

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PÓS AUDIÊNCIA PÚBLICA DA SAÚDE: UMA FORMA DE INTERVENÇÃO DO INSTITUTO DO *AMICUS CURIAE*

Luciana Cremonese Rech

Rosana Helena Maas

Resumo: Convocada pelo Ministro Gilmar Mendes a audiência pública da saúde veio com o objetivo de ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria referente ao Sistema Único de Saúde. Essa audiência foi convocada sob a estratégia para o julgamento de ações sobre o assunto que tramitam no Supremo Tribunal Federal, no sentido de orientar os julgados do país, considerando o interesse público. As audiências públicas foram introduzidas no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade através da promulgação das Leis 9.868 e 9.882, ambas de 1.999, e configuram espécie de intervenção do instituto do *amicus curiae*. A problemática consiste em verificar se a audiência pública da saúde é forma de concretizar o direito fundamental social à saúde e se é um instrumento de democratização da jurisdição constitucional. Chega-se a conclusão de que a audiência pública da saúde como forma de intervenção do instituto do *amicus curiae*, por requisição do relator e em sentido lato, trouxe a democratização e a pluralização do debate constitucional e, dessa forma, configurou-se com um instrumento de garantia do direito fundamental a saúde.

Palavras-chave: *Amicus curiae*. Audiência pública da saúde. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: Convened by the Minister Gilmar Mendes public health audience came in order to hear testimony from people with experience and authority in the matter relating to the Unified Health System. This hearing was convened under the strategy for the prosecution of actions on the matter that move the Supreme Court, to guide the courts in the country, considering the public interest. Public hearings were introduced in the Brazilian system of judicial review through the enactment of Law

9868 and 9882, both of 1999, and configure kind of intervention of *amicus curiae* institute. The issue is whether public health audience is way to achieve the fundamental social right to health and is a democratic instrument of constitutional jurisdiction. Arrive at the conclusion that public health audience as an intervention of the institute's *amicus curiae*, by request of the rapporteur and in the broad sense, brought democratization and pluralization of the constitutional debate and, therefore, was configured with a guarantee instrument the fundamental right to health.

Key-words: *Amicus curiae*. Public hearing health. Federal Supreme Court.

1 Introdução

Em termos de direito à saúde outra não é a discussão que a imensa judicialização desse direito, o que torna importante a análise da audiência pública da saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo está aqui trabalhada como forma de intervenção do instituto do *amicus curiae*. O problema consiste em verificar se a audiência pública da saúde configura instrumento de democratização da jurisdição constitucional e como garantia do direito fundamental social à saúde. Saliencia-se que o tema escolhido para o desenvolvimento desse trabalho apresenta relevância jurídica, visto que as audiências públicas são pouco conhecidas no meio acadêmico e configuram-se como forma de intervenção do *amicus curiae*, possibilitando a participação social, podendo, dessa maneira, configurar um grande instrumento de garantia dos direitos fundamentais. Dessa forma, ir-se-á analisar, em primeira linha, a audiência pública da saúde; em seguida, a audiência será observada como forma de manifestação do instituto do *amicus curiae* e analisa-se se a mesma realiza a democratização da jurisdição constitucional; para, por derradeiro, analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pós a audiência pública da saúde.

2 A audiência pública da saúde e seus objetivos

A audiência pública é regulamentada pela Emenda Regimental 29, de 18 de março de 2009, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que traz as competências e os procedimentos de convocação para a realização de audiências e foi o que fundamentou a convocação da audiência pública da saúde para as discussões relacionadas à saúde pública brasileira, audiência esta, destaca-se, não proveniente de nenhuma ação específica, diferente das outras até aquela data.

Convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, na época o Ministro Gilmar Mendes, a audiência pública da saúde foi realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009. Foi designada por despacho de convocação, consoante o artigo 13, inciso XVII, e com base no artigo 363, inciso III, ambos do Regimento Interno (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DespachoConvocatorio.pdf>>).

Essa audiência pública foi realizada para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade referente ao Sistema Único de Saúde – SUS, tendo como objetivo esclarecimentos de questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, tais como: responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do Sistema Único de Saúde ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA - ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; obrigação do Estado de fornecer medicamentos não solicitados e não previstos na lista do SUS; e, fraudes ao SUS (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DespachoConvocatorio.pdf>>).

