastante questionado em sua atuação tem sido a redenção de muitos casos concretos, ainda mais com o desenvolvimento das audiências públicas, visando democratizar o processo de participação constitucional.

A audiência pública tem como objetivo também a legitimação desse processo neoconstitucional, para tonificar o entendimento técnico e dar

uma base para se compreender a dinâmica das ações sociais e assim acompanhar com decisões a altura de uma sociedade pós-moderna.

Quando o magistrado reage em algum caso concreto proferindo uma decisão no processo, isso servirá de precedente para diversos outros casos. O que se leva a afirmar que a nova hermenêutica constitucional traduzida em ações como as audiências públicas, transmite em mais alto valor a soberania do povo, que acabam por influenciar nas decisões de outros magistrados dentro de uma mesma situação fática.

Diante do exposto, as audiências públicas têm-se tornado organismo constitucional para o encorajamento democrático.

2. TEORIA DA SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO DE PETER HÄBERLE COMO A NOVA HERMENÊUTICA

Na última década, o regime democrático de direito tem sido fomentado por discursos ainda mais constitucionais, sobretudo o da nova hermenêutica constitucional com o pluralismo social e seu agigantamento no eixo da Constituição. Os argumentos para tanto são inegáveis por ser o pluralismo característica pertencente ao Estado Democrático de Direito, esse método proporciona convincentemente uma abertura da interpretação jurídica.

O papel da Constituição no Estado Democrático muito se tem questionado. Ora a sociedade era vista como homogênea nas coletividades, ora era, e é vista com diversidade e heterogenia social e cultural e é por essa razão que o papel da Constituição tem sido levado à baila como ponto central de unidade nas diferenças, como já explanado.

A Constituição Federal não demonstra interpretação dos seus dispositivos, apenas justificação da razão de ser, pois não seria razoável que o legislador constituinte originário em 1988 pudesse prever os fatos em 2013 que seriam constitucionais, o que abre margem para as mais diversas interpretações. O motivo primordial é que a cada tempo, o seu intérprete e assim a aplicabilidade da norma será determinante.

Nesse sentido traz-se o foco para a nova hermenêutica constitucional e a importância da argumentação da pluralidade interpretativa da Carta Magna, que com muita maestria foi desenvolvida pelo jurista alemão Peter Häberle em sua obra “Hermenêutica Constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição (1997)” (*Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten Ein Beitrag zur pluralistischen und “prozessualen” Verfassungsinterpretations*).

O fundamento da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição incitou os estudiosos da Constituição, o interesse de entender e delimitar a legitimidade e demarcar o desempenho dos intérpretes da Carta Magna.

Antes de adentrar no estudo da teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, é salutar demonstrar a gênese do seu pensamento, que pode ser observada na teoria da democracia do filósofo austríaco naturalizado britânico Karl Raymond Popper, trazida em sua obra “A Sociedade Aberta e os seus inimigos (1987)”, como também nas demais convicções e princípios por ele elaborados, como exemplo, ele orientava a questão da liberdade de pensamento e conhecimento objetivo, sem o qual não poderia haver desenvolvimento nem pensamentos científicos (1975, p. 394).

Necessário se faz afirmar que Peter Häberle em muitos dos seus escritos, cita Karl Raymond Popper como referência expressa ou implícita, levando a concluir a inspiração que Popper causara a Peter Häberle.

A intenção deste trabalho é analisar as audiências públicas no contexto da jurisdição constitucional, instrumento que foi criado no direito pátrio mediante as convicções e afirmações de Peter Häberle. Porém faz-se mister uma breve digressão a respeito da teoria de Karl Popper, sem ter a intenção de exaurir o conteúdo haja vista não ser esse o foco do trabalho.

Para Paulo Bonavides (2001, p. 470) “A sociedade de Häberle é a mesma “sociedade aberta” de Popper”, este traz a ideia de sociedade aberta como Häberle, porém com conceito e conteúdo distinto. A sociedade aberta não deve ser observada somente do ângulo da democracia representativa ou formal, deve conter fatores de democracia direta ou participativa, o cidadão deve não só em dia de votação eleitoral manifestar as suas opiniões, mas deve compartilhar e se envolver na construção das decisões judiciais, legislativas e administrativas que sejam tocantes à sua vida social.

A sociedade aberta ganha espaço e cresce com o seu pluralismo. Nasce então uma sociedade carente de participação popular e representativa que não dá lugar aos *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

É como se não houvesse a possibilidade de existir um verdadeiro e efetivo Estado Democrático de Direito onde os participantes da sociedade não podem ser intérpretes também. Como bem coloca Häberle, os cidadãos que compõem a sociedade são os autores da unidade da Constituição, ainda que participem de forma indireta do processo de interpretação.

Dessa maneira não haveria alternativa, a não ser sair de uma sociedade de intérpretes da Constituição fechada para uma sociedade onde a interpretação constitucional é para e pela sociedade aberta.

Häberle (1997, p. 33) apregoa: “Uma constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispoendo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos”.

A tese do autor reforça a necessidade de alargar o campo interpretativo constitucional e de participação social, a fim de que os dispositivos constitucionais sejam ampliados e debatidos com respeito, bem como assegura que não é competência exclusiva dos juristas a interpretação constitucional.

Peter Häberle ressalta, sobretudo a inevitabilidade de tratar do assunto com base em uma compreensão científica, teórica e democrática, visto que a hermenêutica constitucional por muito tempo esteve associada a um antigo pensamento de “sociedade fechada” que estreitava o campo investigativo ao sintetizar a análise constitucional apenas aos juízes e aos procedimentos oficiais.

A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, com a inovadora contribuição de Häberle (1997), nesse sentido visa transcender o conceito de sociedade fechada, quanto aos componentes do processo interpretativo. A interpretação constitucional aberta visa interligar outros agentes que não sejam apenas juízes e partes do processo oficial, não havendo a necessidade de ser estabelecido um rol estipulado de intérpretes constitucionais, devendo participar todos os grupos e cidadãos, todas as potências públicas e órgãos estatais.

2.1 A Teoria de Peter Häberle democratizou o processo interpretativo

O jurista alemão Peter Häberle criou uma obra edificante e inovadora para o cenário constitucional, a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição (1997) que foi traduzida por Gilmar Ferreira Mendes. O foco primordial foi a interpretação constitucional e não os seus procedimentos, agentes e objetivos.

Häberle sempre afirmara em seus escritos, que a interpretação constitucional não pode ficar restrita aos intérpretes formais da norma, haja vista a multicomplexidade social vivida nos dias hodiernos. Todo ser humano, que vive a norma, termina por decifrá-la interpretando-a.

(...) 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. (HÄBERLE, 1997, p. 13)

A teoria häberliana traz como problemática a sociedade fechada de interpretação constitucional, centralizada nos juízes e procedimentos formalizados, o que motiva o distanciamento dos agentes

conformadores da prática constitucional. Deve ser a interpretação o mais pluralista possível, com a finalidade de tornar os critérios mais abertos e livres de formalizações burocráticas.

A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição entra no ordenamento jurídico brasileiro como um marco, como um avanço sem retorno. Quase impossível falar em interpretação constitucional e não entender as razões pluralistas trazidas por Häberle, haja vista todo benefício trazido.

Afirma Häberle, que a interpretação constitucional é uma atividade consciente e com intenção direcionada a entender e demonstrar o que se entende de uma norma.

No contexto contemporâneo há participantes da sociedade, tais como cidadãos e grupos com aptidão elaborativa. Em sentido *lato*, são pré-tradutores, vez que vivenciam a norma e ao mesmo tempo a interpretam, persistindo, portanto a jurisdição constitucional para conclamar a palavra final. A interpretação dentro dos parâmetros pluralistas e de uma sociedade aberta torna-se antecedente fundamental para solidificação dos direitos fundamentais.

Por intermédio do jurista Peter Häberle houve a dilatação da teoria da interpretação, passando o Estado Democrático de Direito a se materializar não apenas pela participação popular da escolha dos representantes governamentais (votação), nem mesmo na construção judicial (como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa), nem da faculdade fiscalizadora dos atos estatais, sendo permitido ao Estado Democrático a possibilidade ativa de participação e construção do processo interpretativo constitucional por parte da sociedade e dos mais diversos grupos, o que faz a Carta Magna mais “constitucional” e legítima ainda.

Dessa maneira, a norma constitucional não busca sua força somente como norma jurídica, mas sempre que a norma jurídica é interpretada. Interpretar uma norma requer ajustá-la ao tempo e ao espaço contextual onde ela é, ou será inserida.

Na teoria häberliana, a norma não deve ser observada como veredito em si mesmo, deve-se questionar acerca dos agentes participativos da sua criação, ou seja, os autênticos receptores da norma jurídica. A expansão interpretativa é para o autor somente uma via de adequação da realidade ao sistema de criação e significação do teor normativo constitucional, porém neste momento nasce também a imprescindibilidade de aumentar e melhorar as ferramentas informativas dos juízes constitucionais.

Há assim, a conexão entre a declaração escrita que se denomina Constituição da República Federativa e a práxis constitucional, ocasionando mediante um artifício de interpretação onde participam intérpretes formais da Constituição, agentes públicos e grupos pluralistas, na elaboração da Constituição pertinente ao momento histórico. Discordando no tocante a esse pensamento, das teorias normativistas absolutas e do realismo jurídico. Na primeira teoria é observado apenas o texto normativo, já na segunda é visto unicamente a realidade constitucional. Ambas destoam do pensamento supracitado por Häberle, que busca integrar estas teorias em uma só.

Deve-se aqui, fazer a distinção entre “norma” e “texto”, que foi tema principal da obra de Friedrich Müller (2009), que traz a perspectiva prática da execução normativa dando pouca atenção ao seu significado.

Um texto jurídico não é interpretado somente porque nele estão contidas palavras ambíguas, traduz-se um texto pela necessidade de acomodação dele no caso concreto, faz-se a leitura do texto para poder aplicar a norma jurídica.

A norma jurídica que será adequada ao caso fático resulta da junção entre fatos e texto (CANOTILHO, 1991, p. 223). A norma, para tanto, é construída no curso do processo de realização, o que lhe dá a força necessária e capaz de se moldar as diferentes culturas temporais e complexas modificações socioeconômicas, sem que se exija a mutação textual. A norma é elaborada pelo intérprete para ser executada à realidade fática, ou seja, resta

deixar claro que o conceito de norma jurídica não se mistura com o de texto normativo.

Para Müller (2009, p. 194), “a norma jurídica se apresenta com dois elementos: i) o programa normativo, construído mediante a assimilação de dados primariamente linguísticos, a partir do texto normativo, e ii) o âmbito normativo, construído pela intermediação linguístico-jurídica de dados reais, primariamente não linguísticos”.

A teoria de Müller afirma que, a norma não se confunde com texto. E que a norma jurídica quando executada *in concreto* se torna norma de decisão. A norma passa a ser aplicada e interpretada, porém não de forma independente, embora instrumentos diferentes, eles carecem de uma só ação. O intérprete não irá observar só o texto, mas todo o contorno fático que o texto está inserido, e é diante dessa perspectiva que se entende a impossibilidade de criação de respostas prévias para todos os entraves jurídicos. Para cada caso concreto, haverá um novo resultado.

Em sede de interpretação da Constituição, o panorama häberliano é procedimentalista, o que estimula o pluralismo de conceitos e valores, quando a interpretação pode ser temporal, onde há opções interpretativas, o que nada impede de uma interpretação que ora não foi acatada, ser acolhida posteriormente pelo Poder Judiciário, a depender do cenário vivenciado.

Neste caso, o magistrado tem diversas alternativas de interpretação do texto constitucional, não havendo uma solução certa ou errada. Dependendo do contexto temporal o juiz constitucional escolhe a interpretação que melhor lhe aprouver, dentro da perspectiva pluralista.

Nesse diapasão, a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Häberle se direciona para próximo da teoria de Karl Popper, ao incentivar e possibilitar a interação da sociedade civil no processo de construção dos vereditos.

A norma representa não o argumento da interpretação, mas sim a sua repercussão. Compete à jurisdição constitucional à luz da realidade constitucional, tratar sobre o legítimo sentido da Constituição, visto que esta tem apresentado de caráter versátil, capaz de novas leituras interpretativas sem mutação textual. Há a possibilidade de mutação constitucional à medida que existe o binômio conversação x participação popular pluralista na jurisdição constitucional.

Häberle (1997), em sua obra, nunca esteve inquieto pela investigação do consenso, e sim em demonstrar a abertura procedimental, onde todo cidadão passa a ser agente contributivo no processo de decisões judiciais. O veredito que antes era formado apenas por uma ótica, passa a ser construído e democratizado no cenário dialogal.

Abandona-se a ideia de consenso no cenário constitucional (enquanto coletividade), entende-se que a opinião de uma única pessoa (juiz constitucional) não deve por ela mesma ser condição suficiente de decisão. E propaga-se a ideia de dissenso (pluralismo), democracia adotada nas sociedades abertas.

No papel do Poder Judiciário na efetivação da Constituição deve-se identificar o dissenso atual na sociedade, observando as diversas soluções interpretativas explanadas e escolhendo a melhor em termos de adequação histórico-social; atenta-se para a notável alteração da função da jurisdição constitucional.

A teoria häberliana de interpretação procedimentalista (o juiz enquanto mediador entre as diversas forças políticas que estão engajadas na interpretação da Constituição), visa combater o desprovemento de legitimidade democrática do Judiciário, fomentado pelo descrédito, desconfiança e reservas quanto ao seu exercício.

Häberle propõe a implementação de uma nova ordem democrática, uma democracia pluralista e participativa que se sobrepõe à

democracia deliberativa, o que não significa que ele seja adepto de maneira radical à jurisdição popular.

A interpretação pluralista é ferramenta de acomodação da realidade à Constituição. A abertura do sistema interpretativo trouxe a possibilidade de mais agentes participativos, bem como maior brecha na essência da decisão. Nesse momento o paradigma da subsunção da lei ao caso concreto é abatido, mesmo entendendo que o juiz deve ser imparcial em suas influências, ele passa sem dúvidas, a ter um olhar mais racional, técnico e jurídico quando observa a interpretação dos diversos atores participantes do processo interpretativo.

Häberle (1997) trouxe ao sistema interpretativo a compreensão de capacidade ao infinito, quando se coloca a realização dos direitos constitucionais condicionados à participação popular abrangente, não apenas no contorno da democracia representativa, o autor tem a capacidade de explicar a noção de democracia de maneira muito mais abrangente e palpável.

Häberle denuncia um erro quanto ao direito constitucional ou a Constituição formal, que não são apenas consenso, pacificação e unidade política. Admitindo que prevaleça e se tonifique a Constituição material, aquela que vê a disputa em cada caso fático, não trazendo apenas respostas uníssonas, certificando no direito constitucional um direito de divergências e comprometimento. Pode-se depreender que cada caso trará sua solução própria, por mais semelhantes que eles aparentem ser, terão respostas distintas. O novo modelo interpretativo traz para cada caso um resultado único.

A teoria constitucional visa uma interpretação legítima, que para o agente autor se torna praticável enquanto se normatize meios corretos de interpretação, abrangendo a sociedade aberta de intérpretes constitucionais, a inclusão da doutrina constitucional na legislação como mensageiro do legislador e por fim, se esta interpretação aponta justiça.

Häberle atenta para a carência de um progresso na ideia de legislação, na direção de suscitar uma legiferação positiva e não somente negativa do legislador.

O pensamento possibilista de Häberle (2002, p. 74) é tido como um mecanismo para salvaguardar a Constituição para além dos tempos. Denota-se assim, o valor da correlação entre o “tempo” e a Constituição.

O modo de interpretação por ele indicado tem aspectos de versatilidade, abertura e pluralismo, permanece aberta à chance de mutação material das normas constitucionais sem a obrigatoriedade de variação textual, resguardando-se portanto, eventuais choques substanciais.

Esse pensamento decorre de uma nova visão constitucional que se sobrepõe à teoria constitucional e da legislação, retratando a precisão de uma interpretação positiva constitucional e não somente a que perdura até hoje (interpretação negativa constitucional), analisando todas as exigências legais e estabelecidas previamente ou a serem estabelecidas, é aceitável ao agente intérprete da sociedade aberta, interpretar norma precedente e elaborar nova norma constitucional, expandindo a Constituição, sem portanto opor-se a ela ou desconsiderá-la, mas sim, ao inverso, incrementando-a em seus valores e diretrizes por ela determinadas, fazendo-a consistente, equilibrada e consolidada, e no mesmo momento, enérgica e diligente.

Peter Häberle (1997) depreende que todo cidadão é um verdadeiro intérprete da Constituição após sujeitá-la ao modelo republicano e a teoria democrática que são imprescindíveis para a autenticidade dos resultados, sejam eles jurídicos ou políticos o engajamento de todos na elaboração de seus conceitos.

