

O caso da efetivação das políticas públicas de saúde: breves apontamentos para a atuação do Ministério Público

Ricardo César Duarte

Assessor da 7^a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo (USP).

Resumo: Este artigo pretende, no contexto da judicialização das políticas públicas, apontar brevemente os efeitos das audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal na realização do direito à saúde. Nesse sentido, tendo em vista as dificuldades inerentes à efetivação do direito sanitário e o caráter limitado que as audiências públicas assumiram na Corte Suprema, uma vez que o instituto acabou sendo apropriado como um canal de diálogo democrático com a sociedade civil, sendo utilizado de forma discricionária, pontual e seletiva, atendendo assim, principalmente, a uma busca por maior legitimidade decisória, indicaremos alguns parâmetros para a atuação do Ministério Público para que possa ser superada a lógica compensatória e individualista da aplicação do referido direito, com uma valorização do diálogo entre o Ministério Público e a sociedade civil, por meio da realização de audiências públicas efetivamente deliberativas, capazes de produzir judicializações e outras formas de atuação verdadeiramente transformadoras em termos estruturais.

Palavras-chave: Direitos sociais. Direito à saúde. Inefetividade. Judicialização. Audiências públicas. Legitimidade. Ausência de diálogo. Ministério Público.

Abstract: This article aims, in the context of the judicialization of public policies, to briefly point out the effects of public hearings held by the Supreme Court on health rights achievement. In this regard, bearing in mind the difficulties inherent to the realization of the health policies and the limited nature that the public hearings have taken by the Supreme Court, since the institute's institu-

tionalization as a democratic channel of dialogue with civil society use is discretionary, timely and selective, we will indicate some parameters for the Public Prosecution Service acting to overcome the compensatory and individualistic logic of the application of the right to health through the promotion of a true dialogue with civil society, capable of producing forms of adjudication truly transformative in structural terms.

Keywords: Social rights. Right to health. Ineffectiveness. Adjudication. Public hearings. Legitimacy. Lack of dialogue. Public Prosecution Service.

Sumário: 1 Introdução: a questão da ausência de efetividade dos direitos sociais. 2 O ativismo jurídico e os direitos sociais. 2.1 O conceito de direito à saúde e os desafios para sua efetivação. 2.2 A judicialização da saúde. 3 A instrumentalização de canais de diálogos com a sociedade civil pelo Judiciário: instrumento de diálogo ou de legitimação? 4 As audiências públicas e o Ministério Público: uma perspectiva estruturalista. 5 Conclusões.

1 **Introdução: a questão da ausência de efetividade dos direitos sociais**

O propósito deste artigo¹ consiste na análise crítica do emprego das audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal e os seus efeitos na aplicação do direito à saúde, aqui entendido como um direito fundamental de segunda dimensão, ou um direito social, de modo que possamos apontar formas alternativas para o uso do instituto pelo Ministério Público.

Nesse sentido, pode-se dizer que a história da afirmação dos direitos humanos fundamentais é contada em dimensões. Para fins didáticos, costuma-se esclarecer que, primeiro, foram consagradas

1 O presente artigo é uma adaptação da dissertação de mestrado intitulada “A utilização de audiências públicas no Judiciário: o caso da efetivação das políticas públicas de saúde”, defendida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do Professor Associado Dr. Antonio Rodrigues de Freitas Júnior.

a igualdade formal e a proteção dos direitos civis e políticos (chamados de direitos fundamentais de primeira dimensão) e, em consequência do reconhecimento da inutilidade dessa isonomia, que tomava patrões e operários como contratantes perfeitamente iguais em direitos, surgem os chamados “direitos econômico-sociais”, direitos fundamentais de segunda dimensão. Esses direitos se conformam após a organização e a luta da classe trabalhadora (ou seja, a classe explorada) e visam proteger a saúde, a educação, o trabalho, enfim, o próprio bem-estar social².

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

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

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

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

No que se refere aos direitos sociais, foco do presente artigo, temos que, justamente por serem normas que se contrapõem aos direitos civis e políticos, por serem uma resposta ao liberalismo clássico e ao capitalismo predatório que caracterizou o século XIX e início do século XX, sua realização pressupõe a existência de um governo forte, capaz de intervir e planejar políticas públicas de saúde, educação etc.

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

Dessa forma, tem-se que os novos direitos sociais diferem da natureza dos antigos direitos subjetivos (os tradicionais direitos civis e políticos), não apenas por seu aspecto coletivo, mas também por exigirem remédios jurídicos distintos.