Ouviram-se na audiência pública cinquenta especialistas, dentre eles, advogados, defensores públicos, promotores, procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de

Saúde (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despachodehabiliacoox.pdf>>).

A transmissão da audiência deu-se via TV Justiça e também pela Rádio Justiça, consoante disposição do artigo 154, parágrafo único, inciso V, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, bem como pelas demais transmissoras que fizeram requerimento mediante pedidos encaminhados à Secretária de Comunicação Social (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DespachoConvocatorio.pdf>>).

Os trabalhos da audiência pública ocorreram sob o seguinte cronograma: no dia 27 de abril, o debate deu-se sob “O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios do Poder Judiciário”; no dia 28 de abril, o debate foi sobre o tema “Responsabilidade dos Entes da Federação e Financiamentos do Sistema Único de Saúde” – SUS; no dia 29 de abril, o debate abrangeu a “Gestão do Sistema Único de Saúde - SUS – Legislação do SUS e Universalidade do Sistema”; em 04 de maio o assunto debatido foi o “Registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa - e Protocolos e Diretrizes Terapêuticas do SUS”; no penúltimo dia de debate, 6 de maio, o assunto em destaque foi “Políticas Públicas de Saúde – Integralidade do Sistema”; e, finalizando, no último dia de debates o assunto foi a “Assistência Farmacêutica do SUS” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despachodehabiliacoox.pdf>>).

Destaca-se que a audiência pública da saúde foi convocada sob a estratégia fundamental para o julgamento de diversas ações que tramitam no Supremo Tribunal Federal, as quais questionam o dever do Estado na criação de vagas em Unidades de Tratamentos Intensivos – UTIs - e em hospitais, o fornecimento de medicamentos e os tratamentos médicos, especialmente nos casos em que o tratamento implica em valores elevados (LEAL, 2013).

Os dados colhidos na audiência pública permanecem arquivados na Presidência do Supremo Tribunal Federal, os quais poderão ser utilizados por todos os Ministros da Corte, auxiliando-os na elaboração de decisões e votos, em qualquer processo que esteja em trâmite no Supremo Tribunal Federal sobre o assunto (FORTES, 2011).

Dessa forma, cabe fazer a referência que o direito à saúde possui importância teórica e prática não apenas aos operadores do direito, mas também aos gestores públicos, profissionais da área da saúde e mesmo à sociedade civil como um todo. Se de um lado a atuação do Poder Judiciário é fundamental para a realização do direito à saúde, por outro, as decisões tem significado claro ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais, muitas vezes contratantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias existentes (FORTES, 2011). Grande motivo esse, para especialistas de todas as áreas tivessem de ser ouvidos a fim de trazer informações ao juízo.

É, nesse sentido, que o reconhecimento do direito social à saúde como direito fundamental no sistema jurídico brasileiro, bem como a complexidade de sua efetivação e as indagações que permeiam todo o contorno de gestão do Sistema Único de Saúde, fizeram com que houvesse a necessidade da abertura da jurisdição constitucional, através da audiência pública, vindo a contemplar a participação da sociedade. É diante desse empenho que se perfilha a postura ativa do Poder Judiciário reconhecendo as dificuldades existentes no momento da tomada de decisões propiciando um debate constitucional (FORTES, 2011).

Salienta-se que os argumentos colhidos na audiência pública da saúde possuem o intuito de auxiliar e colaborar nos julgamentos dos inúmeros processos existentes na esfera relacionada ao setor da saúde, no sentido de orientar os julgados no país, considerando, principalmente, a repercussão geral e o interesse público relevante quanto às questões suscitadas. Esses auxílios farão frente às inúmeras dificuldades que os juízes encontram ao exarar decisões que versam sobre o direito à saúde (FORTES, 2011).

Dito tudo isso sobre a audiência pública da saúde, passa-se a analisar a mesma como forma de intervenção do instituto do *amicus curiae* e como garantidora dos direitos fundamentais e, aqui, propriamente do direito à saúde.

3 A audiência pública da saúde como espécie de intervenção do instituto do *amicus curiae*

A audiência pública é um mecanismo de democracia direta, participativa, que está prevista na parte final do § 1º do artigo 9º da Lei 9.868/99, que disciplina o processo e o julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e das Ações Declaratórias de Constitucionalidade; na Lei 9.882/99, que disciplina o processo e o julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental, encontra-se a sua previsão no artigo 6º, §1º. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.aps?tipo=realizada>>).