A participação popular no processo jurisdicional interpretativo não só alarga o processo interpretativo, como também a própria Carta Magna. Esta como documento em processo de construção.

Desta forma, a Constituição como um instrumento de composição traz como resultado a transição dos artifícios de manifestação política, a procedimentalização ou judicialização da política e dos meios de declaração da soberania.

2.2 A difusão do pensamento de Peter Häberle e a sua influência para o Direito Constitucional

Peter Häberle é decerto um dos maiores constitucionalistas da modernidade, e sem exagerar, quando se diz ser um dos maiores autores constitucionais no ocidente.

Preconiza que a interpretação constitucional deve ser direcionada para o bem de todos, deve ser procedimental (estimulando a prática do debate como canal do contraditório e ampla colaboração dos interessados), de maneira intermediária entre Estado e cidadão e democraticamente revolucionária (expandindo as esferas oficiais e a quantidade de intérpretes).

A ideia central é que a práxis hermenêutica não seja polarizada de forma exclusiva pelo Estado, e sim que o cidadão, enquanto agente colaborador participe de forma ativa, haja vista ser a norma criada e executada em seu favor.

Peter Häberle (1997), em sua obra *Hermenêutica Constitucional*, trata que não pode haver primazia de determinado ente do Estado ou exclusividade do Poder Público em sede de interpretação, o que deve acontecer como já colocado acima, é a pluralização de agentes intérpretes da Constituição.

Outro ponto muito forte da obra de Häberle é a observância da “realidade constitucional” no ensinamento da interpretação e execução

constitucional, necessitando que se leve em conta o pluralismo de ideias, convicções e ideologias a respeito da vida harmoniosa entre os vários agentes do âmbito público pluralista.

A Constituição Federativa do Brasil promulgada em outubro de 1988, receptiva à ideia pluralista, trouxe em seu preâmbulo a conceituação de sociedade brasileira como uma “sociedade pluralista e sem preconceitos”, instituindo no seu artigo 1º e 3º (BRASIL, 2014):

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[...]

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Observa-se que a própria Constituição em seu texto normativo refere-se ao pluralismo. No artigo 1º, como fundamentos da República Federativa do Brasil, incisos III e V trouxeram a “dignidade da pessoa humana” e o “pluralismo político”. Já no artigo 3º, incisos I, III e IV fundamentam como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, respectivamente, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Ao longo do texto constitucional, constata-se o cuidado em introduzir e enquadrar os grupos culturalmente segregados. No artigo 5º, rol dos direitos fundamentais não seria diferente, os incisos I (gênero), IV e VIII (crença religiosa e filosófica), XLII e art. 7º XXX (e raça). Estando proibido de forma expressa qualquer ataque a esses grupos, a Constituição Federal ainda se atém aos direitos dos negros (art. 216, § 2º).

Mesmo diante desse cenário de abertura protetiva e constitucional, ainda existem correntes contrárias às percepções e ideologias pluralistas. Provavelmente, grande parte da população brasileira sequer já experimentou direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, o que em muito obsta para que todos participem de um diálogo constitucional plural.

Entende-se que os direitos fundamentais constitucionais são, e devem ser sempre *conditio sine qua non* do direito à democracia. Como exemplo: direito à saúde, educação, segurança e à subsistência. Assim, pondera-se: como poderá participar de um diálogo constitucional de maneira plena alguém que nunca se submeteu aos direitos básicos?

Embora existam questionamentos nesse sentido, a proposta trazida por Peter Häberle não é utopia no direito brasileiro. Tem sido notável o crescimento do sentimento de cidadania, muito embora os brasileiros não cheguem nem perto de vivenciarem a valorização pela Constituição que os países centrais detêm. O que não deveria acontecer, pois somente com o florescimento da cidadania é que o Brasil conseguirá desenvolver um círculo mais efetivo de agentes interpretativos, onde o cidadão deixará de ser ouvinte e passará a ser agente participativo nas deliberações.

Pode-se perceber a influência häberliana para o direito brasileiro, quando se examina o conteúdo das Leis nº. 9.868/99 e 9.882/99, que versam sobre dois instrumentos muito atuais: *amicus curie* e audiências públicas.

A possibilidade de atores “não estatais” figurarem no processo de participação constitucional já foi um grande avanço em 1999,

atentando-se a partir desse momento para a possibilidade de uma abertura hermenêutica com nuance pluralista cada vez mais evidente.

Na contemporaneidade quase todas as obras de direito constitucionais, sejam elas resumos, manuais ou cursos, fazem menção à hermenêutica constitucional de Peter Häberle e a sua teoria de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, o que demonstra o seu influxo doutrinário, principalmente quando se trata do *amicus curie* e das audiências públicas.

O pensamento de Peter Häberle também vem ganhando força no âmbito jurisprudencial. O próprio Ministro do Supremo Tribunal Federal e tradutor da obra de Häberle, Gilmar Mendes, deu grande impulso às ideias do constitucionalista alemão.

Muitos foram os julgamentos do Supremo Tribunal Federal que se utilizaram da teoria de Peter Häberle e de suas ideias pluralistas e inovadoras, tais como (MENDES; VALE, 2008/2009, p. 10-15): ADI-EI 1289-4/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento dia 03.04.2003; Suspensão de Segurança 3.154-6/RS, Relator Ministro Presidente, julgamento dia 28.03.2007; MS 26.690/DF, Relator Ministro Eros Grau, julgamento dia 03.09.2008; ADI 4.029/DF, Relator Ministro Luiz Fux, julgamento dia 07.03.2012, dentre outros. Esses julgamentos compreenderam a teoria das possibilidades ou o trinômio: realidade x possibilidades x necessidades.

A reprodução da ementa nos autos da ADI 4.029/DF, retrata o uso da teoria de Peter Häberle pelo Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI FEDERAL Nº 11.516/07. CRIAÇÃO DO INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS SERVIDORES DO IBAMA. ENTIDADE DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL. VIOLAÇÃO DO ART. 62, CAPUT E § 9º, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO EMISSÃO DE PARECER PELA COMISSÃO MISTA PARLAMENTAR. INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, CAPUT, E 6º, CAPUT E PARÁGRAFOS 1º E 2º, DA RESOLUÇÃO Nº

1 DE 2002 DO CONGRESSO NACIONAL. MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA NULIDADE (ART. 27 DA LEI 9.868/99). AÇÃO DIRETA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. A democracia participativa delineada pela Carta de 1988 se baseia na generalização e profusão das vias de participação dos cidadãos nos provimentos estatais, por isso que é de se conjurar uma exegese demasiadamente restritiva do conceito de “entidade de classe de âmbito nacional” previsto no art. 103, IX, da CRFB. 2. **A participação da sociedade civil organizada nos processos de controle abstrato de constitucionalidade deve ser estimulada, como conseqüência de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, na percepção doutrinária de Peter Häberle, mercê de o incremento do rol dos legitimados à fiscalização abstrata das leis indicar esse novel sentimento constitucional.** (destacado)

Nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal a teoria das possibilidades quase sempre foi ventilada, observando-se uma aceitação dos pensamentos de Peter Häberle, no qual a norma encontra-se em um cenário de constante evolução. Retira-se a ideia de norma fechada e difunde-se a noção de norma aberta, pluralista e de possibilidades.

A transformação jurisprudencial e ascensão na atividade constitucional têm sido contempladas como conseqüências da utilização da teoria de Peter Häberle, ao destacar que a norma jurídica para ser devidamente executada precisa se adequar à realidade fática histórica. O que significa dizer que, um veredito proferido pela Suprema Corte pode ser modificado ao longo dos tempos, haja vista a Corte Constitucional não se ater à norma em si, mas a sua aplicabilidade ao caso concreto dentro do contexto histórico situado.

Gilmar Mendes e André Rufino do Vale (2008/2009, p. 16-21) afirmaram que em diversos momentos o Supremo Tribunal Federal modificou uma jurisprudência consolidada por razões de segurança jurídica.

Quando se traz à baila a questão de mutação de decisões da Suprema Corte, pode-se exemplificar com legitimidade o caso da fidelidade partidária que retrata a prática da teoria häberliana dentro do contexto jurisprudencial.

O propósito do presente trabalho não é exaurir esse conteúdo, mas sim demonstrar o valor do pensamento häberliano e a sua influência para o direito constitucional.

Em outubro de 2007, o Supremo Tribunal Federal julgou Mandados de Segurança impetrados por partidos políticos em face de ato praticado pelo Presidente da Câmara dos Deputados. O caso foi tão original em suas descrições que serve de ensinamento. O STF acatou o pronunciamento do Tribunal Superior Eleitoral, baseado na interpretação meticulosa da Constituição Federal, garantiu que o mandato parlamentar (adquirido mediante o voto), diz respeito ao partido político e não ao candidato eleito.

Neste caso, a associação partidária poderia reclamar o mandato do Deputado que após tomar posse, que extinga sua filiação partidária, ficando sem partido político ou trocando para outro partido. Embora a decisão não tenha sido unânime, a Suprema Corte estabeleceu uma nova opção de perda de mandato, fora do rol do artigo 55 da Constituição Federal.

O assunto acima já havia sido discutido em sede de STF em 1989 (já à luz da nova Constituição), e no momento a Suprema Corte em julgamento de Mandado de Segurança, decidiu pela inaplicabilidade do princípio da fidelidade partidária aos parlamentares que tivessem tomado posse, pois no rol do art. 55 da Constituição Federal não constava como possibilidade de perda de mandato a desfiliação partidária após a posse.

Considerando o caso supra, examina-se a influência da teoria das possibilidades de Peter Häberle, quando a norma constitucional enseja diversas alternativas examinativas.

É interessante, trazer ao conhecimento a marcante mutação jurisprudencial em sede de Supremo Tribunal Federal, observando-se que a modificação foi quanto à interpretação e aplicabilidade do dispositivo legal e não ao seu conteúdo normativo, o que só fortalece a influência häberliana no

direito constitucional brasileiro, na expansão das possibilidades de abertura do círculo constitucional à multiplicidade de agentes.

Peter Häberle (1997, p. 09) afirma que não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, destacando que interpretar um ato normativo, nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública.

Por fim, entende-se que a teoria de Häberle visa democratizar e estender a interpretação constitucional e elevá-la ao patamar de nova hermenêutica constitucional aberta. Assim, a interpretação constitucional deve estar ligada ao tempo e em conformidade com a realidade pública vivenciada.

Como analisado, a teoria häberliana tem sido muito difundida nos meios doutrinários e jurisprudenciais, tornando-se uma constante nas decisões do Supremo Tribunal Federal, o que contribui para ascensão de um Estado constitucional colaborador e um aperfeiçoamento democrático.

Com essa nova visão hermenêutica constitucional, verifica-se o fim da filosofia de exclusividade estatal das fontes jurídicas, pretensão da exclusividade tanto no legislar, quanto no interpretar.

Este novo processo democrático trazido por Peter Häberle fortalece e aperfeiçoa a democracia e traz maior legitimidade às decisões tomadas à luz do pluralismo sobre os influxos inclusivo e participativo.

3. PRESSUPOSTOS DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO CENÁRIO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Muito se tem questionado se as audiências públicas podem ser verificadas como um meio de diminuir o déficit democrático. Nessa análise das audiências públicas, a democracia e a cidadania são conceitos que se completam, embora às vezes não tão harmônicos entre si.

Parte-se do pressuposto que o direito à cidadania se estabelece pelos pilares da democracia e sem este não se pode vislumbrar de fato aquele frente ao Estado Democrático de Direito. É exatamente por isso que se tem indagado a efetividade das audiências públicas quanto ao seu papel de promover a cidadania de forma a fazer sobressair a democracia participativa. Convém frisar que o conceito de democracia atual traz consigo alguns contornos diferenciados: o alargamento da participação popular nos negócios públicos, maior interesse e instrução por parte do cidadão que agora tem a possibilidade de fazer parte das ideias e projetos sociais na tomada de decisões. Houve uma quebra do modelo democrático anterior e o surgimento de uma democracia mais plural que busca seu fundamento de validade no equilíbrio entre a realidade, a possibilidade e necessidade, baseada no interesse da coletividade e também das minorias.

Essa mudança de padrão nem sempre foi visualizada, desde que a democracia foi posta em exercício sofreu diversas modificações em seu modelo por conta da sua fragilidade e do tipo de organização política existente. Segundo Cartledge (2009), o protótipo de democracia se montou em Atenas, um modelo comum, os homens influentes daquele momento iam para praça pública deliberar assuntos relevantes. Nessas praças somente homens atuantes podiam estar presentes, nem mulheres, serviçais, estrangeiros ou qualquer pessoa estranha à época. Só homens de poder estariam naquele local para solucionar problemas ocorridos naquele momento que diziam

respeito à vida daquele local onde moravam, em uma ação bem minoritária e nem tanto democrática.

Cartledge (2009), continua a dizer que dos habitantes de Atenas uma média de duzentos e cinquenta mil habitantes somente trinta mil eram cidadãos e apenas uns cinco mil participavam ativamente das assembleias e reuniões em praça pública, que ocorriam umas quarenta vezes por ano.

A jurisdição constitucional nos momentos atuais só deve ser legítima se em harmonia com o exercício da democracia. Como concorda Zaffaroni (2009, p. 133), que não é uma eleição popular que torna uma instituição mais ou menos democrática, esse não é o único motivo. Uma instituição democrática o é quando faz funcionar o sistema democrático quando preciso para seu desenvolvimento contínuo como é o caso do Poder Judiciário. A matéria que trata sobre a jurisdição constitucional tem sido alvo de debates alongados, onde se tem discutido a questão dos limites da jurisdição constitucional. Contudo as manifestações protegem os mais diversos argumentos como será observado adiante.

Quando pessoas que não são escolhidas “democraticamente” pelo povo tem o comportamento de eliminar do universo jurídico norma legalmente instituída por um representante da democracia, que foi investido para tanto de forma democrática pelo povo mediante o voto, começam as indagações e contestações quanto à legitimidade do Supremo Tribunal Federal em atuar de forma jurídico-política. Sempre que existe a possibilidade de expandir e alargar a atuação e representação da Suprema Corte, vastas discussões são impulsionadas, o que acaba tumultuando a relação entre o constitucionalismo e a democracia.

As consequências entre a tensão existente decorrente dos impasses entre as colunas do Estado Democrático de Direito tornam-se notáveis, como diz Nino (1997, p. 14):

O casamento entre democracia e constitucionalismo não é simples. Sobrevivem tensões quando a expansão do primeiro conduz a um enfraquecimento do segundo e, por outro lado quando o fortalecimento do ideal constitucional se converte em um freio para o processo democrático. Essas tensões não são fáceis de se detectar com precisão devido à falta de certeza a respeito do que é que faz a democracia para maximizar o seu valor e devido à obscuridade da própria noção de constitucionalismo.

Um pilar não deve ser firmado em detrimento do outro e se isso acontecer será uma negativa ao Estado Democrático de Direito, que faz caminhar ou deveria fazer o constitucionalismo e a democracia juntos e aliados à cidadania. Observar esse questionamento faz com que os resultados sejam repentinos quanto à legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Quando um juiz membro do Estado que não foi escolhido pelo povo em votação eleitoral declara inconstitucional certa disposição do ordenamento jurídico sustentado em um direito fundamental constitucional contrapondo-se ao desejo popular interpretado por lei constituído por representante democraticamente eleito pelo voto eleitoral, surgem inúmeros debates.

Pode-se dizer que a jurisdição constitucional, quando colocada em prática, representa dificuldade ao expor as posições antagônicas a Constituição e a lei, o que nada mais é do que uma divergência entre a democracia e os direitos fundamentais tutelados. Alexy (2002, p. 37) diante dessa problemática, afirma que é preciso entender os direitos fundamentais, partindo do pressuposto concepção realista.

Alexy ainda diz (2002, p. 37) que deve-se alcançar o seguinte pensamento: os direitos fundamentais constitucionais são democráticos e não democráticos em um único instante, sendo democráticos quando se preocupa com o desenvolvimento de um procedimento democrático por meio da proteção da igualdade e da liberdade. E de outra forma, os direitos fundamentais também são não democráticos, pois servem de amostra para acomodação entre as decisões da maior parte dos parlamentares, alicerçadas pela sociedade e pela Constituição.

Várias teorias são criadas para harmonizar a democracia com os direitos fundamentais, e dessa forma, atribuir legitimidade à jurisdição constitucional. Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal tem sido alvo de muita censura em face do acelerado aumento da judicialização da política em conexão com matérias de difíceis soluções que contornam o âmbito da Suprema Corte. Mais ainda, porque esse tem o papel de guardião da Constituição, garantidor e promotor do respeito ao Estado Democrático de Direito. Surgem então nesse cenário de judicialização da política, as audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a fim de conciliar o papel de guardião, bem como atuar de forma que considere as demarcações de um Estado justo e democrático.

A inserção das audiências públicas como mais um instrumento de abertura procedimental na jurisdição constitucional pátria é um avanço que merece atenção.