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

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

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

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

Nota-se, assim, que os operadores do Direito falham em não perceber que uma política pública é um conjunto de decisões e leis de naturezas variadas, de tal modo que a falta de reflexão sobre o complexo de normas que aí se entrelaçam pode ser fonte de trágicos mal-entendidos (LOPES, 2010, p. 131), que, por sua vez, podem levar a uma aplicação insuficiente da política pública, o que, no limite, acabaria inviabilizando-a.

Dessa forma, essa racionalidade jurídica tradicional parece ignorar que as políticas públicas envolvem a elaboração de leis

programáticas, que tratam de orçamentos, de despesas e receitas, isso sem falar da realização e da fiscalização dos atos concretos de execução de tais políticas públicas exercidos por órgãos administrativos diversos.

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

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

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

Nesse cenário, cria-se uma evidente sobrecarga de expectativas em relação às reais possibilidades da enunciação constitucional dos direitos, em detrimento de outras condicionantes de cunho político. No nosso entender, isso acaba por aumentar a inefetividade dos direitos sociais, porque no atual modelo, casuístico e com excesso de expectativas, os resultados produzidos pela judicialização são, quando muito, incidentais.

2 O ativismo jurídico e os direitos sociais

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

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

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

Podemos dizer ainda que, de certo modo, há uma verdadeira transferência de responsabilidades políticas, na medida em que os representantes políticos, em muitas ocasiões, parecem preferir que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, evitando assim a ocorrência de desgastes na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas, por exemplo (BARROSO, 2013, p. 230).

Assim, diante desse clamor social, caberia ao Judiciário pensar em formas de se adequar às novas demandas da sociedade civil, inclusive no que diz respeito às estruturas e aos modelos de operação do sistema processual de adjudicação tradicional.

E mais: diante dessa conjuntura, há uma evidente expansão do ativismo judicial em conjunto com (e por meio da) *juridificação*, que consistiria na “expansão, diversificação e sofisticação dos mecanismos pelos quais os poderes públicos, especialmente o Poder

Judiciário, passaram a intervir nas relações sociais, habitualmente concebidas como pertencentes ao domínio do mercado ou dos costumes” (SCHWARZ, 2010, p. 2).

Esse ativismo jurídico, mais que uma resposta às novas demandas criadas pelos direitos sociais, seria uma espécie de autoritarismo³, no sentido de que há uma tendência de, nas questões de justiça alocativa, tentar impor a justiça judicial como a única possível.

Parece-nos que o Judiciário tem pretensões de substituir a política e a economia como instrumentos capazes de, utilizando uma definição clássica, determinar “quem recebe o quê, quando e como” (*who gets what, when and how*). Isso não quer dizer que não caiba ao Direito um papel nesse processo de distribuição. Contudo, no atual cenário de ativismo judicial *despreparado*, o que ocorre, na verdade, é a substituição (no que se refere a questões de justiça alocativa, ou seja, aquela justiça que define a distribuição de bens escassos e de deveres) das instituições que promovem uma justiça *local* (ELSTER, 1993, p. 2) pelo voluntarismo da justiça judiciária, pautada pela lógica compensatória e que muitas vezes ignora a existência de critérios técnicos, por exemplo, inerentes às políticas públicas.

Melhor dizendo, mais do que causa para o protagonismo judicial, o ativismo jurídico é um reflexo desse protagonismo, ou seja, é a resposta que muitas vezes resta ao Judiciário diante da falência das instituições, da crise da política e das consequentes demandas da sociedade.

Em contrapartida, a resposta judiciária, mesmo que pautada pelo ativismo judicial, não está habilitada a lidar com as questões

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

colocadas pelos direitos sociais. Ela também é parte do problema da falta de efetividade desses direitos, uma vez que, por mais que seja uma resposta que se contraponha ao positivismo jurídico clássico, continua presa a sua lógica compensatória e individualista. Assim, diante dessa perspectiva, tem-se que a racionalidade positivista (tradicional-liberal) continua sendo transposta, sem maiores reflexões e questionamentos, para o âmbito dos direitos sociais.

Nesse sentido, entendemos que há uma intervenção excessiva do Poder Judiciário no âmbito de execução das políticas públicas. O problema é que essa intervenção é excessiva a ponto de inviabilizar o planejamento de tais políticas, o que é patente no caso da política de distribuição de remédios, por exemplo, e é mínima no que se refere à alteração das estruturas socioeconômicas, dado que perpetua a desigualdade.

2.1 O conceito de direito à saúde e os desafios para sua efetivação

Após algumas reflexões sobre a estrutura dos direitos sociais em um contexto de expansão da atuação judicial, trataremos especificamente da efetivação do direito à saúde.