Nas ações do controle concentrado de constitucionalidade o relator da causa analisa a necessidade de esclarecimento da matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência de informações existentes nos autos, para, assim, requisitar audiência pública a fim de obter informações sobre a lide. Dessa forma, fixa então a data para que em audiência possa ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na matéria – instrumento passível de uso em casos de maior complexidade (MAAS, 2011).

Ademais, cabe mencionar que o objetivo de realização da audiência pública é o esclarecimento de questões as quais possuem repercussão geral e interesse relevante debatidas no âmbito do Supremo Tribunal Federal, convocadas então pelo Presidente do Tribunal ou pelo Relator do processo em questão (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.aps?tipo=realizada>>).

Assim sendo, as audiências públicas, em âmbito geral, possuem um caráter técnico, visto que abrem espaço para um amplo discurso de democratização, sendo este observado nos pronunciamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e também dos demais membros integrantes, a respeito da importância da inserção da participação social para a efetivação coletiva das decisões aludidas pela Corte. São, então, consideradas verdadeiros mecanismos de sofisticação dos procedimentos formais realizados pelo Supremo Tribunal Federal (VESTENA, 2012).

Cabe aludir que as audiências não são realizadas para estabelecer um contraditório, um debate ou um confronto. O objetivo é colher dados que possibilitem os Ministros a elaboração mais consciente, mais desembaraçada dos pontos em discussão (MAAS, 2011).

Entretanto, denota-se que o pluralismo e a legitimidade das decisões são considerados extremamente importantes para democracia, a qual legitima a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal – lembrando-se que aqui se está falando de uma legitimação material e não formal (MAAS, 2011).

Diante da complexidade da sociedade, a Constituição passa a ser vista como meio integrador da realidade, onde a participação dos cidadãos surge como possibilidade democrática numa perspectiva aberta diante do pluralismo enfrentado (FORTES, 2011). O que vem em rumo das democracias constitucionais contemporâneas na Europa a partir do segundo pós-guerra e no Brasil em decorrência da redemocratização, sendo essa uma das principais características de garantia constitucional e concretização dos direitos fundamentais (LEAL, 2013).

Nesse diapasão, a reestruturação e a abertura de procedimentos implicam na construção de aspectos democráticos e a publicidade no âmbito da própria jurisdição, resgatando a cidadania de forma ativa e participativa (FORTES, 2011). No que se pode falar então de uma Constituição como um processo permanentemente aberto, que possibilita e demanda a participação efetiva dos cidadãos no sentido hermenêutico – de interpretação dos textos constitucionais - de aplicação de conteúdos constitucionais, avigorando então a ideia de que, no contexto de um Estado Democrático, a participação é essencial para a realização das tarefas do Estado e dos direitos fundamentais (LEAL, 2008).

Ademais, a identificação do direito de participação afigura-se com extrema relevância, recebendo ênfase no contexto de uma ordem democrática, em face de todos os aspectos de abertura e necessidade de um debate público. Entretanto, as exigências tanto por parte do Estado como por parte da sociedade, ensejam a criação de novos instrumentos e mecanismos de participação (FORTES, 2011).

E com esse intuito surgiu o instituto do *amicus curiae* que é caracterizado como um terceiro que intervém em um processo, onde não seja parte, com a função de oferecer sua perspectiva a cerca da questão constitucional discutida e defender os interesses do grupo o qual representa de forma direta ou indiretamente, por ser ou não atingido pela decisão (MEDINA, 2010). Atua como um representante do interesse público, destinado à defesa da Constituição (MAAS, 2011).

A figura do *amicus curiae* pode intervir de duas formas nas ações do controle concentrado de constitucionalidade; verifica-se que a sua intervenção voluntária ocorre quando o instituto age de forma própria, sendo que ele mesmo faz o requerimento ao relator para que este autorize sua intervenção, conforme artigo 7º, §2º, da Lei 9.868/99, e artigo 6º, §2º, da Lei 9.882/99 (DEL PRÁ, 2007); já, ao que diz respeito quanto à menção do artigo 9º, §1º, da Lei 9.868/99, e artigo 6º, §1º, da Lei 9.882, os mesmos ensejam a intervenção do *amicus curiae* por requisição do relator, sendo que ali, para atuar no processo, o instituto deverá ser requisitado pelo relator (MAAS, 2011) e, também, é através desses artigos que a audiência pública é passível de ser convocada pelo Ministro relator. Dessa forma, observando tal característica, pode-se afirmar que a audiência pública da saúde configura forma de intervenção do *amicus curiae* por requisição do relator.