As audiências públicas surgem como sugestão para a pacificação entre o constitucionalismo e a democracia. Para que os membros do Supremo Tribunal Federal, Ministros não eleitos por pleito eleitoral, possam ter subsídios suficientes para decidirem, depois de terem escutado e analisado os mais diversos cidadãos e representantes de classes, do Estado, pessoas experientes e estudiosas no assunto que ora é abordado. A proposta deste estudo não é esgotar o assunto, mas, sim trazer as audiências públicas como instrumento de legitimação do processo decisório governamental, sendo uma forma legítima de o cidadão comum participar das decisões judiciais, trazendo sua bagagem cultural, intelectual, moral, sem dissociar da sua personalidade.

As audiências públicas trazem a transparência nas ações do Judiciário, enfim como saída para legitimar a jurisdição constitucional democrática, pois tem se tornado um instrumento satisfatório em busca da democracia participativa mais fluente, porém, um meio ainda com imperfeições. Sem se desfazer dos seus benefícios, as audiências públicas tratam de assuntos polêmicos que se tornam visíveis, de casos complexos que terminam por serem agregados ao sistema decisório do Supremo Tribunal Federal em

sua jurisprudência. Assim, a contextualização da jurisdição constitucional foi bastante modificada com o surgimento desse novo veículo de opinião e conhecimento de particulares. O que fez nascer à possibilidade de pessoas não investidas em cargos públicos poderem auxiliar na manifesta decisão. Vale vislumbrar que outrora a participação popular nos negócios estatais era quase inviável.

A Suprema Corte é a essencial segurança para a existência da democracia, pois permite manter a ordem constitucional como base de um Estado Democrático de Direito, bem como salvaguardar o direito de pessoas que, embora consideradas minorias, não podem ser retratadas em instâncias superiores de decisões. Em razão disso, percebe-se a necessidade de cidadãos atuarem de forma direta tanto na criação, quanto na tradução social do direito em si. Essa democratização na esfera jurídico-política só é possível por conta da “popularização” da hermenêutica jurídico constitucional. Salutar lembrar que se tem adentrado na era da sociedade aberta da interpretação, onde a hermenêutica tem a possibilidade de ser utilizada também por membros não estatais, o que acabou por trazer maior visibilidade às opiniões e conhecimentos do cidadão. Assim, o direito tem estado em conexão com as modificações sociais e a dinâmica social é presenciada e acompanhada pela dinâmica do direito.

3.1 A Democracia como um dos pilares das audiências públicas

A democracia, por ser um dos pilares das audiências públicas deve ser reconhecida e legitimada como tal. Assim o entendimento de que esta é *conditio sine qua non* para o instituto audiência pública é imprescindível, pois a democracia retrata a participação popular o que é seu objetivo primário.

Desde o século passado na parte ocidental da terra a democracia tornou-se preeminente não só a chamada democracia representativa, que tem como base os governantes escolhidos pelo povo, como também a democracia participativa em seu mais alto valor moral, estando à isonomia e à cidadania integradas ao seu bojo. Sendo assim a democracia passa a ter uma significação para além da governabilidade, isso quer dizer o significado transcende seu sentido paradigmático, para ser um conjunto de valores em si. Deixa de ser uma democracia “modelo intocável” para ser uma democracia popular, pois a fissura causada pelo momento anterior vivido permitiu que isso viesse acontecer com veemência.

Esta democratização contemporânea do Estado por meio das audiências públicas acaba por fortalecer um sistema que vinha arranhado por atitudes nem tanto democratizadas. Porém, mesmo com tamanha evolução não há um meio específico para transmitir a melhor maneira de executar as práticas democráticas e seus fins. Cartledge (2009), traz que a democracia política foi inaugurada como modelo de governabilidade mais acertado para acomodar o desempenho do governo a vontade da maioria e assim moldar os anseios sociais com o desejo estatal.

A partir da democracia é que o cidadão começa a ter o seu pensamento respeitado e observado. Essa legitimidade popular é garantida uma vez que o cidadão passa a também decidir assuntos que outrora só pertenciam ao Estado e caso isso não aconteça, o caminho se torna fecundo para discussões. Tendo como finalidade gerenciar a conexão entre quem constitui o poder político e quem é constituído por ele e também especificar as peças decisórias tanto da composição da representação, quanto do exercício da mesma é que a democracia é retratada como pano de fundo para as audiências públicas.

O pensamento que se tinha até momentos passados era que a intervenção política e representativa somente eram permitidas em negócios eleitorais; a comunicação direta da sociedade com os negócios públicos foi afastada à categoria de instrumento adicional, no qual só é acionado em

ocasiões conturbadas. Somente a comunicação eleitoral seria regra, as demais formas de democracia ficariam como exceções, e é nesse cenário onde a cultura democrática se resume a votar, que a democracia participativa ganha um novo lugar trazendo um enfoque bastante importante, dando ao cidadão a capacidade e possibilidade de participar das decisões do governo, não somente com as audiências públicas, como também com outros meios de participação social. Porém, este trabalho, limita-se a expor somente audiências públicas.

Nos anos 70 houve um enfraquecimento da representação política enquanto democracia, revelando verdadeiras fissuras no aparato representativo. Em face disso o resultado foi uma atuação do povo em favor da ação política, que começou a ser analisada de maneira construtiva e positiva, segundo o pensamento de Motta (2012, p. 01). Com o intento de recuperar a legitimidade do aparelho político, surgem novas formas e estrutura de participação política que interferem nos julgados que foram formados. Alargando sem dúvida o campo de controle social sobre os atos estatais, ou seja, passando a existir uma primazia social. Essa transformação se deve porque houve um aumento pela busca de manifestações sociais por mais participação popular nas determinações do Estado. O que passa a ser observado como uma jurisdição constitucional democrática, pela mutação da forma de fazer justiça e como a fazer.

A esfera estatal permitiu ser transpassada por outros ideais traçando caminhos estabelecidos ou não para intervenção direta de áreas conexas à sociedade, como: ciências políticas, sociologia, educação entre outras que estudam as recentes e diversas formas de comunicação política na democracia contemporânea.

Observando que o modelo de democracia participativa é a perspectiva de abolir a característica tradicional da mesmice política, exterminando de uma vez a imortalidade e predomínio excessivo nos processos de decisão, tornando maior a sua abertura em sede de julgados estatais rompendo com o velho paradigma. Desta feita, a democracia deve ser

um pilar que fundamenta a atuação das audiências públicas, trazendo para o cerne da questão a forma como deve ser instrumentalizada.

Esta democracia tem como efeito a visualização de um apogeu no direito à cidadania, ser cidadão representa o avanço no ordenamento jurídico brasileiro. Que agora passa a ter posição privilegiada, mesmo com alguns percalços, o que não deslegitima a sua função positiva. Pois a democracia participativa é fruto do enfado da democracia representativa, motivo por quais as formas de participação no novo modelo constitucional estão em evidência.

3.2 Cidadania: a materialização do direito à participação popular

A ideia de cidadania é encontrada no livro de Thomas H. Marshall, escrito no ano de 1949, Marshall (1967), onde Marshall (*apud*: Almeida, 2007) formula um estudo a respeito do desenvolvimento da cidadania na Inglaterra.

Marshall define a comunicação total da pessoa no grupo político e assinala alguns direitos, tais como: os direitos civis, como os direitos que resguardam as liberdades individuais; os direitos políticos, como os afirmadores da participação dos indivíduos na prática do poder político; e os direitos sociais, como aqueles que blindam a necessária comunicação a um mínimo de conforto material. O autor prossegue no contexto na seguinte filosofia, resguardados os direitos civis, os indivíduos lutariam por direitos políticos e, como resultado, alcançariam os direitos sociais.

A efetivação desses direitos no entanto, está atrelada a existência de equipes institucionais específicas, como assessoria jurídica, garantias constitucionais e ofícios sociais.

Destarte, Saes (2007, p. 14) analisa que para Thomas Marshall, instituir as liberdades civis se caracteriza como uma atividade fundamental e precisa à execução do capitalismo. Já a participação popular na esfera estatal e a entrada do cidadão ao bem-estar material seriam perfeitas que poderiam ou não se realizar nas sociedades onde o capitalismo é preponderante. Assim sendo, a ideia de cidadania traça um caminho que leva à transparência dos direitos sociais, civis e políticos, qualificando uma conjuntura de inserção e de incorporação dos cidadãos nas decisões políticas, o que ocorre visivelmente. Mesmo que os indivíduos, enquanto cidadãos estejam revestidos do direito formal de se articularem, de opinarem indistintamente, de comunicar-se nas decisões políticas, as condições que levam a essa participação efetiva ainda é bastante examinada a forma como ela se articula e a maneira como é executada.

Indagações desse tipo estão presentes porque as garantias constitucionais ao longo do desenvolvimento histórico não se tornaram hábeis para promover por si só quesito suficiente à pratica de tais direitos.

Santos (1987, p. 67), traduz a expressão cidadania regulada a reunião de direitos sociais e trabalhistas ao longo do período Vargas, em desfavor dos direitos políticos e civis:

Por cidadania regulada entendo o conceito de cidadania cujas raízes encontram-se, não em um código de valores políticos, mas, em um sistema de estratificação ocupacional, e que, ademais, tal sistema de estratificação ocupacional é definido por norma legal. Em outras palavras são cidadãos todos aqueles membros da comunidade que se encontram localizados em qualquer uma das ocupações reconhecidas e definidas em lei.

Quando se trata de direitos, a sociedade trata de um conjunto de benefícios sociais e trabalhistas assegurados pela lei brasileira. A cidadania política especialmente estudada como sinônimo de participação do povo no exercício do poder político (uma linguagem livre), os estudos mostram que existe um contorno maior no aspecto eleitoral. A questão do voto surge

com uma exigência, é muito mais algo que lhe é imposto, do que um direito propriamente dito. O indivíduo tem a faculdade de usufruir de sua liberdade para participar da esfera política, como assegura Pandolfi, (1999, p. 48). Ter a faculdade já diz tudo, ele escolhe se quer ou não e reside nesse ponto a questão, pois há uma grande porcentagem de pessoas totalmente indiferentes e abnegadas de práticas políticas.

Mesmo diante de uma democracia participativa, muitos cidadãos não compartilham dos momentos onde as decisões relevantes serão tomadas, ou se participam, não o fazem de forma diligente porque acreditam que sua opinião será irrelevante, diante de informações jurídicas fáticas. Entretanto, como exercer o direito à cidadania frente ao medo e a indiferença? Isso é visto quando muitos cidadãos deixam de exercer seu direito de voto, perdendo a oportunidade de se comunicarem de forma ativa com os negócios do Estado. Torna-se cada vez mais necessário encontrar outras formas de comunicação política para uma realização plena da cidadania. O cidadão quando participa da vida política exerce na prática seus direitos políticos e sociais assegurados pela Constituição Federal de 1988. As práticas democráticas implicam participação direta do cidadão, a fim de que este como instrumento fundamental nesse processo possa deliberar; demonstrar sua insatisfação quanto às políticas públicas elaboradas e buscar resoluções das questões controvertidas.

A comunicação política tem por objetivo influenciar e dar subsídios às decisões tomadas pela máquina pública. Procura-se avaliar uma participação mais aberta, que tem por análise a participação do cidadão nos negócios públicos, ou seja, nada mais é do que uma participação efetiva do povo nos negócios políticos e sociais e que tem por finalidade incutir decisões que versem sobre benefícios para a coletividade, bem como, sobre o exercício da cidadania.

Porém para que essa cidadania com roupagem de democracia produza o efeito que lhe é atribuído, é indispensável que esta participação popular não seja somente para proveito das minorias. Deve ser

um caminho que todos possam percorrer com liberdade, sem se priorizar determinados grupos de pessoas.

A forma horizontal de intermediação visa trazer nova tônica a questão da participação popular no cerne estatal, amalgamando limpidez e descentralização nas decisões de governo. Acaba por suplantar os métodos decisórios verticalizados e progressivos, responsáveis pela divisão da participação política. A finalidade é tornar mais próximo do povo decisões políticas que instituem ou reformulam políticas públicas.

3.3 A inquietação entre o Constitucionalismo e a Democracia dentro do cerne da Legitimidade da jurisdição constitucional

No primeiro momento foram trazidas à baila questões referentes ao constitucionalismo, democracia e cidadania. Viu-se que apesar do padrão representativo a democracia atual deve ser chamada de democracia, pois o cidadão não abriu mão de sua soberania enquanto ente participativo, embora ainda existam indivíduos que neguem essa contribuição, omitindo por muitas vezes um direito que lhe foi garantido.

Examina-se também de que maneira se poderia ajustar a jurisdição constitucional e a soberania popular? Especificamente considerando a barreira de imaginar que um membro do Poder Judiciário não escolhido democraticamente possa adotar decisões que anulem questionamentos sustentados pelos representantes eleitos democraticamente pelo cidadão, enquanto sociedade através de voto eleitoral. É exatamente nessa tônica a dificuldade de conhecimento da matéria.

A jurisdição constitucional pode parcialmente levar ao entendimento que o povo não pode e não resolve acerca de tudo. A vivacidade da jurisdição constitucional acontece exatamente porque a tarefa do Supremo

Tribunal Federal é de ser o guardião, o protetor da Constituição Federal de 1988, como traz em seu art. 102: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente a guarda da Constituição [...]”.

Como poderá haver um Estado Democrático de Direito se os direitos fundamentais deste Estado não forem resguardados precipuamente? Não existirá Estado de Direito, nem Democrático de Direito se as normas primordiais que norteiam a base deste Estado não estiverem resguardadas e elevadas ao cume do direito.

O debate sobre a validade democrática da jurisdição constitucional contorna a questão do controle constitucional das normas jurídicas. Desta feita, por ser a jurisdição constitucional o instrumento garantidor dos direitos tidos como fundamentais, se caso houver decisão tomada pelo Poder Legislativo que seja suspeita de violar direitos ou adentrar em esfera constitucionalmente melindrosa, será submetida mesmo que em última medida ao crivo do Supremo Tribunal Federal, pois este deve trazer para si a responsabilidade que lhe foi designada de ser protetor da Lei Maior. A sujeição do legislador em forma de dependência se explica com respaldo nos princípios constitucionais, pois estes se sobrepõem aos demais. Por serem norteadores constitucionais, todos os demais princípios do ordenamento jurídico lhe devem respeito e obediência.

A doutrina pátria ainda não entrou em um consenso no que diz respeito à supremacia dos princípios constitucionais sobre os outros princípios. Porém, entende-se que por serem os princípios constitucionais principiológicos, devem ser mantidos em patamar constitucional de valor primário. Os princípios ajudam a definir o caminho que será seguido, diante de um caso concreto, são norteadores jurídicos para a sociedade e devem possuir importância primária frente à eficácia *erga omnes* que está contida em seu bojo. Essa argumentação tem trazido conflitos entre o constitucionalismo e a democracia.

Vale rememorar o que foi visto a respeito dessa relação as vezes conflituosa entre a democracia e o constitucionalismo, quando o crescimento da democracia significa a diminuição do constitucionalismo e também quando o encorajamento deste se torna uma ameaça à liberdade democrática, as crises entram em cena.

A instabilidade entre os institutos gera uma fragilidade que não tem como ser revelada de forma simples. Certo que, diante de um Estado Democrático de Direito priorizar um ou outro elemento seria negar a sua característica enquanto Estado, há um desequilíbrio por causa dos conceitos insuficientes.

Olhar essa problemática sem observar a questão da legitimidade da jurisdição constitucional é o mesmo que fazer um retrato falado de alguém sem dizer-lhe as suas características físicas mais relevantes. Pode-se contemplar com mais distinção os debates ora trazidos sobre a legitimidade quando membro do Estado que ocupa um espaço no Tribunal declara não constitucional determinada norma jurídica, baseado em um direito fundamental constitucional, estando em desacordo com o representante democraticamente eleito pelo voto, como já foi mencionado.

A legitimidade da jurisdição constitucional traz consigo outro campo de observação: a possibilidade de decisões tomadas pelo Poder Judiciário, legitimadas pelos próprios cidadãos. O constitucionalismo e a democracia procurando um mesmo lugar diante do direito à cidadania.

Essa capacidade do Poder Judiciário de atuar em consonância com o indivíduo foi trazida neste panorama pelas audiências públicas que embora eficientes, tem sido alvo de diversas críticas. O resultado produzido pela audiência pública é excelente em sede de decisões discursivas, pois tendem a pôr fim em diversos assuntos controversos, mediante uma tomada de decisão embasada em conhecimentos não só jurídicos, como também sociais, culturais e algumas vezes políticos. Tem o objetivo de estender a participação popular, que outrora era tão discreta, para uma

participação interessada nos negócios estatais e judiciais de forma bem articulada elastecendo a participação expositiva dos interessados. Tornando o desejo antigo em uma realidade bem próxima, de o cidadão participar de forma interessada na construção das decisões estatais. Assim, o aspecto verbalizado obedece à participação argumentativa dos interessados, todos.