Destacamos que, para fins teóricos e referenciais, o conceito de saúde moderno foi erigido em 26 de julho de 1946, junto ao preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), agência especializada da Organização das Nações Unidas (ONU). A constituição da OMS afirma ser a saúde o “estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças”⁴.

Nesse sentido, segundo Germano Schwartz, o conceito de saúde da OMS sofreria críticas por se tratar de um conceito *não operacional*, na medida em que dependeria de várias escalas decisórias.

4 Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%Bade/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

Desse modo, a partir do momento em que o Estado assume o papel de destaque no cenário da saúde, sua implementação seria *refém* da vontade política, uma vez que dependeria de verbas públicas, que podem não ser suficientes para a consecução do pretendido bem-estar físico, social e mental (2001, p. 36).

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

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

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

- I – descentralização, com direção única em cada esfera do governo;
- II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III – participação da comunidade.

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

Essa sistemática fica clara ao analisarmos a Lei n. 8.080/1990, que versa “sobre as condições para a promoção, proteção e recu-

peração da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”, e assim dispõe:

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

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

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

Diante dessa perspectiva, quando afirmamos que o Poder Executivo é o responsável pela efetivação do direito à saúde garantido constitucional e infraconstitucionalmente, na verdade, depreende-se que ele é o responsável pela operacionalização dessa efetivação. Cabe ao referido Poder o planejamento orçamentário e a execução de políticas públicas, aqui entendidas como ações governamentais cuja finalidade é coordenar os meios à disposição do Estado para a realização de objetivos definidos, por meio da seleção de prioridades, haja vista a escassez de recursos (BUCCI, 2006, p. 39), ou seja, trata-se de uma atividade que envolve um elevado nível de planejamento e demanda uma visão em escala global.

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

Pode-se dizer, inclusive, que a saúde é “como uma imagem-horizonte, uma busca constante do estado de bem-estar” (DALLARI, 1988, p. 59). Isso significa que devemos entender que não é possível conceber o direito à saúde de forma estática, como na lógica bilateral do *credor-devedor* do positivismo clássico.

Em suma, devemos compreender que o direito à saúde é um direito social e, como tal, embora possa ser individualmente reclamado pela via jurídica, não pode ser considerado um direito do indivíduo isolado, ou seja *um direito absoluto*. É um direito cuja aplicação exige, a rigor, uma consideração por parte dos atores políticos (inclusive do Poder Judiciário) em relação aos demais membros da comunidade que também necessitam de políticas públicas sanitárias (NEVES, 2013b).

2.2 A judicialização da saúde

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

Nesse sentido, a jurisprudência do STF e do STJ sobre a aplicação do direito à saúde, antes da realização da audiência pública sobre a judicialização da saúde⁵, pode ser representada pelas seguintes linhas argumentativas: I) como regra geral, tem-se que o direito à saúde, tendo em vista seu caráter fundamental e indisponível, deve ter primazia sobre outros interesses estatais⁶, inclusive ante eventual

5 Realizada em abril e maio de 2009.

6 V. RMS n. 23.184, assim ementado: “PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUS. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTO, PELO ESTADO, À PESSOA HIPOSSUFICIENTE PORTADORA DE DOENÇA GRAVE. OBRIGATORIEDADE. [...] 4. Os arts. 196 e 227 da CF/88 inibem a omissão do ente público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) em garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada, inclusive com o fornecimento, se necessário, de medicamentos de forma gratuita para o tratamento, cuja medida, no caso dos autos, impõe-se de modo imediato, em face da urgência e conseqüências que possam acarretar a não-realização. 5. Constitui função institucional e nobre do Ministério Público buscar a entrega da prestação jurisdicional para obrigar o Estado a fornecer medicamento essencial à saúde de pessoa carente, especialmente quando sofre de doença grave que se não for tratada poderá causar, prematuramente, a sua morte. 6. O Estado, ao negar a proteção perseguida nas circunstâncias dos autos, omitindo-se em garantir o direito fundamental à saúde, humilha a cidadania, descumpra o seu dever constitucional e ostenta prática violenta de atentado à dignidade humana

tensão existente entre o proclamado direito à saúde e à vida e a disponibilidade de recursos públicos⁷; II) verifica-se também uma expansão em relação aos limites da atividade jurisdicional, sob a justificativa de que é necessário dar efetividade aos comandos constitucionais garantidores do direito à vida e à saúde⁸ (CIARLINI, 2013).

e à vida. É totalitário e insensível. [...]”. Inteiro teor do acórdão disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=2934932&num_registro=200602590936&data=20070319&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 fev. 2016.