Prosseguindo, as audiências públicas têm sido empregadas pelo Supremo Tribunal Federal como forma de abertura para que a sociedade possa participar do debate constitucional, possibilitando informação ampla ao juízo, e, assim, que as decisões sejam conscientes de modo a torná-las mais legítimas, uma vez que as manifestações auferidas pela sociedade sejam democraticamente aceitas (LEAL, 2013).

Assim sendo, as audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal constituem-se em um potente instrumento de abertura e democratização da

jurisdição constitucional, pelo fato de permitir a participação do instituto do *amicus curiae* como intérprete da sociedade, vindo, dessa forma, a ampliar e aperfeiçoar os instrumentos de informação dos juízes constitucionais (MAAS, 2011).

Nesse rumo, Binenbojm (2004, p. 168) citado por Leal (2013, p. 232 grifado no original) menciona que as audiências públicas

poderão servir como instrumentos que permitirão à Corte Constitucional *auscultar* as convicções e interpretações da Constituição formuladas pelos magistrados do país e pelos diversos segmentos da cidadania. À sabedoria, sensibilidade e espírito democrático dos juízes do Supremo Tribunal Federal caberá fixar o grau adequado de *permeabilidade* da Corte e tais influências. De todo modo, a mera possibilidade de sua manifestação como um fator *condicionante* das decisões sobre as questões constitucionais no país já representa, por si só, um notável avanço.

Dessa forma, a admissão dos institutos de participação popular como as audiências públicas demonstra a tendência de ampliação popular direta no âmbito da jurisdição. Contudo, a democratização e a legitimação do exercício das funções jurisdicionais são destacadas com os novos instrumentos de participação popular, configurando a relevância no exercício da jurisdição constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (FORTES, 2011).

Cabe aludir também, que a aplicabilidade do *amicus curiae* na audiência pública da saúde despontou as informações trazidas para o debate constitucional em matéria de saúde, agregando embasamento aos juízes que até o momento não dispunham e talvez sem esse procedimento não poderiam ter conhecimento. As contribuições também influenciaram e computaram nos assentos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (FORTES, 2011).

Por fim, destaca-se que a possibilidade de intervenção não significa apenas uma maior abertura do debate constitucional, mas sim, a viabilização da participação dos diversos setores da sociedade, no sentido de legitimar as decisões da Corte, enquanto instância final da decisão, legitimação esta, claro, material e não formal (LEAL, 2008). Contudo, importa que a possibilidade de intervenção de determinados órgãos na condição de *amicus curiae* foi suscitada e debatida, no sentido de abrir espaço para a aplicação do instituto em questão no direito pátrio (LEAL, 2008).

Verificada a audiência pública da saúde como forma de intervenção do *amicus curiae* e como instrumento de democratização da jurisdição constitucional, passa-se a mencionar no item que segue algumas considerações sobre os reflexos dessa audiência pública na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

4 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pós audiência pública da saúde

Após audiência pública da saúde, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal julgou os processos relacionados à audiência pública. Cabe aludir que esses processos aspiravam suspender determinações judiciais que ordenaram a cobertura no Sistema Único de Saúde para a realização de cirurgias e tratamentos médicos no exterior, fornecimento de medicamentos, órteses e próteses, contratação de servidores de saúde e criação de vagas em Unidades de Terapia Intensiva (FORTES, 2011). Dessa forma, ficam claras as pretensões que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes fez no seu discurso de abertura da audiência pública em análise (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, p. 9, http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf):

[...] impõe-se ao magistrado o desafio de resolver um complexo quebra-cabeça de conciliar a eficácia imediata dos direitos sociais, inclusive considerando seu aspecto evolutivo, a universalidade do sistema e a desigualdade social, o direito subjetivo e o direito coletivo à saúde, a escassez de recursos e o uso indevido do orçamento, a justiça comutativa e a justiça distributiva, dar prioridade às políticas de prevenção ou à recuperação; a efetiva participação da comunidade no sistema, a distribuição de tarefas entre os entes da federação e as desigualdades regionais.