Entretanto a possibilidade dos cidadãos comuns não serem meros destinatários das leis, mas, sim seus criadores, sempre repelindo o pensamento de um Estado formado de especialistas, onde só estes são inventores-autores. Para isso acontecer, o direito tem que assegurar processos de transmissões por meio dos quais a sociedade possa debater as matérias que são o cerne de seus interesses e assim ajudar de forma dinâmica para a realização das decisões; desta maneira entram no cenário constitucional as audiências públicas.

A contemporaneidade solidificou os direitos fundamentais como base na democracia, elevando o Poder Judiciário a um patamar até hoje nunca adquirido. E por tudo que foi exposto, vê-se que o estudo da democracia, da cidadania e da jurisdição constitucional são valores que podem ser utilizados como fundamentos para o desenvolvimento da ideia de audiências públicas, objeto central de pesquisa no trabalho proposto, estes institutos refletem os pressupostos das audiências públicas.

4. AUDIÊNCIAS PÚBLICAS COMO ORGANISMO CONSTITUCIONAL DE FORTALECIMENTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Dentro do processo hermenêutico constitucional as audiências públicas têm sido instrumento de interpretação capaz de potencializar a participação social na tomada de decisões. Salutar se faz entender esse mecanismo de participação popular e quais os seus efeitos sobre a sociedade juridicamente organizada. Sendo uma construção jurídica e processual trazida ao ordenamento jurídico brasileiro somente em 1999, pelas Leis de nº 9.868/99 e 9.882/99 que tratam da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADin) e Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), bem como, das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Porém desde que introduzido no ordenamento jurídico pátrio, o instituto só veio tomar força no ano de 2007, com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, na qual tratou sobre células-tronco nos contornos da Lei da Biossegurança - Lei nº 11.105/05 o que foi um grande marco na história das audiências públicas.

A audiência pública é a materialização da democracia participativa no cenário atual, pois trouxe a possibilidade dos membros do Poder Judiciário que decidem conhecerem assuntos pontuais, antes da decisão final sobre o caso concreto. Nas audiências públicas os membros do STF tem a possibilidade de obter informações preciosas de pessoas que possuem certo grau de experiência e autoridade na área mediante contato com esses conhecedores das questões, assim, abrindo espaço para os cidadãos participarem do processo de construção da decisão alcançada.

As audiências públicas favorecem a democracia quando dão oportunidade a pessoas que antes não faziam parte do sistema decisório, de participarem de forma representativa de decisões que podem refletir numa futura modificação da estrutura de certo direito. E é o que vem acontecendo

com frequência, um julgado tem a capacidade, embora não seja vinculante, de modificar a arrumação normativa ou até a interpretação se certas normas jurídicas. Vez que a decisão determinada em audiência pública vislumbrada no caso concreto pode trazer influência no mundo jurídico.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal as audiências públicas foram inseridas no seio do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal pela Emenda Regimental nº 29 de 2009, com a mesma finalidade de buscar respaldo para julgamento de matéria polêmica. A nova regulamentação em boa parte firmou-se na escrita e exposição de métodos que já vinham sendo praticados. As modificações inovadoras aconteceram, especialmente, na ampliação do rol de Ministros aptos para requisitá-la e no rol de ações que podem ser debatidas, sendo possível uma atuação diferenciada das audiências públicas no âmbito da Suprema Corte. Ainda continua a discricionariedade na escolha do assunto, na seleção dos interessados que participarão e a construção de técnicas e regras que serão seguidas ao longo da audiência pública. O que não torna o evento menos democrático como parece ser por seu perfil de fazer participar ativamente somente “alguns” interessados, embora de forma geral todos possam participar.

A Emenda Regimental nº. 29/2009 trouxe uma demarcação nos ritos da audiência pública, mostrando como ela deve ser inserida e praticada. Não restam dúvidas de que o instituto se aperfeiçoou com o passar do tempo. O trabalho se restringirá a abordar a audiência pública da saúde em sede de Supremo Tribunal Federal.

No ano de 2009, foi publicada a Emenda Regimental de nº. 29, onde foi acrescentado no art. 13 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal o inc. XVII, (BRASIL, 2014) que diz:

Compete ao seu presidente 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.

Antes mesmo da Emenda Regimental nº. 29/2009 existia a possibilidade de requisitar audiências públicas nas decisões de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn e de Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC, antes já prevista no art. 9º, § 1º da Lei n.º 9.868/99, para julgamento de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF o dispositivo legal encontra-se no art. 6º, § 1º da Lei n.º 9.882/99. A Lei nº 9.868 de 1999, no parágrafo 1º do seu artigo 9º (BRASIL, 2014) versa:

Art. 9º Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 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.

E a Lei 9.882 de 1999, no parágrafo 1º do seu artigo 6º (BRASIL, 2014) versa:

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 ensejam a arguição, 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.

De acordo com as leis 9.868/1999 e 9.882/1999, que têm escrita parecida no ponto que discorre sobre as audiências públicas, em caso de carecimento de uma clarificação em determinada matéria ou circunstância de fato, ou de manifesta insuficiência dos dados e informações existentes no processo ora debatido, poderá o Relator solicitar informações extras, nomear pessoas que sejam peritas ou comissão de peritos para que sejam produzidos pareceres sobre o assunto, ou marcar dia para que em audiência pública,

sejam prestados depoimentos de pessoas com vasta experiência e autoridade na matéria que ora se discute.

Conforme lei, as audiências públicas serão convocadas pelo Ministro Relator do Supremo Tribunal Federal, sempre que haja carência de argumentação em questões e quando o processo legal necessitar de complementação para a decisão ser tomada. O que foi o caso da audiência pública da saúde, convocada para ajudar no julgamento do Supremo Tribunal Federal quanto aos fatos ora apresentados, o que de fato auxiliou e deu direção aos membros da Suprema Corte.

Assim, as audiências públicas vêm como instituto constitucional quando existe a impossibilidade material da Suprema Corte decidir com firmeza a respeito de tema que conhecem precariamente ou até nada conhecem.

O argumento para a permissão da realização de uma audiência pública é o entendimento que se tem de que uma pessoa, por mais valores sociais e morais que tenha acumulado ao longo da vida, é quase inviável querer sozinho observar assuntos que são peculiares a quem é especialista em sociologia, medicina e outras áreas. A finalidade base da audiência pública nada mais é do que suplementar, ajuntar conhecimentos diversos com o objetivo de complementar o conhecimento de quem julga e assim proporcionar uma decisão baseada na justiça. Espera-se com as audiências públicas a solução de assuntos controversos, olhando o normativo, sem deixar a realidade fática longe da questão.

As audiências públicas são uma forma de participação popular democrática que tem a finalidade de obter informações adicionais e assim decidir casos concretos, é quando são observadas informações diversas, desde a moral e religião até técnicas, assim o Poder Judiciário pátrio se respalda em um argumento de justiça, para a edificação dos seus julgados. Di Pietro (2007, p. 589), apregoa que o princípio da democracia participativa esta contido no Estado Democrático de Direito, uma vez que a Constituição

proclama em seu art. 1º que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente nos termos desta Constituição”.

Mesmo quando se trate da participação popular, sejam nas dimensões de controle e gerência da Administração Pública, tal participação deve ser e tem sido alargada ao Poder Judiciário, vez que todo o poder vem do povo, o que exprime que o Estado e todos os Poderes atuam para e pelo povo e portanto, devem submeter-se às suas prioridades. As audiências públicas tem um papel diferente na jurisdição constitucional, elas trazem o pensamento retratado por Peter Häberle, uma sociedade participativa, a sociedade dos intérpretes da Constituição, onde o indivíduo participa da formulação das decisões públicas, inclusive do processo decisório, revestindo de mais legalidade os julgados constitucionais, tentando equilibrar os entraves entre constitucionalismo e democracia.

Vale salientar que as audiências públicas realizadas pelo Poder Judiciário não removem de quem julga, efetivamente, a decisão final sobre a matéria constitucional e não pode sua interpretação estar fora do que traça a Constituição Federal de 1988, nem tão pouco somente ser guiada pelos anseios dos cidadãos. O Supremo tem essa difícil tarefa de adequar a sua decisão entre o legítimo e o social. E é exatamente por isso que as audiências públicas são admitidas no contexto jurisdicional, justamente por respeito à democracia e ao Estado Democrático de Direito.

As audiências públicas constroem uma sociedade participativa e democrática, tornando-se uma via de acesso aos negócios públicos onde se pode resguardar o direito à expressão e a expressão dos desejos populares. Em outro ângulo, o Supremo Tribunal Federal encontra-se com a sua tarefa permanente de ser o guardião máximo da Constituição, buscando efetivação dos seus ditames, tendo como argumento para suas decisões a Lei Maior. Como diz Bercovici (2004, p. 20), o Supremo Tribunal Federal deve ter a intenção de ser o “cume da soberania”.

Nas audiências públicas discutem-se não somente questões jurídicas, isso só comprova que o sistema jurídico não é isolado em si mesmo, não é ramo autônomo da ciência; para que uma decisão seja correta e genuinamente justa devem-se observar as relações fáticas. Esse instrumento aproxima os próprios Ministros da Suprema Corte a uma realidade muito próxima, seja ela fática ou científica. De outro modo é uma forma de participação do povo nos negócios públicos por um canal de acesso. Mesmo tendo sido implementado desde 1999, as audiências públicas só vieram desabrochar de fato no mundo jurídico em 24 de abril de 2007, quando foi realizada a primeira audiência pública no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3501, como já discorrido mais acima.

Essa audiência pública foi referente à Lei de Biossegurança, que discutiu a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias humanas perante o direito fundamental à vida. Nessa ocasião foram convidados especialistas de várias áreas da sociedade para debaterem o assunto. Pois antes deste momento até doutrina sobre o assunto era rara de se encontrar. O intento do estudo não é esvaziar a matéria sobre a primeira audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal e sim explaná-la a título de informação complementar e demonstrar os seus efeitos diante de um julgamento proferido pela Suprema Corte.

Não restam dúvidas quanto à atuação proeminente no STF, promovendo diversas audiências públicas, como é o caso do julgamento da ADPF nº. 54, que trata sobre os fetos anencéfalos; da ADPF n.º 101, que discute a importação de pneus usados; do direito à saúde e o Sistema Único de Saúde, que é o foco principal do presente estudo; sobre as Políticas de Ação Afirmativa de Reserva de Vagas no Ensino Superior, e outras.

É clara, portanto a tendência do Supremo Tribunal Federal instaurar discussão constitucional mediante as audiências públicas, achegando os cidadãos na construção de uma sociedade mais participativa, dando condições aos mesmos de participarem de suas decisões e assim conferir legitimidade democrática ao constitucionalismo jurisdicional.

Em 2009, o Ministro Gilmar Mendes convocou a primeira audiência pública do Supremo Tribunal Federal que tratou sobre saúde, tema amplo que será nesse trabalho o foco principal. Esta audiência pública da saúde envolvendo o Sistema Único de Saúde (SUS) buscou ferramentas para julgamento de diversos processos que envolvem teses das mais variadas dentro do contexto saúde, porém o enfoque principal do presente trabalho será a questão do fornecimento de medicamentos, que será abordado com um caso concreto no próximo capítulo.

Nesse sentido as audiências públicas são entendidas como um mecanismo capaz de trazer para as decisões do Poder Judiciário, a participação efetiva e democrática do povo, identificando-se com o cidadão, tornando o acesso do indivíduo algo mais real dentro do sistema.

No julgamento da ADI nº 3.510, o Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal àquele momento, Gilmar Mendes, afirmou que as audiências públicas demonstram que a Suprema Corte, assim como o Parlamento, também tem vocação para ser uma “Casa do Povo”, onde o povo pode participar, dando suas ideias e opiniões. Porém, os dispositivos que existem no ordenamento jurídico e a experiência mais atual do Supremo Tribunal Federal na prática das audiências públicas, não toleram a afirmativa de uma conclusão inconfundível a respeito do papel do instituto.

Assim, para relatar o impacto democrático que essa ferramenta traz para as decisões da Suprema Corte, é bom fazer uma análise no contorno das audiências públicas tomando como ponto de partida as suas particularidades mais latentes.

As audiências públicas se tornam nesse sentido um aparelho processual, ou seja, um evento onde a sociedade se expressa antes que decisões sejam tomadas. É uma ótima oportunidade de exprimir pontos de vista com o objetivo reflexivo fazendo o intérprete da lei, na ocasião aquele que irá julgar, repensar suas decisões.

É certo que o constitucionalismo tem tomado uma proporção avolumada diante da posição exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Porém essa legitimidade tende a crescer na medida em que a sociedade civil organizada começa a participar do processo de tomada de decisões, interferindo na construção dos argumentos e ideias dos intérpretes da Constituição.

Destarte, entende-se que o déficit de legitimidade que existe no constitucionalismo pode ser resolvido com a execução de audiências públicas, momento em que os mais diversos ramos da sociedade organizada ajudam na tomada de decisões, patrocinando o Estado Democrático de Direito, o que não quer dizer redenção dos problemas sociais.

Assim, no processo de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, o Supremo Tribunal Federal emprega diversos métodos da hermenêutica, entre eles, o evolutivo por meio do qual tem a finalidade de interpretar a Constituição em conexão a complexidade social e as mudanças constantes, o que necessita consulta em determinadas áreas sociais por meio de audiências públicas.

Por fim, demonstra-se que a Suprema Corte tem objetivado nos últimos anos, propagar e firmar o instrumento da audiência pública que ainda é embrionário, com finalidade de atingir o grau mais alto da legitimidade das suas decisões e sua influência nos julgados. As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal se consolidarão na medida em que forem utilizadas e assim aperfeiçoadas.

4.1 Audiências Públicas no Poder Judiciário: instrumento de efetivação da participação popular

Assuntos que contornam o direito à saúde tem sido alvo de inúmeras e incansáveis discussões judiciais. Muitos processos têm visado o

instituto “liminar” do Poder Judiciário, para assim obrigar a parte condenada, que na maioria das vezes é a máquina pública, a prestar algum serviço levando o assunto ao palco do Judiciário.

A “judicialização da saúde” tem trazido ao Poder Judiciário a possibilidade de analisar casos em que o poder público, seja ele Municipal, Estadual ou Federal se negue a fazer distribuição de medicamentos de alto custo, o tratamento médico hospitalar, entre outros. Nestes casos não existe um ponto de partida com relação às decisões, elas se tornam diferentes a depender do tempo e do espaço, mas comumente, os três entes estatais respondem de forma solidária. Os julgados de maior peso a serem observados pelos aplicadores da norma são em sua maioria os que trazem o indivíduo como ente de direitos e que tem esse direito tido como fundamental, o de receber remédio ou atendimento médico que necessite para o bem da sua saúde física e algumas vezes da saúde mental.

O Supremo Tribunal Federal tem se posto nessa posição, onde os entes federados assumem responsabilidade solidária, caso haja a devida comprovação de que o cidadão, ora requerente em determinado processo, não tenha condição de provê-lo sem que isso afete o sustento pessoal dele e do seu núcleo familiar, como é o caso do Agravo de Instrumento nº 588.257; da Suspensão de Segurança nº 2.873; Recurso Extraordinário nº 393.175; Recurso Extraordinário nº 271.286/Agravo Regimental, Suspensão de Tutela Antecipada 175/Agravo Regimental. Este trabalho se restringirá a estudar somente a Suspensão de Tutela Antecipada 175 (STA nº 175).

O Ministro Mendes (BRASIL, 2014), neste ato também Relator, diz na vestibular do relatório da Suspensão de Tutela Antecipada 175/Agravo Regimental:

Trata-se de agravo regimental interposto pela União (fls. 193-229) contra a decisão da Presidência do STF (fls. 169-184), na qual indeferi o pedido de suspensão de tutela antecipada n.º 175, formulado pela União, (que contém apenas a Suspensão de Tutela Antecipada n.º 178, de idêntico conteúdo, formulada pelo Município

de Fortaleza), contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível no 408729/CE (2006.81.00.003148-1).

Tal fato abriu espaço na doutrina pátria, bem como na gestão pública, entendendo que os magistrados estão prolatando decisões com conteúdo político, e isso seria a mortificação do princípio da Separação dos Poderes. Como traça Bucci (2009), para o problema de natureza político institucional é apontado também o saldo negativo da democracia do Poder Judiciário, as restrições de alcance dos julgadores na observação da máquina pública, isso tem trazido muita polêmica quanto ao papel do Judiciário, alguns estudiosos dizem inclusive que cabe ao Poder Judiciário operar apenas na realização de políticas públicas.

Grande parte dos juristas, incluindo os julgadores, tratam com relevância a possibilidade de intervenção jurisdicional nos negócios públicos que digam respeito à saúde, com base nos ensinamentos da supremacia, do princípio da interpretação efetiva da Constituição e dos direitos fundamentais. De acordo com o Ministro de Mello (BRASIL, 2014) conforme RE nº 271.286 AgR/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 24.11.2000, diz:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos[...]