7 V. RE n. 393.175, assim ementado: “PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO – PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES – DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, “CAPUT”, E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA”. Inteiro teor disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+393175%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+393175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aphd9kd>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

8 V. RESP n. 857.502, assim ementado: “FAZENDA PÚBLICA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS – CABIMENTO – ART. 461, § 5º, DO CPC – PRECEDENTES. 1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos à portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC). 2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per si, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 3. Por isso, a decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade”. Inteiro teor disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=27>>

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

Nesse sentido, parecem justas as contundentes críticas apontadas por Luís Roberto Barroso (2009, p. 3-4), para o qual a judicialização da saúde no Brasil é caracterizada por um notável excesso de ambição e por uma evidente falta de critérios, além de voluntarismos diversos. Afinal, proliferariam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis, tanto por serem desprovidos de essencialidade como por sua inacessibilidade. Assim, tais excessos e inconsistências, além de serem problemáticos em si mesmos, colocariam em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, na medida em que provocariam uma desorganização na atividade administrativa e impediriam a alocação racional dos escassos recursos públicos.

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

3 A instrumentalização de canais de diálogos com a sociedade civil pelo Judiciário: instrumento de diálogo ou de legitimação?

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

10306&num_registro=200601380246&data=20061030&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 21 fev. 2016.

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

Nesse sentido, pode-se afirmar que,

[...] por trás dessas decisões, não haveria nenhum novo, moderno, cosmopolita e democrático constitucionalismo, mas apenas o velho patrimonialismo da elite brasileira, para a qual o governo não seria o principal instrumento de redistribuição de recursos, e sim o motor principal para preservar a desigualdade social (GOUVÊA, 2013, p. 414)⁹.

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

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

Enfim, vale dizer que o ativismo judicial pautado pelo *voluntarismo irracional* é a realização de um modelo que celebra o como-

⁹ Tradução livre do original: “Behind these decisions is not any ‘new’, modern, cosmopolitan, and democratic constitutionalism, but instead the same remarkable patrimonialism of Brazilian society for whom government is not considered the principal instrument for resource redistribution, but rather as the primary motor to preserve social inequality”.

dismo por parte dos juizes, que preferem perpetuar uma lógica de subsunção simplista do fato à norma. A perpetuação dessa lógica reforçaria, ao seu turno, a lógica bilateral positivista de credor-cidadão/devedor-Estado, que ignora, além da estrutura dos direitos sociais, a própria realidade social em que vivemos.

Entretanto essa não é a visão do próprio Poder Judiciário sobre o seu papel no atual momento e sobre a efetivação dos direitos fundamentais. Para o ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, o Poder Judiciário assumiu papel fundamental no funcionamento do Estado, justamente por estarmos “numa época em que direitos humanos estão fartamente assegurados na legislação”, de modo que seria dever dos magistrados executar a sua concretização. Para o ministro, “os juizes hoje fazem parte da confecção e da elaboração das próprias políticas públicas, como na área do consumidor, do meio ambiente, dos povos indígenas, da proteção à criança e ao adolescente, ao idoso e aos deficientes físicos”¹⁰.

Para Lewandowski, desde a promulgação da Constituição de 1988, e especialmente ao longo da última década, “o Judiciário passou de uma postura interpretativa mais ortodoxa, que analisava o Direito principalmente a partir de regras jurídicas escritas na Constituição e nas leis, para fazê-lo também com base em princípios”. Ainda de acordo com o presidente do Supremo, a partir dessa nova postura, o Judiciário começou a intervir em questões antes reservadas exclusivamente aos demais Poderes, participando de maneira mais ativa da formulação de políticas públicas, especialmente nas áreas da saúde, do meio ambiente, do consumo, da proteção de idosos, crianças, adolescentes e pessoas com deficiência, de tal modo que o STF passou a interferir “em situações limítrofes, nas quais nem o Legislativo, nem o Executivo brasileiro alcançaram consenso para resolver”¹¹.

10 Ver: “Judiciário tem papel de protagonismo no funcionamento do Estado, diz Lewandowski”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280306>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

11 Ver: “Presidente do STF: ‘Judiciário é ator fundamental ao equilíbrio institucional’”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=288351&tip=UN>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

Nesse contexto, tem-se a institucionalização de instrumentos de participação popular, notadamente das audiências públicas, celebradas como instrumentos de efetivação da participação democrática.