Verifica-se que as informações coletadas na audiência pública da saúde influenciaram e ajudaram como elementos de assistência nos julgamentos dos diversos pedidos de suspensão de segurança, de liminares e de tutelas antecipadas que tramitavam no Supremo Tribunal Federal sobre a matéria (FORTES, 2011).

Ademais, ficou assentado, por unanimidade de votos, que a saúde constitui direito público subjetivo, cabendo ao Poder Público custear medicamentos e tratamentos de alto custo a portadores de doenças graves, devendo a Justiça agir quando o poder público deixar de formular políticas públicas ou deixar de adimpli-las, no que condiz com a Constituição (LEAL, 2013).

Ademais, os assuntos debatidos e elencados na audiência pública serviram para a implementação de parâmetros em julgamentos tendo como objeto o mesmo teor e grau de complexidade, enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, esse mecanismo de abertura operacional e de interferência, através da participação democrática na elaboração de elementos técnicos e jurídicos, auxiliou no encontro de informações para os problemas da judicialização da saúde, a fim de minimizar as suas consequências, bem como embasou argumentos que serviram de precedentes no Supremo Tribunal Federal (FORTES, 2011). Destacando a decisão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE:

[...] 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 [...], no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes. (AgR-STA 175/CE – CEARÁ, AGRAVO REGIMENTAL SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA, Relator(a): Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Julgamento: 17/03/2010).

Um dos primeiros entendimentos que sobressaiu nos debates da audiência pública foi que no Brasil o problema talvez não seja de judicialização, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois, o que ocorre, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. Com esse argumento, o Tribunal tentou eximir-se de assumir uma postura intervencionista, visando legitimar sua decisão com base no posicionamento de que apenas está assegurando o cumprimento de políticas já existentes (LEAL, 2013). E não interferindo nos demais poderes, causando a ruptura do princípio da separação de poderes.

Deve-se destacar que o Estado não pode se furtar da prestação do direito social à saúde, direito esse fundamental, com o argumento de não possuir recursos

financeiros suficientes; contudo, é necessário levar em conta a necessidade de cada indivíduo, considerando seu aparato estatal, adotando critérios para tal satisfação. Esse critério deve atender as necessidades de cada cidadão. Nesse sentido, não prospera a tentativa de eximir-se da obrigação de prestar saúde tendo como manobra a indisposição orçamentária dos cofres públicos (FORTES, 2011). Dessa forma, menciona-se o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE

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 um 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 (AgR-STA 175/CE – CEARÁ, AGRAVOREGIMENTAL SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA, Relator(a): Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Julgamento: 17/03/2010).

Assim sendo, não é possível a alegação da cláusula da reserva do possível por parte do Estado com o intuito de fugir das responsabilidades constitucionais. Destaca-se, nesse sentido, o voto do Ministro Celso de Mello no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE (grifado no original), veja-se:

[...] a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade (AgR-STA 175/CE – CEARÁ, AGRAVOREGIMENTAL SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA, Relator(a): Min. GILMAR FERREIRA MENDES, voto do Min. Celso de Mello, Julgamento: 17/03/2010).

Ademais, cabe mencionar aqui alguns critérios que devem ser observados pelos Tribunais quando houver a necessidade de julgar alguma causa que envolva a prestação do direito à saúde (LEAL, 2013).

O primeiro critério diz respeito à existência ou não de política pública estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte, sendo esse aspecto fundamental para averiguar se o Judiciário está ou não criando uma política pública. Contudo, o problema reside na interpretação que se dá a esse critério, pois o reconhecimento da existência de política pública está relacionado ao reconhecimento do problema, doença ou mesmo ao tratamento. Contudo, se entender que a existência de política pública está vinculada ao problema e à doença, pode-se dizer que houve uma omissão na formulação da política pública, nesse caso, caberia ao Tribunal intervir, solicitando a inclusão de novos procedimentos. Já, no que diz respeito ao tratamento, a inexistência dessa modalidade não implica em omissão, mas sim em mera desatualização dos parâmetros adotados (LEAL, 2013). Já o segundo critério, concernente à existência de motivação para o não fornecimento de determinado medicamento ou tratamento, por exemplo, a inexistência de evidências científicas que autorizem sua inclusão nos protocolos do Sistema Único de Saúde. Nesse sentido, diferem duas situações: ou o Sistema Único de Saúde fornece o tratamento alternativo não adequado àquele paciente ou o Sistema Único de Saúde não possui tratamento específico para determinada patologia (LEAL, 2013).