A atuação do Poder Judiciário reveste-se de legalidade quando há alguma lacuna na ação do Poder Executivo quanto ao artigo 196 da Constituição Federal, onde versa que a saúde é direito de todos e dever do Estado. O que no momento não esteja sendo observado, acarretando a desenfreada procura pela efetivação do Judiciário, em sede de ações que

visam fortalecer o sistema de saúde no Brasil, tornando o Judiciário um ponto de partida para debates, o que antes nunca houve.

Na teoria da tripartição dos poderes, “cabe” ou “deveria caber” aos Poderes Executivo e Legislativo a atribuição de expressar políticas públicas. Porém, essa expressão tem sido minorada em função da crescente demanda judicial que versa sobre saúde. E é observando esse contorno que o Judiciário, mais precisamente, o Supremo Tribunal Federal tem atuado de maneira primordial para efetivação dos direitos fundamentais.

Dentro desse viés é que as audiências públicas realizadas em sede de STF tem recebido um olhar especial, sendo convocadas para solidificar as decisões ora tomadas, utilizando parâmetros técnicos e científicos.

Ao falar sobre participação popular, deve-se diferenciar o plebiscito, o referendo e a enquete. As audiências públicas são também uma forma da sociedade dar suas ideias, e ouvir respostas de pessoas públicas, porém não é a única.

A Constituição prevê o exame e opinião do povo nos plebiscitos e referendos (estes são a materialização efetiva da soberania popular), mediante o voto. São formas de participação popular, porém obrigatória e suas consequências são atreladas à realidade, é vinculativa. Os instrumentos só diferem quanto à ocasião que se propõem. No plebiscito o exame é antes da ação providenciada. No referendo, o exame é após o ato, tem característica de confirmação pelo povo.

A conceituação mais precisa é trazida na Lei nº. 9.709/1998, em seu art. 14 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 2014):

Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa.

§ 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido.

§ 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição.

Existem também formas de participação do povo, fora do voto e quem bem a coloca é a Di Pietro (1993, p. 26-39) que traz outras maneiras de exercer a participação popular na Administração Pública.

Como participação indireta está à participação em órgãos de consulta tais como comitês, conselhos, e outros; e por meio judicial, como as ações populares, ações civis públicas e outros. Já a forma de participar diretamente traz consigo o direito de se expressar, caso se ache lesado através do direito de peticionar, direito de ação, direito ao contraditório e ampla defesa e o direito a promover as enquetes.

As audiências públicas como maneira de participação popular é uma reunião pública revestida de informalidade que podem levar a uma decisão política; visto seu caráter consultivo, é uma forma de controle popular da Administração Pública no Estado Social e Democrático de Direito.

4.2 Audiência Pública da Saúde e a sua contribuição para o Direito

Em 2009, mais precisamente no dia 05 de março, o Ministro Gilmar Mendes, que neste ano era também o Presidente do Supremo Tribunal Federal, reuniu pessoas para uma audiência pública a fim de serem abordados temas que tinham ligação com a saúde. Esta audiência tinha por propósito tratar de assuntos sempre invocados em sede de Supremo Tribunal Federal.

Assuntos como: incumbência do Estado de prestar assistência médica a pacientes onde a sua necessidade não esteja abrangida nas políticas públicas existentes; dever do Estado em disponibilizar medicamento ou tratamento não listados nas licitações ou não incluídos na lista do Sistema Único de Saúde - SUS; manobras ilícitas no Sistema Único de Saúde – SUS, dentre outros.

O Supremo Tribunal Federal marcou a audiência pública, marcada *a priori*, para os dias 27 e 28 de abril de 2009. Porém, por necessidade de aumentar a participação dos diversos ramos da sociedade, passou para os dias 27, 28 e 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009, qualquer interessado desejando participar deveria mandar a solicitação para o endereço eletrônico que o Tribunal fornecera para aquele dado evento (perguntaesaude@stf.jus.br) com pedido embasado, indicando sua classe representativa e quais os assuntos a serem debatidos.

Quem desejasse assistir não necessitaria de qualquer inscrição, podendo qualquer interessado direta ou indiretamente presenciar esta audiência, que como o próprio nome já elucida é pública em sua forma. Nesta audiência pública participaram como convidados, de forma ativa, o Presidente do Congresso Nacional, o Procurador-Geral da República, o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, o Ministro de Estado do Ministério da Saúde, o Advogado-Geral da União; o Presidente do Conselho Nacional de Saúde (CNS); o Presidente do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS); O Presidente do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS); o Diretor-Presidente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); o Presidente da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); o Presidente do Conselho Federal de Medicina (CFM); o Presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica (FEBRAFARMA); o Presidente da Federação Nacional dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde (FENAESS); o Presidente do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos (IDUM). Totalizando 12 (doze) convidados mais 02 (dois) representantes do Min. José Gomes Temporão (Ministério da Saúde),

inscritos foram 34 (trinta e quatro) mais 01 (um) representante de Leonardo L. Mattar (Defensoria Pública da União). Nesta audiência não houve indicados.

Os conhecedores do assunto ficaram em seis painéis, foi um painel para cada dia da audiência pública. Diversos assuntos, tais como acesso às prestações de Saúde no Brasil, desafios ao Poder Judiciário; responsabilidade dos entes Federados e financiamento do SUS; gestão do SUS, legislação do SUS e universalidade do Sistema; registro na ANVISA e Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS; as políticas públicas de saúde integralidade do Sistema; a Assistência Farmacêutica do SUS.

Conforme informado pelo Supremo Tribunal Federal, totalizaram 126 (cento e vinte e seis) inscrições, sendo somente 33 (trinta e três) requerimentos de profissionais ligados à área de saúde, tidos como pertinentes, estes fizeram as vozes das mais diversas áreas na sociedade. Cada participante teve direito a 15 (quinze) minutos para expor suas ideias, não havendo campo para discussões.

Sendo assim, a audiência pública ocorreu nos parâmetros descritos e ficou conhecida como um marco da judicialização da saúde, onde decidiu e traçou questões de saúde pública, nunca trazidas ao seio do excelso Tribunal.

5. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: ANÁLISE DO AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA N° 175

Muito se tem comentado acerca da influência que as audiências públicas têm causado no mundo dos fatos; o Supremo Tribunal Federal ultimamente vem se utilizando das audiências públicas como uma nova e boa ferramenta de equilíbrio em suas decisões.

Como já pode ter sido observado, as audiências públicas não foram criadas sem uma razão de ser, num vazio existencial. Teve como principal fonte de fundamentação a Constituição e os pensamentos do constitucionalista Peter Häberle em seu livro “A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição”. A possibilidade de participação democrática pluralista foi ventilada e muito bem colocada nos pensamentos de Häberle, dando maiores subsídios aos Ministros do Supremo Tribunal Federal em suas decisões, assim trazendo ao âmago dos julgados uma abertura plural para interpretações.

As audiências públicas nesse contexto são um marco na história da democratização da interpretação da constituição, estas fazem com que o popular seja parte integrante do sistema de participação decisória em conjunto com o Estado. O que acontece nesse instituto como já foi visto é que pessoas interessadas e capacitadas (sendo inscritas, convidadas ou indicadas) para a análise de determinado caso fático, se posicionam cultural, moral ou intelectualmente, trazendo uma maior clareza sobre pontos negativos e positivos que naquele momento se discute.

Com o advento do pós-positivismo e seu constante exercício hermenêutico para desvencilhar o direito da lei, tem-se a revitalização da ideia de aplicação da norma, que não mais se enquadra na antiga visão da decisão

enquanto silogismo jurídico, entrando no cenário constitucional a ideia possibilista, que busca possibilidades ao interpretar e julgar.

Como já apregoado no presente trabalho, Cambi (2007, p. 06) diz que o novo modelo constitucional trouxe consigo a efetividade absoluta das normas contidas da Constituição, a flexibilidade na atuação da jurisdição constitucional e o aparecimento de uma nova hermenêutica constitucional.

Cambi afirma, como já analisado, que saber olhar a força da norma constitucional é sobremaneira reconhecer a própria Constituição, e seu caráter jurídico imperativo. As normas constitucionais abandonam seu aspecto programático ou de mera afirmação política destituída de positividade ou eficácia vinculativa, para ser limitação material negativa dos poderes públicos, vinculando todos os poderes, sem excluir nenhum deles.

Hoje, o Poder Judiciário desempenha papel fundamental e tem sido mecanismo de ataque e defesa para garantir o efetivo exercício dos direitos fundamentais. Em termos práticos, vive-se um paradoxo: de um lado, a crise da democracia representativa, que não se concretiza substancialmente sem a efetivação dos direitos fundamentais; de outro, o debate sobre a limitação dos poderes do Judiciário. E no âmago deste debate é que se encontra a judicialização do direito à saúde, já que, na maioria dos casos, a atuação do poder público não é suficiente para concretizá-lo.

O presente trabalho, então, destina-se a analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Agravo Regimental interposto nos autos da Suspensão de Segurança nº175, que tinha por escopo a Suspensão de Tutela Antecipada concedida na Apelação Cível nº 408729/CE pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza, o fornecimento do medicamento denominado “Zavesca (Miglustat)”, em favor de uma jovem que padecia de grave doença degenerativa.

5.1 Estudo de Caso: Doença de Niemann Pick Tipo “C”, o Medicamento Zavesca e a Suspensão de Tutela Antecipada nº 175

O caso em análise tem início com a interposição, pelo Ministério Público Federal, de Ação Civil Pública, com pedido de tutela antecipada, contra a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza, com o objetivo de receber o medicamento Zavesca (Miglustat) em benefício de uma menina de 21 anos, portadora da doença Niemann-Pick Tipo “C” (NPC), junto ao Tribunal Regional Federal 5º Região.

A mencionada patologia foi classificada como doença em 1933 e trata-se de um raríssimo distúrbio no metabolismo dos lipídios, que afeta vários órgãos vitais, principalmente o cérebro. Tem incidência estimada de 1 em cada 120.000 bebês nascidos vivos e tem como sintomas problemas nos movimentos dos olhos (paralisia supranuclear do olhar), dificuldades para deglutir, fala arrastada e irregular, falta de controle muscular e declínio intelectual progressivo, que pode levar à demência. As mortes decorrentes da doença geralmente ocorrem, em média, até os 16,2 anos de idade, mas, pelo menos a metade dos pacientes morre até os 12,5 anos, segundo Bao (2012, p. 61). A jovem foi diagnosticada como portadora da doença aos cinco anos de idade, através de exames clínicos e laboratoriais. Os sintomas da doença teriam manifestado-se sob a forma de dificuldades motoras, movimentos anormais dos membros, mudanças na fala e ocasional disfagia.

Os relatórios médicos emitidos nos autos atestavam que o medicamento Zavesca (Miglustat) seria o único remédio produzido pelas indústrias farmacêuticas capaz de melhorar a qualidade de vida dos portadores da NPC e ampliar a sua sobrevivência, pois tem a função de estabilizante neurológico, segundo Bao (2012, p. 61). O tratamento com o Zavesca, no entanto, custaria cerca de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) mensais à família da jovem, que declarou não possuir condições para custeá-lo. E foi em

virtude disso que o Ministério Público Federal ingressou com uma Ação Civil Pública em favor da jovem.

O Juiz da 7ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, determinou a extinção do processo, sem resolução de mérito, baseando-se no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, por ilegitimidade ativa do Ministério Público, com fundamento na maioria da pessoa que está enferma e na alegação de que o Ministério Público Federal não tem condão de substituir a Defensoria Pública.

O recurso de apelação foi proposto pelo Ministério Público Federal à 1ª Turma do TRF da 5ª Região, que concordou a sua legitimidade ativa para a interposição da ação e acatou a antecipação de tutela para que a União, o Estado do Ceará e o Município de Fortaleza aprovisionassem a pessoa enferma com o medicamento. Não aceitando o desfecho do recurso de apelação, a União, propôs a Suspensão de Tutela Antecipada contra a decisão, e desta forma o caso chegou ao Supremo Tribunal Federal.

A União sustentou diversos argumentos, entre eles, que a decisão infringiria o princípio de tripartição de poderes, as regras do Sistema Único de Saúde, trouxe também a afirmativa de que o Poder Judiciário estaria adentrando em assuntos que não lhe diziam respeito quanto às políticas públicas, bem como a ilegitimidade passiva e afronta no adentramento das competências alheias e a desnecessidade de responsabilidade solidária entre os que fazem parte do Sistema Único de Saúde em caso de omissão legal.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão da presidência, não deferiu o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada formulada contra acórdão do TRF 5ª região, por não observar grave dano à economia, à ordem e à saúde pública. Ou seja, os quesitos trazidos pela União, não foram acatados pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. O Tribunal manteve o acórdão da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, e refutou as demais alegações trazidas pela União. E foi exatamente contra essa última decisão que a União, não aceitando o proposto, interpôs agravo regimental, que

desencadeou uma nova reformulação quanto às políticas públicas em sede de Poder Judiciário, bem como, demarcou o caminho de atuação do Judiciário quando se tratar de assuntos fundamentais à saúde. O recurso da União que tinha como fundamento contestar e se posicionar contra a decisão do TRF 5º região, motivou a criação de uma nova hermenêutica que viesse tratar do direito fundamental à saúde.

5.2 Fundamentos da não concessão da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175 pelo Supremo Tribunal Federal

O caso concreto abordado na Suspensão de Tutela Antecipada foi um marco na história da jurisdição do direito à saúde, pois transformou mais um questionamento jurídico em uma rica possibilidade do Poder Judiciário determinar que vidas sejam melhoradas ou até salvas quando exista a possível omissão do Estado.

Acontece que a decisão do Supremo quanto às questões que envolvendo saúde no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada, foi a demarcação de uma nova era jurídica, inclusive por se tratar de assunto pertinente ao fornecimento de medicação. Ou seja, uma postura de não mais aceitar as omissões impostas pelo Estado nesse quesito. As matérias que tratando de saúde passam a ter um “fôlego de vida” diferenciado após o contexto da audiência pública de saúde, o direito público subjetivo e o dever do Estado se tornam mais visíveis.

Com respaldo na audiência pública convocada no Supremo Tribunal Federal o Ministro Gilmar Mendes entendeu que medicações requisitadas com o objetivo de tratar ou dar uma melhor condição de vida ao paciente, devem ser fornecidas pelo Estado sim. Pela primeira vez na história do Supremo Tribunal Federal, este utiliza-se de dados coletados na audiência pública para orientar e identificar pontos pertinentes à questão. Gilmar Mendes afirma no conteúdo de sua decisão que fornecendo os medicamentos aos

pacientes necessitados não estará criando uma nova política pública, estará cumprindo efetivamente uma política pública já existente, a política pública de saúde.

Claro, o Ministro Gilmar Mendes diz: que essa atitude do Sistema Único de Saúde custear medicamentos ou até procedimentos diversos do atendido pelo Sistema Único de Saúde é quando existe uma exceção. Essa é a exceção. A regra é utilizar os tratamentos previstos pelo SUS, a exceção só acontece quando o tratamento regra não é eficaz para aquele dado paciente.

A decisão analisada empregou a ideia de direito fundamental à saúde, com efeito *erga omnes*, trazido no art. 6º da Constituição Federal, bem como nos artigos 196 a 200 da mesma Carta. Também apareceu como um direito prestacional à saúde o direito social à saúde, devendo ser prestado a todos os cidadãos que se achem em solo nacional.

Quanto à aplicabilidade desta norma fundamental, deve ser imediata deixando seu caráter programático para ser de caráter imperativo. Essa aplicabilidade foi o que fez o Supremo verificar a responsabilidade solidária existente entre os entes da Federação, pelo fato destes entes terem competência comum, como o Min. Gilmar Mendes coloca.

Nesse diapasão é coerente frisar que o julgado certificou uma modalidade de inconstitucionalidade, a modalidade por omissão onde a não realização das políticas públicas inerentes e pertinentes à saúde foram observadas, transgredindo um direito fundamental e prestacional à saúde que versa na Constituição Federal.

O próprio direito à saúde já não deveria ser uma política pública em si mesmo? Deverá haver o reconhecimento da inconstitucionalidade por omissão quando o legislador não exercer concretamente o seu papel de legislar de forma eficaz e clara, ou bem como, não o fizer de forma total.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi exatamente para suprir uma lacuna administrativa, resolvendo uma omissão administrativa em

questão a distribuição de remédios aos pacientes necessitados, bem como aos tratamentos adequados e específicos. Deve-se levar em consideração que o caminho que o Poder Judiciário quis percorrer não foi um caminho novo e sim um caminho existente, porém nunca percorrido antes, o de fazer valer o que já existia, o direito à saúde. Então quando se fala da atuação do Poder Judiciário nessa política pública de medicamento e fornecimento de remédios (STA nº 175), deve-se ter em mente uma atuação não irrestrita, que não teve a intenção de infringir o princípio da separação dos poderes sem dúvida antes de qualquer ação levou em conta o princípio da proporcionalidade, como foi feito pelo Ministro Gilmar Mendes quando falou do juízo de ponderação. E assim, a decisão foi unânime, o Supremo Tribunal Federal negou o Agravo Regimental de Suspensão a Tutela Antecipada proposto pela União.

5.3 Decisão unânime: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à Suspensão de Tutela Antecipada nº 175

O posicionamento do STF quando trata-se de casos envolvendo o direito à saúde tem sido majoritário no sentido de garantir judicialmente a sua prestação, sem que isso necessariamente afete de maneira agressiva as demais esferas do poder público.

Os julgados do STF têm caminhado no sentido de resguardar a efetivação dos direitos fundamentais, haja vista que no art. 102 da Carta Magna o Supremo foi colocado no patamar de Excelso Guardião desta. Cabendo-lhe ainda a voz final quando se trate de conflitos de interpretação e de leis infraconstitucionais.

Diante do exposto pode-se dizer que o Poder Judiciário atua na promoção de políticas públicas quando há a real carência de fazer sobressair o direito constitucionalmente fundamental. E, nesse sentido decisões semelhantes a que se deu no Agravo Regimental na Suspensão de

Tutela Antecipada nº 175 têm ocorrido, e em sua maioria há unanimidade por parte do Judiciário, pois o direito à saúde é um direito constitucional. No caso analisado destacou-se particularmente o voto do Ministro e Relator Gilmar Mendes, que abordou a questão com maior profundidade expondo esclarecimentos acerca da concretização do direito à saúde.

A motivação foi o volume desenfreado de demandas da mesma natureza. O Ministro Relator então convocou uma audiência pública para que nela fossem debatidos os pontos positivos e negativos em relação ao caso. Foi com base nesta que houve uma decisão que dividiu em antes e depois o conceito de judicialização da política, elevando o seu grau democrático.

Os Ministros Eros Grau, Marco Aurélio e Ellen Gracie estiveram presentes no voto do Ministro Relator Gilmar Mendes. O Ministro Celso de Mello teceu algumas considerações a respeito do tema, porém, na maior parte das vezes apenas acrescentando ao que Mendes já havia exposto.

Conclui-se, demonstrando a importância da audiência pública no âmbito constitucional, esta trouxe um impacto grandioso na judicialização do direito à saúde, reafirmando a atuação do Poder Judiciário mais uma vez. A admissão da nova hermenêutica utilizada na audiência pública da saúde ocasionou resultado para a sociedade, e até os dias atuais vem surtindo resultados. O direito à saúde nunca tinha sido tratado em audiência pública pelo STF, o que demonstra a relevância desta e a sua capacidade de ser organismo constitucional para o encorajamento democrático, sendo uma ferramenta valiosa no Estado Democrático de Direito.

A decisão tomada pelo STF foi um marco na história do direito à saúde, ela manteve a decisão originária do TRF 5º Região e ainda teve o condão de nortear as ações administrativas no que diziam respeito à saúde. O julgado da STA nº 175 pela Suprema Corte foi algo reformulador para o princípio da proporcionalidade entre os princípios constitucionais e entre os poderes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do trabalho, o cuidado constante foi em expor os delineamentos básicos norteadores da doutrina e da prática na aplicação do instituto jurídico e suas posteriores críticas quanto ao direito brasileiro. Fez-se necessário engendrar alguns pontos obtusos no desenvolvimento do tema, tendo por escopo complementar o debate feito sobre a expansão da atividade jurisdicional e a influência que esta expansão trouxe na aplicação das audiências públicas.

O estudo trouxe primariamente a questão neoconstitucional esse novo modelo de hermenêutica constitucional que está diretamente ligado com a dilatação da atuação jurisdicional, frente à interpretação do Direito.

Diante da expansão jurisdicional, o trabalho abordou a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição do alemão Peter Häberle, bem como as suas implicações e influência para o direito constitucional pátrio.

Pôde-se observar a questão da mutação constitucional temporal, onde a norma não perde sua essência jurídica, apenas ganha uma nova roupagem interpretativa histórica.

Analizou-se que a colaboração de Peter Häberle foi fundamental para viver essa nova hermenêutica constitucional. A teoria häberliana foi inspiradora e revolucionária, capaz de sobrepor a forma atual de democracia por uma baseada na participação e inclusão.

A proposta häberliana foi uma avanço na propositura do fortalecimento democrático e jurídico, com vistas a colocar o cidadão como agente participativo e portanto “parceiro” no trato estatal.

O trabalho abordou sobre os pressupostos das audiências públicas no âmbito constitucional, visto que a compreensão da democracia e da cidadania precede ao entendimento das audiências públicas. Sem haver o

esgotamento do instituto, fez-se uma análise do seu aspecto geral, quanto aos conflitos existentes entre o constitucionalismo e a democracia dentro do contexto da legitimidade da jurisdição constitucional com a solidificação dos direitos fundamentais baseados na democracia.

Neste trabalho, optou-se por tratar somente de um viés dessa expansão no exercício do Poder Judiciário, qual seja: a audiência pública da saúde em âmbito de Supremo Tribunal Federal. Fez-se necessário abordar a questão do controle de constitucionalidade como fundamento para a jurisdição constitucional, levando em consideração a palavra jurisdição como o sentido que tem de dizer o direito.

A jurisdição tem a ver com o controle de constitucionalidade das ações estatais. Se acaso a jurisdição constitucional não existisse como ficaria a estruturação do Estado? Os direitos contidos na Constituição Federal seriam desobedecidos e isso traria um caos ao ordenamento jurídico.

A legitimidade neoconstitucionalista surgiu para coibir o descumprimento do controle constitucional das normas jurídicas. Tratou-se também das atribuições que o Poder Judiciário exerce dentro do papel político sem ser partidário. O cidadão contemporâneo tem uma peculiaridade em colocar todas as suas esperanças de um futuro mais justo e reto no Poder Judiciário. O que faz com que este poder precise agir com a pretensão de responder as expectativas populares, com a finalidade de não os deixar sem proteção, salvaguardando os direitos, todos, inerentes aos cidadãos.

O papel do Poder Judiciário baseia-se em controlar as ações dos poderes Executivo e Legislativo que sejam conexas com as políticas públicas contidas na Constituição ou em leis esparsas no ordenamento jurídico. Diante do observado, vê-se que a função da Suprema Corte tem sido materializar os direitos constitucionais, intervindo em assuntos constitucionais, objetivando proteger a Constituição Federal e a sua supremacia no ordenamento jurídico.

Essa questão da expansão do Poder Judiciário tem se tornado mais aparente; isso ocorreu por conta da quebra do antigo paradigma de interpretação e o surgimento de um novo modelo hermenêutico, o neoconstitucional.

A hermenêutica constitucional não é estática e por isso necessita de um aparato com mais subsistência, tendo em vista a dinâmica social. Observa-se a modificação na aplicação do direito e não do direito em si, haja vista tamanha complexidade. Isso fez nascer um padrão de direito capaz de acompanhar toda essa metamorfose social que vem acontecendo.

Uma das maneiras que se encontrou para a transformação do antigo exercício do direito foi a participação popular nos negócios estatais, tais como: as audiências públicas, objeto específico de estudo neste trabalho. A intenção da audiência pública é tornar a via de acesso aos negócios estatais acessíveis a todos, democratizar o processo de construção constitucional que tem admitido estas como meio de participação popular na jurisdição constitucional em sede de Supremo Tribunal Federal.

A natureza política nas decisões do Supremo Tribunal Federal tem sido notada inclusive pelas jurisprudências observa-se que elas traduzem essa natureza, tendo uma postura política frente aos outros poderes. Os julgados acabam por ter caráter político, pela sua natureza singular e pela hierarquia superlativa que é dada à Constituição Federal e ao seu traço eminentemente político.

O que se propôs demonstrar foi a atuação das audiências públicas e como elas acontecem no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bem como trazer um caso concreto que envolveu a primeira audiência pública da saúde, e questões pertinentes, como o fornecimento de medicação.

As audiências públicas nesse sentido tem se tornado organismo constitucional de fortalecimento da democracia, vez que possibilitam entes não estatais participarem do processo de construção de decisão que será tomada pelo julgador constitucional.

No presente trabalho falou-se de audiências públicas no STF, este órgão supra tem convocado este instituto com a finalidade de trazer ao seio do processo constitucional uma participação de pessoas que dominem o assunto abordado em pauta, bem como trazer subsídios para os julgadores chegarem a um fim determinado.

A judicialização da saúde tem levantado debates acalorados quanto à efetividade dos direitos fundamentais, passando pela ponderação dos princípios primordiais do Estado Democrático de Direito, tais como princípio da dignidade da pessoa humana e o da Separação de Poderes.

Nesse sentido, andou bem a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso analisado da Suspensão de Tutela Antecipada nº. 175. Observou-se que o Ministro Gilmar Mendes realizou um juízo de adequação entre o caso concreto e as possibilidades de exercício do poder jurisdicional, concluindo pela legitimidade da tutela pretendida.

No caso ora observado, o Tribunal não excedeu a sua atuação, vez que visou concretizar política pública já existente, a questão não ventilou a possibilidade de um novo direito e sim da efetivação de um direito já existente que pudesse dar embasamento para o caso concreto ser legítimo.

Com efeito, esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário não é apenas necessário, como desejável, haja vista a carência em fazer sobressair à força normativa da Constituição e deixar de lado a conveniente visão liberal que identificava na Constituição apenas uma Carta de Intenções, possibilitando, assim, que o intérprete da lei, diante do caso concreto, possa suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais mediante uma visão possibilista.

A inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais revela o desprezo do poder público pela Carta e sua força normativa, e parece alçar os Poderes Executivo e Legislativo a um patamar acima da Constituição e do próprio Estado Democrático, já que a ordem constitucional representa o seu fundamento máximo.

O papel do Poder Judiciário, então diante desse cenário, torna-se essencial. Não há que se falar aqui em expansão exagerada, mas, em exercício das funções que lhe foram constitucionalmente atribuídas.

O Poder Judiciário tem tido uma importância grandiosa, o que nunca tinha sido presenciado por conta da sua nova postura neoconstitucional de abarcar um seu bojo uma nova maneira de lhe dar com o contemporâneo e assim atender o máximo possível dos anseios sociais. O que não significa que suas ações sejam menos democráticas.

O Poder Judiciário tem tido um enfoque diferenciado dentro do contexto social, isso porque a sua função tem sido cada vez mais interventiva no mundo dos fatos, o que o faz um super poder.

A mediação jurisdicional fundamentada, nesse caso, por conta da arbitrária negativa governamental em concretizar o direito à saúde, torna-se permitida sempre que se houver necessidade de efetivar medida que o legislador criou para resguardar esse direito. A atuação do Judiciário, nesse sentido, tenta não interferir no âmbito da tão conclamada separação de poderes. Até porque a visão clássica desse princípio já não se adequa mais à pós-modernidade.

A jurisdição constitucional é a garantia da divisão dos poderes e não o contrário, em outro ângulo entende-se que os julgados da Corte Suprema trazem consigo uma carga positiva, espelhando o papel normativo que é notável da Corte Máxima. A atuação do Poder Judiciário reveste-se de legalidade quando há alguma lacuna nas ações dos Poderes Executivo e Legislativo.

Há quem aplauda essa atividade judicial e há também os que vão de pé; porém esse trabalho limitou-se a demonstrar as características das audiências públicas e a sua potencialização no ordenamento jurídico. Vale lembrar que a regra é promover audiências públicas com o fim social de fazer prevalecer os direitos constitucionais e a participação popular na tomada de decisões. E como o direito não se pode restringir

somente à frieza das normas, apenas o caso concreto será capaz de mostrar a necessidade de proteção desses direitos.

Pode-se concluir pelo exposto, que o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado bastante coerente em suas decisões, na maioria dos casos, adequando-se à visão exposta no acórdão em análise, ou seja, fazendo um juízo lógico de ponderação entre os interesses envolvidos, sem extrapolar os limites do poder jurisdicional, atuando, ao contrário, de forma a efetivar a responsabilidade que lhe foi constitucionalmente conferida.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMEIDA, Fernanda Andrade. **A impossibilidade de compreensão da cidadania no Brasil a partir dos modelos clássicos** in Revista Sociologia Jurídica. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/antigo/rev04fernandaalm.htm>>. Acesso em: 10.01.2013.

BAO, Xin-Hua; Hui Xiong, Yue-Hua Zhang, You-Ning Xu, Jiong Qin, Hui-Ping Shi, Xi-Ru Wu. **Niemann-Pick disease type C: analysis of 7 patients**. World Journal of Pediatrics. V.8, N° 01. Zhejiang: Zhejiang University School of Medicine, 2012. Disponível em: <<http://www.wjpc.com/UploadFile/10181%20for%20final%20proof.pdf>>. Acesso em: 01.06.2012.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Política: uma relação difícil**. Revista Lua Nova, nº 64, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12.07.2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<https://www.stf.jus.br>>. Acesso em 12.07.2014.

_____. **Presidência da República**. Disponível em: <<https://www4.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em 12.07.2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo - Direito Público**. Belo Horizonte, ano 9, n. 103, set. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=62501>>. Acesso em 02.05.2012.

CARTLEDGE, Paul. **The Democracy Experiment**. BBC History Homepage. 5 nov. 2009. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/history/ancient/greeks/greekdemocracy_01.shtml>. Acesso em 10.05.2012.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica. Ano 01. N. 06. Fevereiro de 2007. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocesso.pdf>>. Acesso em: 15.03.2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Participação Popular na Administração Pública**. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 191, jan./mar. 1993.

_____. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2007.

DENZ, Guilherme. F. H. **A legitimidade democrática do poder judiciário e a politização partidária do juiz**. Disponível em: <http://www.fagundes Cunha.org.br/amapar/revista/artigos/guilherme_legitimidade.doc>. Acesso em: 23.08.2012.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de direito constitucional**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

_____. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **Pluralismo y Constitución**: estúdios de teoria constitucional de La sociedad abiert. Estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda-Franco. Madrid: Tecnos, 2002.

MENDES, Gilmar; DO VALE, André. **A influência do pensamento de Peter Häberle no STF**. Brasil, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-10/pensamento-peter-haberle-jurisprudencia-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em 22.06.2014.

_____. **Teoria da Legislação e Controle de Constitucionalidade**: Algumas Notas. Revista Jurídica virtual. Ano 01. v.01, mai. 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_01/teoria.htm>. Acesso em 20.07.2014.

MOTTA, Luiz Eduardo. **Acesso à Justiça, Cidadania e Judicialização no Brasil**. Disponível em: <http://www.achegas.net/numero/36/eduardo_36.pdf>. Acesso em 28.01.2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Trad. de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NINO, Carlos. Santiago. **La Constitución de la democracia deliberativa**, Barcelona: Gedisa, 1997.

PANDOLFI, Dulce Chaves. **Cidadania, Justiça e Violência**. Rio de Janeiro, Ed. FGV, 1999.

POPPER, Karl Raymond. **Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária**. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1975.

SAES, Décio Azevedo M. Cidadania e capitalismo: uma abordagem teórica. In **Estudos Avançados**. Disponível em: <<http://www.iea.usp.br/iea/saescidadania.pdf>>. Acesso em: 20.01.2012.

SANTOS, Wanderley Guilherme. **Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro, Campus, 1987.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

ZAFFARONI, Raul. Apud SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ANEXOS

ANEXO 1 – RELATÓRIO MINISTRO GILMAR MENDES – STA Nº 175**RELATÓRIO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente):

Trata-se de agravo regimental interposto pela União (fls. 193-229) contra a decisão da Presidência do STF (fls. 169-184), na qual indeferi o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175, formulado pela União, (que contém apenas a Suspensão de Tutela Antecipada n.º 178, de idêntico conteúdo, formulada pelo Município de Fortaleza), contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível no 408729/CE (2006.81.00.003148-1).

A decisão agravada indeferiu o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada, em consonância com prévio parecer da Procuradoria-Geral da República (fls. 135-149 e 162-163) por não se constatar, no caso, grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, ressaltando-se os seguintes fundamentos, no que aqui interessa:

“ [...]”

No caso dos autos, ressalto os seguintes dados fáticos como imprescindíveis para a análise do pleito:

a) a interessada, jovem de 21 anos de idade, é portadora da patologia denominada NIEMANN-PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como, “movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas” (fl. 29);

b) os sintomas da doença teriam se manifestado quando a paciente contava com cinco anos de idade, sob a forma de dificuldades com a marcha, movimentos anormais dos membros, mudanças na fala e ocasional disfagia (fl. 29);

c) os relatórios médicos emitidos pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação relatam que o uso do ZAVESCA (miglustat) poderia possibilitar um aumento de sobrevida e a melhora da qualidade de vida dos portadores de Niemann-Pick Tipo C (fl. 30);

d) a família da paciente declarou não possuir condições financeiras para custear o tratamento da doença, orçada em R\$ 52.000,00 por mês; e

e) segundo o acórdão impugnado, há prova pré-constituída de que o medicamento buscado é considerado pela clínica médica como único capaz de deter o avanço da doença ou de, pelo menos, aumentar as chances de vida da paciente com uma certa qualidade (fl. 108).