Por fim, o último critério está direcionado à alegação da inexistência de tratamento, situação em que se distingue dos tratamentos experimentais, daqueles tidos como não testados pelo sistema público, mas que disponibilizados privativamente (LEAL, 2013).

Salienta-se, em relação à primeira situação, que o Supremo manifesta-se de forma contrária, no sentido de que o Estado não pode ser condenado a fornecer esse tipo de medicamento; já, no segundo caso, o entendimento abarca a inexistência de protocolo clínico junto ao Sistema Único de Saúde não pode significar a violação do princípio da integralidade do sistema, nem justificar tratamento diferenciado na rede pública em relação à privada (LEAL, 2013).

Ainda, é necessário destacar um dos primeiros entendimentos decorridos da audiência pública, sustentado pelo Ministro, sobre a questão da intervenção do

Judiciário na efetivação do direito à saúde. Veja-se o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE:

a dependência de recursos econômicos pra 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 do Poderes e o princípio da reserva financeiramente possível (AgR-STA 175/CE – CEARÁ, AGRAVO REGIMENTAL SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA, Relator(a): Min. GILMAR FERREIRA MENDES, Julgamento: 17/03/2010).

Finalizando, destaca-se a relevância do critério econômico no julgamento do Agravo Regimental 175/CE, sendo este fator o implicador direto das alegações de impossibilidade de prestação e promoção do direito à saúde.

Prosseguindo, observa-se que hoje tramitam na Corte os Agravos Regimentais nas Suspensões Liminares nº. 47 e 64, os Agravos Regimentais nas Suspensões de Tutela Antecipada nº. 36, 185, 211 e 278 e os Agravos Regimentais nas Suspensões de Segurança nº. 2.361, 2.944, 3.345 e 3.355, processos esses de competência da Presidência que versam sobre o fornecimento de medicamentos de alto custo ou ainda não registrados na ANVISA, sobre o custeio de tratamentos no exterior, sobre a realização de técnicas cirúrgicas ainda não desenvolvidas pelo SUS, sobre a patente de medicamentos, dentre outros. Também, trata do direito à saúde a Proposta de Súmula Vinculante, apresentada pela Defensoria Pública da União, que visa à edição de súmulas vinculantes sobre a responsabilidade dos entes da federação e sobre a possibilidade de bloqueio de valores para o fornecimento das demandas de saúde.

Frente a isso e por fim, pode-se mencionar que os argumentos da audiência pública da saúde refletiram a contribuição da sociedade nos aspectos técnicos e jurídicos que fundamentaram a decisão do Agravo Regimental de Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE, e, espera-se que da mesma forma ocorra nos processos que ainda estão pendentes sobre a matéria.

Dessa forma, conclui-se que a audiência pública trouxe a abertura da jurisdição constitucional e revelou a importância e a necessidade dessa abertura ao lançar bases para o entendimento jurisprudencial. Houve a democratização, a pluralização e a legitimação – material e não formal, ou seja, não no sentido de permitir a intervenção, mas que esta seja utilizada - do processo constitucional. E, assim sendo, configurou-se com um instrumento de garantia do direito fundamental a saúde.

5 Conclusão

Frente à judicialização da saúde e das complexidades desse direito fundamental, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a intervenção de novos atores, destacando que a audiência pública da saúde que introduziu novos parâmetros quanto às decisões em discussão. Essa audiência foi convocada sob a estratégia para diversas ações que tramitam no Supremo Tribunal Federal, com o intuito de que a conclusão seja aproveitada nas decisões dessas ações que estão em andamento. Nesse sentido, frisa-se ainda, que as audiências não são realizadas com o intuito de contraditório, debate ou mesmo confronto, e, sim, com o objetivo de colher dados que possam ajudar os Ministros em suas decisões, tornando-as mais elaboradas, democráticas e legítimas.

Assim sendo, destaca-se que a audiência pública da saúde foi uma importante forma de abertura da jurisdição, ao passo que permitiu a manifestação de várias pessoas que se mostraram interessadas nas questões relacionadas à prestação da saúde.