A decisão impugnada, ao deferir a antecipação de tutela postulada, aponta a existência de provas quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado, nos seguintes termos:

“(…) No caso concreto, a verossimilhança da alegação é demonstrada pelos documentos médicos que restaram coligidos aos autos. No de fl. 24, consta que ‘o miglustat (Zavesca) é o único medicamento capaz de deter a progressão da Doença de Niemann-Pick Tipo C, aliviando, assim, os sintomas e sofrimentos neuropsiquiátricos da paciente’. A afirmação é seguida de indicação das bases nas quais se assentou a conclusão: estudos que remontam ao ano 2000. Além dele, convém apontar para o parecer exarado pela Rede Sarah de Hospitais de Reabilitação – Associação das Pioneiras Sociais, sendo essa instituição de referência nacional. Nessa manifestação (fl. 28) consta: ‘Atualmente o tratamento é, preponderantemente, de suporte, mas já há trabalhos relatando o uso do Zavesca (miglustat), anteriormente usado para outras doenças de depósito, com o objetivo de diminuir a taxa de

biossíntese de glicolípídios e, portanto, a diminuição do acúmulo lisossomal destes glicolípídios que estão em quantidades aumentadas pelo defeito do transporte de lipídios dentro das células; o que poderia possibilitar um aumento de sobrevida e/ou melhora da qualidade de vida dos pacientes acometidos pela patologia citada'. Acrescente-se que o medicamento pretendido tem sido ministrado em casos idênticos. (...) Esse quadro mostra que há prova pré-constituída de que a jovem CLARICE é portadora da doença Niemann-Pick Tipo C; de que a medicação buscada (miglustat) é considerada pela clínica médica como único capaz de deter o avanço da doença ou de, ao menos, aumentar as chances de vida do paciente com uma certa qualidade; de que tem sido ministrado em outros pacientes, também em decorrência de decisões judiciais." (fls. 107-108)

O argumento central apontado pela União reside na falta de registro do medicamento Zavesca (miglustat) na Agência Nacional de Vigilância Sanitária e, conseqüentemente, na proibição de sua comercialização no Brasil.

No caso, à época da interposição da ação pelo Ministério Público Federal, o medicamento ZAVESCA ainda não se encontrava registrado na ANVISA (fl. 31).

No entanto, em consulta ao sítio da ANVISA na internet, verifiquei que o medicamento ZAVESCA (princípio ativo miglustat), produzido pela empresa ACTELION, possui registro (n.º 155380002) válido até 01/2012.

O medicamento Zavesca, ademais, não consta dos Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS, sendo medicamento de alto custo não contemplado pela Política Farmacêutica da rede pública.

Apesar de a União e de o Município de Fortaleza alegarem a ineficácia do uso de Zavesca para o tratamento da doença de Niemann-Pick Tipo C, não comprovaram a impropriedade do fármaco, limitando-se a inferir a inexistência de Protocolo Clínico do SUS.

Por outro lado, os documentos juntados pelo Ministério Público Federal atestam que o medicamento foi prescrito por médico habilitado, sendo recomendado pela Agência Europeia de Medicamentos (fl. 166).

Ressalte-se, ainda, que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis.

A análise da ilegitimidade ativa do Ministério Público Federal e da ilegitimidade passiva da União e do Município refoge ao alcance da suspensão de tutela antecipada, matéria a ser debatida no exame do recurso cabível contra o provimento jurisdicional que ensejou a presente medida.

[...]” (fls. 180-183).

Manteve-se, por conseguinte, a antecipação de tutela recursal deferida pelo TRF da 5ª Região para determinar à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento denominado Zavesca (Miglustat), em favor de CLARICE ABREU DE CASTRO NEVES.

O agravante requer a reforma da decisão (fls. 193-229), renovando os argumentos antes apresentados para buscar demonstrar a ocorrência de grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas (fls. 193-229).

Alega que a decisão objeto do pedido de suspensão viola o princípio da separação de poderes e as normas e regulamentos do SUS, bem como desconsidera a função exclusiva da Administração em definir políticas públicas, caracterizando-se, nestes casos, indevida interferência do Poder Judiciário nas diretrizes de políticas públicas (fls. 199- 204).

Sustenta tanto a ilegitimidade passiva da União e ofensa ao sistema de repartição de competências (fls. 204-205), como a inexistência de

responsabilidade solidária entre os integrantes do SUS, ante a ausência de previsão normativa (fls. 205-218).

Por fim, argumenta que só deve figurar no pólo passivo da ação principal o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e que causa grave lesão às finanças e à saúde públicas a determinação de desembolso de considerável quantia para a aquisição do medicamento de alto custo pela União, pois isto implicará: deslocamento de esforços e recursos estatais, descontinuidade da prestação dos serviços de saúde ao restante da população e possibilidade de efeito multiplicador (fls. 223-229). É o relatório.

ANEXO 2 – VOTO MINISTRO GILMAR MENDES – STA Nº 175**V O T O**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Presidente):

Trata-se de agravo regimental contra decisão da Presidência do STF (fls. 169-184) por meio da qual indeferi o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175, formulado pela União (que contém apenas a Suspensão de Tutela Antecipada n.º 178, de idêntico conteúdo, formulada pelo Município de Fortaleza), contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nos autos da Apelação Cível no 408729/CE (2006.81.00.003148-1).

O presente recurso é tempestivo, conforme se depreende das fls. 189-193.

A decisão agravada indeferiu o pedido de suspensão de tutela antecipada, por não haver constatado grave lesão à ordem, à economia e à saúde públicas.

Assim, saliento que, ao analisar o pedido de suspensão, entendi inexistirem os elementos fáticos e normativos que comprovassem grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas.

Na ocasião, destaquei que, segundo consta dos autos, a decisão que a União buscava suspender determinou-lhe fornecer o medicamento ZAVESCA (princípio ativo miglustat) à paciente portadora da patologia denominada NIEMANN-PICK TIPO C, doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, tais como: “movimentos involuntários, ataxia da marcha e dos membros, disartria e limitações de progresso escolar e paralisias progressivas”.

Consignei, ainda, que havia informação da existência de prova pré-constituída, consistente em: laudo médico do Hospital Sarah certificando a essencialidade do medicamento para o aumento de sobrevida e de qualidade de vida da paciente, na impossibilidade de a paciente custear o tratamento e na existência de registro do referido fármaco na ANVISA.

Por fim, constatei que existem casos na jurisprudência desta Corte que afirmam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde e de que não cabe discutir, no âmbito do pedido de suspensão, questões relacionadas ao mérito da demanda.

Irresignada, a União agravou da referida decisão, reforçando os argumentos antes apresentados no pedido de suspensão.

Diante da relevância da concretização do direito à saúde e da complexidade que envolve a discussão de fornecimento de tratamentos e medicamentos por parte do poder público, inclusive por determinação judicial, entendo necessário, inicialmente, retomar o tema sob uma perspectiva mais ampla, o que faço a partir de um juízo mínimo de delibação a respeito das questões jurídicas presentes na ação principal, conforme tem entendido a jurisprudência desta Corte, da qual se destacam os seguintes julgados: SS-AgR no 846/DF, Rel. Sepúlveda Pertence, DJ 8.11.1996 e SS-AgR no 1.272/RJ, Rel. Carlos Velloso, DJ 18.5.2001.

Passo então a analisar as questões complexas relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, levando em conta, para tanto, as **experiências e os dados colhidos na Audiência Pública – Saúde**, realizada neste Tribunal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito

constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.

As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar “mínimo existencial” e “reserva do possível” (Vorbehalt des Möglichen).

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) (Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161.).

Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (Recht auf Organization und auf Verfahren), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e à conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação.

Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais tem custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999).

Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tantos direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização.

A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos Poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível.

Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão. Assim, enquanto o Estado tem que dispor de um determinado valor para arcar com o aparato capaz de garantir a liberdade dos cidadãos universalmente, no caso de um direito social como a saúde, por outro lado, deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão. Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos.

Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macrojustiça. É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e

não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha. Renovar: Rio de Janeiro, 2001).

Por outro lado, defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial.

O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais tem significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Lembro, neste ponto, a sagaz assertiva do professor Canotilho segundo a qual “paira sobre a dogmática e teoria jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais a carga metodológica da vaguides, indeterminação e impressionismo que a teoria da ciência vem apelidando, em

termos caricaturais, sob a designação de ‘fuzzismo’ ou ‘metodologia fuzzy’”. “Em toda a sua radicalidade – enfatiza Canotilho – a censura de fuzzismo lançada aos juristas significa basicamente que eles não sabem do que estão a falar quando abordam os complexos problemas dos direitos económicos, sociais e culturais” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia “fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. In: Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 100.).

Nesse aspecto, não surpreende o fato de que a problemática dos direitos sociais tenha sido deslocada, em grande parte, para as teorias da justiça, as teorias da argumentação e as teorias económicas do direito (CANOTILHO, op. cit., p. 98).

Enfim, como enfatiza Canotilho, “havemos de convir que a problemática jurídica dos direitos sociais se encontra hoje numa posição desconfortável” (CANOTILHO, op. cit., p. 99).

De toda forma, parece sensato concluir que, ao fim e ao cabo, problemas concretos deverão ser resolvidos levando-se em consideração todas as perspectivas que a questão dos direitos sociais envolve. Juízos de ponderação são inevitáveis nesse contexto prenhe de complexas relações conflituosas entre princípios e diretrizes políticas ou, em outros termos, entre direitos individuais e bens coletivos.

Alexy segue linha semelhante de conclusão, ao constatar a necessidade de um modelo que leve em conta todos os argumentos favoráveis e contrários aos direitos sociais, da seguinte forma:

“Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da idéia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições

que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.” (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 511-512)

Ressalte-se, não obstante, que a questão dos direitos fundamentais sociais enfrenta desafios no direito comparado que não se apresentam em nossa realidade. Isso porque a própria existência de direitos fundamentais sociais é questionada em países cujas Constituições não os preveem de maneira expressa ou não lhes atribuem eficácia plena. É o caso da Alemanha, por exemplo, cuja Constituição Federal praticamente não contém direitos fundamentais de maneira expressa (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 500), e de Portugal, que diferenciou o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias do regime constitucional dos direitos sociais (ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2004, p. 385).

Ainda que essas questões tormentosas permitam entrever os desafios impostos ao poder público e à sociedade na concretização do direito à saúde, é preciso destacar de que forma a nossa Constituição estabelece os limites e as possibilidades de implementação deste direito.

O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do

risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

Examinemos cada um desses elementos.

(1) direito de todos:

É possível identificar, na redação do referido artigo constitucional, tanto um direito individual quanto um direito coletivo à saúde. Dizer que a norma do artigo 196, por tratar de um direito social, consubstancia-se tão somente em norma programática, incapaz de produzir efeitos, apenas indicando diretrizes a serem observadas pelo poder público, significaria negar a força normativa da Constituição.

A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE n.º 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. Ressaltou o Ministro que “a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional”, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Concluiu que “a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse como prestações de relevância pública as ações e serviços de saúde (CF, art. 197)”, legitimando a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional em apreço. (AgR-RE N. 271.286-8/RS, Rel. Celso de Mello, DJ 12.09.2000).

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política

pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

Em decisão proferida na ADPF n.º 45/DF, o Min. Celso de Mello consignou o seguinte:

“Desnecessário acentuar-se, considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausentes qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos”.(ADPF-MC N.º 45, Rel. Celso de Mello, DJ 4.5.2004).

Assim, a garantia judicial da prestação individual de saúde, prima facie, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), o que, por certo, deve ser sempre demonstrado e fundamentado de forma clara e concreta, caso a caso.

(2) dever do Estado:

O dispositivo constitucional deixa claro que, para além do direito fundamental à saúde, há o dever fundamental de prestação de saúde por parte do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

O dever de desenvolver políticas públicas que visem à redução de doenças, à promoção, à proteção e à recuperação da saúde está expresso no artigo 196.

A competência comum dos entes da Federação para cuidar da saúde consta do art. 23, II, da Constituição. União, Estados, Distrito Federal e Municípios são responsáveis solidários pela saúde, tanto do indivíduo quanto da coletividade e, dessa forma, são legitimados passivos nas demandas cuja

causa de pedir é a negativa, pelo SUS (seja pelo gestor municipal, estadual ou federal), de prestações na área de saúde.

O fato de o Sistema Único de Saúde ter descentralizado os serviços e conjugado os recursos financeiros dos entes da Federação, com o objetivo de aumentar a qualidade e o acesso aos serviços de saúde, apenas reforça a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

As ações e os serviços de saúde são de relevância pública, integrantes de uma rede regionalizada e hierarquizada, segundo o critério da subsidiariedade, e constituem um sistema único.

Foram estabelecidas quatro diretrizes básicas para as ações de saúde: direção administrativa única e cada nível de governo; descentralização político administrativa; atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas; e participação da comunidade.

O Sistema Único de Saúde está baseado no financiamento público e na cobertura universal das ações de saúde. Dessa forma, para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema, é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, para a captação de recursos.

O financiamento do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 195, opera-se com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. A Emenda Constitucional n.º 29/2000, com vistas a dar maior estabilidade para os recursos de saúde, consolidou um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da Federação.

A Emenda acrescentou dois novos parágrafos ao artigo 198 da Constituição, assegurando percentuais mínimos a serem destinados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a saúde, visando a um aumento e a uma maior estabilidade dos recursos. No entanto, o § 3º do art. 198 dispõe que caberá à Lei Complementar estabelecer: os percentuais

mínimos de que trata o § 2º do referido artigo; os critérios de rateio entre os entes; as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde; as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União; além, é claro, de especificar as ações e os serviços públicos de saúde.

O art. 200 da Constituição, que estabeleceu as competências do Sistema Único de Saúde (SUS), é regulamentado pelas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90.

O SUS consiste no 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, incluídas as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos e medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

(3) garantido mediante políticas sociais e econômicas:

A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.

(4) políticas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos:

Tais políticas visam à redução do risco de doença e outros agravos, de forma a evidenciar sua dimensão preventiva. As ações preventivas na área da saúde foram, inclusive, indicadas como prioritárias pelo artigo 198, inciso II, da Constituição.

(5) políticas que visem ao acesso universal e igualitário:

O constituinte estabeleceu, ainda, um sistema universal de acesso aos serviços públicos de saúde.

Nesse sentido, a Ministra Ellen Gracie, na STA 91, ressaltou que, no seu entendimento, o art. 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo (STA 91-1/AL, Ministra Ellen Gracie, DJ 26.02.2007).

O princípio do acesso igualitário e universal reforça a responsabilidade solidária dos entes da Federação, garantindo, inclusive, a “igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie” (art. 7º, IV, da Lei 8.080/90).

(6) ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde:

O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes - o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da Federação - do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados.

A Constituição brasileira não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 201, 203, 205, 215, 217, entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos (capítulo I do Título II) e os direitos sociais (capítulo II do Título II), ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata

(artigo 5º, § 1º, CF/88). Vê-se, pois, que os direitos fundamentais sociais foram acolhidos pela Constituição Federal de 1988 como autênticos direitos fundamentais. Não há dúvida – deixe-se claro – de que as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional e de suas peculiaridades.

Mesmo diante do que dispõem a Constituição e as leis relacionadas à questão, o que se tem constatado, de fato, é a crescente controvérsia jurídica sobre a possibilidade de decisões judiciais determinarem ao poder público o fornecimento de medicamentos e tratamentos, decisões estas nas quais se discute, inclusive, os critérios considerados para tanto.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, é recorrente a tentativa do poder público de suspender decisões judiciais nesse sentido. Na Presidência do Tribunal existem diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros).

Assim, levando em conta a grande quantidade de processos e a complexidade das questões neles envolvidas, convoquei **Audiência Pública para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública**, especialmente os gestores públicos, os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil.

Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de

uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas.

Esse foi um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates ocorridos na Audiência Pública Saúde: no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Esse dado pode ser importante para **a construção de um critério ou parâmetro para a decisão** em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes.

Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação.

Não raro, busca-se, no Poder Judiciário, a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Como ficou claro nos depoimentos prestados na Audiência Pública, é vedado à Administração Pública fornecer fármaco que não possua registro na ANVISA.

A Lei Federal n.º 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina, em seu artigo 12, que “nenhum dos produtos de que trata esta Lei, **inclusive os importados**, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”. O artigo 16 da referida Lei estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles o de que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe. O Art. 18 ainda determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem.

O registro de medicamento, como ressaltado pelo Procurador-Geral da República na Audiência Pública, é uma garantia à saúde pública. E, como ressaltou o Diretor Presidente da ANVISA na mesma ocasião, a Agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto e conceder-lhe o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trazer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação.

Por tudo isso, o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação.

Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que ela dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão.

Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso

universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Dessa forma, **podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.**

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.

Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento na rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde brasileiro.

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos regese pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los.

Como esclarecido, na Audiência Pública da Saúde, pelo Médico Paulo Hoff, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término.

Quanto aos novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS), é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria. Como frisado pelos especialistas ouvidos na Audiência Pública, o conhecimento médico não é estanque, sua evolução é muito rápida e dificilmente suscetível de acompanhamento pela burocracia administrativa.

Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada.

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara

a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.

Com fundamento nessas considerações, que entendo essenciais para a reflexão e a discussão do presente caso pelo Plenário desta Corte, retomo, de forma específica, as razões apresentadas pela União em seu agravo regimental.

Da análise do presente recurso, concluo que a agravante não traz novos elementos aptos a determinar a reforma da decisão agravada.

Em primeiro lugar, a agravante repisa a alegação genérica de violação ao princípio da separação dos Poderes, o que já havia sido afastado pela decisão impugnada, a qual assentou a possibilidade, em casos como o presente, de o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria da qualidade de vida da paciente. Colhe-se dos autos que a decisão impugnada informa a existência de provas suficientes quanto ao estado de saúde da paciente e a necessidade do medicamento indicado.

Quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, destaco a ementa da decisão proferida na ADPFMC 45/DF, relator Celso de Mello, DJ 29.4.2004:

“EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE

GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁCTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA 'RESERVA DO POSSÍVEL'. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).”

Nesse sentido é a lição de Christian Courtis e Victor Abramovich (ABRAMOVICH, Victor; COURTS, Christian, Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, 2004, p. 251):

“Por ello, el Poder Judicial no tiene la tarea de diseñar políticas públicas, sino la de confrontar el diseño de políticas asumidas con los estándares jurídicos aplicables y – en caso de hallar divergencias – reenviar la cuestión a los poderes pertinentes para que ellos reaccionen ajustando su actividad en consecuencia. Cuando las normas constitucionales o legales fijen pautas para el diseño de políticas públicas y los poderes respectivos no hayan adoptado ninguna medida, corresponderá al Poder Judicial reprochar esa omisión y reenviarles la cuestión para que elaboren alguna medida. Esta dimensión de la actuación judicial puede ser conceptualizada como la participación en un <<diálogo>> entre los distintos poderes del Estado para la concreción del programa jurídico político establecido por la constitución o por los pactos de derechos humanos.” (sem grifo no original)

Além disso, a agravante, reiterando os fundamentos da inicial, aponta, de forma genérica, que a decisão objeto desta suspensão invade competência administrativa da União e provoca desordem em sua esfera, ao impor-lhe deveres que são do Estado e do Município. Contudo, a

decisão agravada deixou claro que existem casos na jurisprudência desta Corte que afirmam a responsabilidade solidária dos entes federados em matéria de saúde.

Após refletir sobre as informações colhidas na Audiência Pública - Saúde e sobre a jurisprudência recente deste Tribunal, é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária.

No RE 195.192-3/RS, a 2ª Turma deste Supremo Tribunal consignou o entendimento segundo o qual a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. Nesse sentido, o acórdão restou assim ementado:

“SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.” (RE 195.192-3/RS, 2ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000).

Em sentido idêntico, no RE-AgR 255.627-1, o Ministro Nelson Jobim afastou a alegação do Município de Porto Alegre de que não seria responsável pelos serviços de saúde de alto custo. O Ministro Nelson Jobim, amparado no precedente do RE 280.642, no qual a 2ª Turma havia decidido questão idêntica, negou provimento ao Agravo Regimental do Município:

“(…) A referência, contida no preceito, a “Estado” mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo n.º 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Já o caput do artigo

informa, como diretriz, a descentralização das ações e serviços públicos de saúde que devem integrar rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo. Não bastasse o parâmetro constitucional de eficácia imediata, considerada a natureza, em si, da atividade, afigura-se como fato incontroverso, porquanto registrada, no acórdão recorrido, a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se os medicamentos excepcionais, como são os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes. O município de Porto Alegre surge com responsabilidade prevista em diplomas específicos, ou seja, os convênios celebrados no sentido da implantação do Sistema Único de Saúde, devendo receber, para tanto, verbas do Estado. Por outro lado, como bem assinalado no acórdão, a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do Município. (...)” (RE-AgR 255.627-1/RS, 2ª Turma, Ministro Nelson Jobim, DJ 21.11.2000).

A responsabilidade dos entes da Federação foi muito enfatizada durante os debates na Audiência Pública - Saúde, oportunidade em que externei os seguintes entendimentos sobre o tema:

O Poder Judiciário, acompanhado pela doutrina majoritária, tem entendido que a competência comum dos entes resulta na sua responsabilidade solidária para responder pelas demandas de saúde. Muitos dos pedidos de suspensão de tutela antecipada, suspensão de segurança e suspensão de liminar fundamentam a ocorrência de lesão à ordem pública na desconsideração, pela decisão judicial, dessa divisão de responsabilidades estabelecidas pela legislação do SUS, alegando que a ação deveria ter sido proposta contra outro ente da Federação. Não temos dúvida de que o Estado brasileiro é responsável pela prestação dos serviços de saúde. Importa aqui reforçar o entendimento de que cabe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios agirem em conjunto no cumprimento do mandamento constitucional. A Constituição incorpora o princípio da lealdade à Federação por parte da União, dos Estados e Municípios no cumprimento de suas tarefas comuns.

De toda forma, parece certo que, quanto ao desenvolvimento prático desse tipo de responsabilidade solidária, deve ser construído um modelo de cooperação e de coordenação de ações conjuntas por parte dos entes federativos.

Ressalto que o tema da responsabilidade solidária dos entes federativos em matéria de saúde também poderá ser apreciado pelo Tribunal no RE 566.471, Rel. Min. Marco Aurélio, o qual tem repercussão geral reconhecida, nos termos da seguinte ementa:

SAÚDE – ASSISTÊNCIA – MEDICAMENTO DE ALTO CUSTO – FORNECIMENTO. Possui repercussão geral controversa sobre a obrigatoriedade de o poder público fornecer medicamento de alto custo.

Também tramita nesta corte a Proposta de Súmula Vinculante n.º 4, que propõe tornar vinculante o entendimento jurisprudencial a respeito da responsabilidade solidária dos entes da Federação no atendimento das ações de saúde. Referida PSV teve a tramitação sobrestada por decisão da Ministra Ellen Gracie, Presidente da Comissão de Jurisprudência, e está no aguardo da apreciação do mérito do referido RE 566.471 (DJe 26.8.09).

Assim, apesar da responsabilidade dos entes da Federação em matéria de direito à saúde suscitar questões delicadas, a decisão impugnada pelo pedido de suspensão, ao determinar a responsabilidade da União no fornecimento do tratamento pretendido, segue as normas constitucionais que fixaram a competência comum (art. 23, II, da CF), a Lei Federal n.º 8.080/90 (art. 7º, XI) e a jurisprudência desta Corte. Entendo, pois, que a determinação para que a União arque com as despesas do tratamento não configura grave lesão à ordem pública.

A correção ou não deste posicionamento, entretanto, não é passível de ampla cognição nos estritos limites deste juízo de contracautela, como quer fazer valer a agravante.

Da mesma forma, as alegações referentes à ilegitimidade passiva da União, à violação do sistema de repartição de competências, à necessidade de figurar como réu na ação principal somente o ente responsável pela dispensação do medicamento pleiteado e à desconsideração da lei do SUS, não são passíveis de ampla deliberação no juízo do pedido de suspensão de segurança, pois constituem o mérito da ação, a ser debatido de forma exaustiva no exame do recurso cabível contra o provimento jurisdicional que ensejou a tutela antecipada. Nesse sentido: SS-AgR n.º 2.932/SP, Ellen Gracie, DJ 25.4.2008 e SS-AgR n.º 2.964/SP, Ellen Gracie, DJ 9.11.2007, entre outros.

Ademais, diante da natureza excepcional do pedido de contracautela, evidencia-se que a sua eventual concessão no presente momento teria caráter nitidamente satisfativo, com efeitos deletérios à subsistência e ao regular desenvolvimento da saúde da paciente, a ensejar a ocorrência de possível dano inverso.

Neste ponto, o pedido formulado tem nítida natureza de recurso, o que contraria o entendimento assente desta Corte acerca da impossibilidade do pedido de suspensão como sucedâneo recursal, do qual se destacam os seguintes julgados: SL 14/MG, rel. Maurício Corrêa, DJ 03.10.2003; SL 80/SP, rel. Nelson Jobim, DJ 19.10.2005; 56-AgR/DF, rel. Ellen Gracie, DJ 23.6.2006.

Melhor sorte não socorre à agravante quanto aos argumentos de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a decisão agravada consignou, de forma expressa, que o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo poder público.

Além disso, não procede a alegação de temor de que esta decisão sirva de precedente negativo ao poder público, com possibilidade de ensejar o denominado efeito multiplicador, pois a análise de decisões dessa

natureza deve ser feita caso a caso, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida.

Por fim, destaco que a agravante não infirma o fundamento da decisão agravada de que, em verdade, o que se constata é a ocorrência de grave lesão em sentido inverso (dano inverso), caso a decisão venha a ser suspensa (fl.183).

Ante o exposto, nego provimento ao **agravo regimental**.

É como voto.

ANEXO 3 – TABELA COMPLEMENTAR – AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE

Número da Ação	SL 47 e SL 64; STA 36, STA 185, STA 211, STA 278; SS 2361, SS 2944, SS 3345, SS 3355
Tema	Direito à saúde e Sistema Único de Saúde (SUS)
Relator	Min. Gilmar Mendes
Data de convocação da Audiência Pública	05/03/2009
Publicada em	09/03 (DJe nº 44, divulgado em 06/03/2009)
Diferença entre convocação e publicação	4 dias
Presidente do STF à época da convocação	Min. Gilmar Mendes
Ministro que convocou a Audiência Pública	Presidente Gilmar Mendes
Data de realização da Audiência Pública	27, 28 e 29 de abril de 2009; 04, 06, 07 de maio de 2009
Duração da Audiência Pública	6 dias
Duração Oficial da audiência pública	18 horas (9:00 às 12:00)

Quantidade de participantes	50
Quantidade por dia Dia 1	08
Dia 2	08
Dia 3	09
Dia 4	09
Dia 5	07
Dia 6	09
Tempo Oficial para cada participante	15 minutos.
Julgamento	Sim
Voto do ministro que convocou	Sim
Voto do relator do caso	Sim
Cronograma	Sim

ANEXO 4 – CRONOGRAMA DA AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE

27 DE ABRIL DE 2009 – SEGUNDA-FEIRA

O ACESSO ÀS PRESTAÇÕES DE SAÚDE NO BRASIL – DESAFIOS AO PODER JUDICIÁRIO

Abertura: Ministro Gilmar Mendes, Presidente do STF;

Antonio Fernando Barros e Silva, **Procurador-Geral da República**;

Ministro José Antonio Dias Toffoli, **Advogado-Geral da União**;

Leonardo Lorea Mattar, **Defensor Público-Geral da União em exercício**;

Alberto Beltrame, **Secretário de Atenção da Saúde do Ministério da Saúde**;

Flávio Pansiere, **representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**;

Marcos Salles, **representante da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB**;

Ingo W. Sarlet, **Professor Titular da PUC/RS e Juiz de Direito**;

Ministro Carlos Alberto Menezes, **Ministro do Supremo Tribunal Federal**;

Encerramento - Ministro Gilmar Mendes.

28 DE ABRIL DE 2009 – TERÇA-FEIRA

RESPONSABILIDADE DOS ENTES DA FEDERAÇÃO E FINANCIAMENTO DO SUS

Abertura - Ministro Gilmar Mendes;

Francisco Batista Júnior, **Presidente do CNS**;

Antonio Carlos Nardi, **Presidente do CONASEMS**;

Edelberto Luiz da Silva, **Consultor Jurídico do Ministério da Saúde**;

Agnaldo Gomes da Costa, **Secretário de Estado da Saúde do Amazonas**;

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, **Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro**;

Jose Antonio Rosa, **representante do Fórum Nacional dos Procuradores-Gerais das Capitais Brasileiras**;

Maria Helena Barros de Oliveira, **representante da FIOCRUZ**;

André da Silva Ordacgy, **Defensor Público Chefe da União Substituto;**
Encerramento - Ministro Gilmar Mendes.

29 DE ABRIL DE 2009 – QUARTA-FEIRA
GESTÃO DO SUS – LEGISLAÇÃO DO SUS E UNIVERSALIDADE DO SISTEMA

Abertura - Ministro Gilmar Mendes;

Adib Domingos Jatene, **Ex-Ministro da Saúde e Diretor-Geral do Hospital do Coração em São Paulo;**

Osmar Gasparini Terra, **Presidente do Conselho Nacional de Secretários da Saúde – CONASS;**

Claudia Fernanda de Oliveira Pereira, **Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas do Distrito Federal,** e Cátia Gisele Martins Vergara, **Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal,** representantes da **Associação Nacional do Ministério Público de Contas;**

Vitore Maximiano, **Defensor Público do Estado de São Paulo;**

Jairo Bisol, **Presidente da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde;**

Paulo Ziulkoski, **Presidente da Confederação Nacional dos Municípios;**

Ana Beatriz Pinto de Almeida, **Gerente de Projeto da Coordenação Geral da Política de Alimentos e Nutrição do Departamento de Atenção Básica do Ministério da Saúde;**

Cleusa da Silveira Bernardo, **Diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas do Ministério da Saúde;**

Alexandre Sampaio Zakir, **representante da Secretaria de Segurança Pública e do Governo de São Paulo;**

Encerramento - Ministro Gilmar Mendes.

4 DE MAIO DE 2009 – SEGUNDA-FEIRA
REGISTRO NA ANVISA E PROTOCOLOS E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO SUS

Abertura - Ministro Gilmar Mendes

Dirceu Raposo de Mello, **Diretor-Presidente da ANVISA;**

Geraldo Guedes, **Representante do Conselho Federal de Medicina;**

Luiz Alberto Simões Volpe, **Fundador do Grupo Hipupiara Integração e Vida;**

Paulo Marcelo Gehm Hoff, **representante da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da USP;**

Paulo Dornelles Picon, **representante da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Hospital de Clínicas de Porto Alegre;**

Claudio Maierovitch Pessanha, **Coordenador da Comissão de Incorporação de tecnologia do Ministério da Saúde;**

Janaína Barbier Gonçalves, **Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul;**

Sueli Gandolfi Dallari, **representante do Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário;**

Leonardo Bandarra, **Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União;**

Encerramento - Ministro Gilmar Mendes.

6 DE MAIO DE 2009 - QUARTA-FEIRA

POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE – INTEGRALIDADE DO SISTEMA

Abertura - Ministro Gilmar Mendes;

Maria Inês Pordeus Gadelha, **Consultora da Coordenação–Geral de Alta Complexidade do Departamento de Atenção Especializada do Ministério da Saúde;**

José André de Carvalho Mendonça, **Juiz da 5ª Vara Federal de Recife;**

Luis Roberto Barroso, **representante do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios;**

Valderilio Feijó, **representante da Associação Brasileira de Grupos de Pacientes Reumáticos;**

Heloisa Machado de Almeida, **representante da ONG Conectas Direitos Humanos;**

Paulo Menezes, **Presidente da Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar;**

Raul Cutait, **Professor Associado da Faculdade de Medicina da USP, Médico Assistente do Hospital Sírio Libanês, Ex-Secretário de Saúde do Município de São Paulo;**

Encerramento - Ministro Gilmar Mendes.

7 DE MAIO DE 2009 – QUINTA-FEIRA **ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA DO SUS**

Abertura - Ministro Carlos Alberto Menezes Direito;

Josué Félix de Araújo, **Presidente da Associação Brasileira de Mucopolissacarídeos;**

Sérgio Henrique Sampaio, **Presidente da Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose;**

José Getúlio Martins Segalla, **Presidente da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica;**

José Aristodemo Pinotti, **Professor Titular Emérito da USP e Unicamp, Ex-Reitor da Unicamp e Ex-Secretário de Saúde do Estado de São Paulo;**

Reinaldo Felipe Nery, **Secretário de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde;**

Antonio Barbosa da Silva, **representante do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos;**

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito - Intervalo;

Ciro Mortella, **Presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica;**

Débora Diniz, **Fundadora do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS;**

Ministro José Gomes Temporão, **Ministro de Estado da Saúde;**

Encerramento - Ministro Gilmar Mendes.