Dessa forma, menciona-se que a audiência pública da saúde é entendida como forma de intervenção do instituto do *amicus curiae*, conforme expressão do artigo 9º, §1º, da Lei 9.868/99, sendo esta uma forma de abertura para que a sociedade possa participar do debate constitucional. Nesse sentido, pode-se afirmar que a admissão do instituto demonstra a ampliação popular direta no âmbito jurisdicional.

Em conformidade com a decisão do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE, destaca-se, que por unanimidade de votos, cabe ao Estado custear medicamentos e tratamentos de alto custo, devendo a justiça interferir nos casos que ele deixar de adimplir as suas responsabilidades. Nesses casos, o Estado não pode simplesmente alegar a falta de demanda orçamentária – inexistência de recursos, nem mesmo a alegação da cláusula da reserva do possível, com o intuito de eximir-se de sua responsabilidade.

Ressalta-se que a projeção do critério econômico foi um fator implicador direto nas alegações de impossibilidade de prestação e promoção do direito à saúde no Agravo Regimental 175/CE. Contudo, espera-se que os argumentos da audiência pública possam refletir e contribuir nos aspectos jurídicos que fundamentam as decisões que ainda estão pendentes sobre a matéria.

Em síntese, pode-se dizer que a audiência pública insurgiu a forma de abertura da jurisdição constitucional e revelou a extrema importância e necessidade dessa abertura, tendo como intuito de nortear os inúmeros casos de ações que tramitam sobre a respectiva temática.

Por fim, traz-se que a audiência pública da saúde é espécie de intervenção do *amicus curiae*, sendo forma de democratização da jurisdição constitucional e de concretização dos direitos fundamentais sociais. E, mais, coube ao Supremo Tribunal Federal assegurar com veemência o direito à saúde que vem expresso constitucionalmente, assegurando melhores condições de vida aos que necessitam de recursos os quais não possuem condições de arcar, apesar de que às vezes fazendo isso é acusado de violar o princípio da separação de poderes.

5 Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal: Recurso extraordinário número 482611 relator. Ministro Celso de Mello. 23 de março de 2010. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE482611CM.pdf>>. Acesso em: 03 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal: Despacho Convocatório Audiência Pública da Saúde. Ministro Gilmar Ferreira Mendes. 05 de março de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DespachoConvocatorio.pdf>>. Acesso em 22. set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal: Despacho de Habilitação Audiência Pública da Saúde. Ministro Gilmar Ferreira Mendes. 24 de abril de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despachodehabilitacoex.pdf>>. Acesso em 22. set. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Abertura Audiência Pública da Saúde. Ministro Gilmar Ferreira Mendes. 05 de março de 2009. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MG_M.pdf>. Acesso em 06. out. 2013.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. *Amicus Curiae*: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2007.

FORTES, Francielli Silveira. *Jurisdição Constitucional Aberta: uma análise da consideração do critério econômico nas decisões do Supremo Tribunal Federal a partir da convocação da audiência pública da saúde*. 2011. 146 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.

LEAL, M. C. H. A noção de constituição aberta de Peter Häberle como fundamento de uma jurisdição constitucional aberta e como pressuposto de intervenção do *amicus curiae* no direito brasileiro. In: LEAL, R. G.; REIS, J. R. dos (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008. p. 2369-2395.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Ativismo judicial e participação democrática: a audiência pública como espécie de amicus curiae e de abertura da jurisdição constitucional - a experiência do supremo tribunal federal brasileiro na audiência pública da saúde*. In: COSTA, M. da; LEAL, M. C. H. (Org.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 13. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2013. p. 221-244.

MAAS, Rosana Helena. *O Amicus Curiae como instrumento de realização de uma jurisdição constitucional aberta: a repercussão do instituto na ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510/DF sobre a lei da biossegurança*. 2011. 201 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, 2011.

MEDINA, Damares. *Amicus Curiae amigo da corte ou amigo da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

VESTENA, Carolina Alves. Audiências públicas – diagnóstico empírico sobre os limites da participação social. In: TAVARES, André Ramos (Org.). Revista brasileira de estudos constitucionais – RBEC. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 973-1020.

XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E
POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

VIII MOSTRA DE TRABALHOS JURÍDICOS CIENTÍFICOS



2015