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

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

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

20 de abril de 2007. A data entrou para a história do Supremo Tribunal Federal porque neste dia a população brasileira passou a ter voz ativa nas decisões mais polêmicas do Supremo, por meio das audiências públicas. Nesses encontros, os ministros da Corte são apenas ouvintes. Os protagonistas são os representantes de segmentos da sociedade civil e do governo, os quais expõem seus argumentos no intuito de auxiliar os votos que, mais tarde, serão dados no Plenário pelos onze magistrados do tribunal¹².

12 Fonte: “Audiências públicas abrem os microfones do Supremo à sociedade”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=124643&caixaBusca=N>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

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

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

Em apertada síntese, verifica-se que sua atual institucionalização foi feita de modo incipiente, sem completa regulamentação sobre a forma de sua realização e qual o seu verdadeiro papel no processo decisório judicial. Falta ao STF definir se a audiência pública é um instrumento efetivo de deliberação e de diálogo amplo da Corte com a sociedade civil ou se é um instrumento técnico, uma forma mais sofisticada do *amicus curiae*, voltado para dirimir dúvidas, de modo limitado, no bojo de ações diretas de inconstitucionalidade, ações declaratórias de constitucionalidade e arguições de descumprimento de preceito fundamental, que, no nosso entender, parece ser a forma original proposta pelas Leis n. 9.868/1999¹³ e n. 9.882/1999¹⁴.

Essa percepção fica clara ao analisarmos a Emenda Regimental n. 29/2009 do STF, que inseriu dispositivos que permitem ao presidente do Tribunal e ao relator do processo:

13 “Art. 9º [...] § 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.”

14 “Art. 6º [...] § 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram 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.”

[...] 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 Tribunal¹⁵.

Nesse sentido, entendemos que a regulamentação apenas aumentou o rol de legitimados para convocar a audiência pública, pouco modificando o caráter voluntário (e pontual) do instituto, uma vez que os motivos para a convocação continuaram abertos e vagos (“grande relevância da matéria e interesse público envolvido”).

Diante dessas características, é natural que restem dúvidas sobre a possibilidade de efetivação dos direitos sociais por intermédio das audiências públicas no Judiciário. Como apontado, persis-

15 Nos termos do Regimento Interno do STF:

“Art. 13. São atribuições do Presidente:

[...]

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

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

[...]

Art. 21. São atribuições do Relator:

[...]

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

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

tem aspectos, sobretudo na questão do voluntarismo, que indicam que a *instrumentalização das audiências perpetua decisões descoordenadas e compensatórias, incapazes, por si sós, de aperfeiçoar as políticas públicas*. Essa instrumentalização evidencia, além disso, o caráter pontual e seletivo das audiências públicas, na medida em que os temas a serem tratados por meio delas podem ser cuidadosamente escolhidos para reforçar a legitimidade da atuação judicial.

Em igual sentido, ao analisarmos a dinâmica das audiências públicas realizadas pelo STF no que diz respeito à efetivação do direito à saúde, a saber, as audiências sobre “a judicialização da saúde”, “o programa Mais Médicos” e “a internação com diferença de classe no SUS”¹⁶, verificaremos que tais audiências reproduziram esse caráter discricionário, visto que todas, sem exceção, foram convocadas de modo unilateral pelo ministro-relator e obtiveram um alcance muito limitado dentro da própria corte: todas as audiências em questão trouxeram exposições de determinados especialistas, que, convocados sem a definição de critérios objetivos, falaram apenas para um ministro, sem a realização de um amplo debate e diálogo efetivo entre os demais membros da Corte Constitucional.

Mesmo no caso da audiência pública sobre a *judicialização da saúde*, que foi precedida de maior preocupação com o seu alcance e com os resultados almejados, seus efeitos foram pouco sentidos quanto à forma de atuação judicial no que diz respeito à efetivação do direito sanitário.

Isso porque, ainda que evidenciada uma preocupação com a criação de uma metodologia e de parâmetros para lidar com as demandas judiciais sobre a saúde (ao mesmo tempo em que foi reafirmada a legitimidade do Poder Judiciário para decidir sobre as políticas públicas sanitárias), basta analisarmos a jurisprudência

¹⁶ Ver <<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>> para acessar notícias, transcrições e relatos sobre a dinâmica da realização das audiências públicas pelo STF, que foram devidamente tratadas na dissertação (ver *Nota 1*) e não puderam ser reproduzidas no presente artigo, tendo em vista seu escopo mais limitado.

mais recente do STF¹⁷⁻¹⁸ para percebermos que as decisões referentes ao fornecimento de medicamentos são ainda justificadas com argumentações muitas vezes vagas, pouco objetivas, nas quais há um sopesamento de princípios *abertos* (direito à vida, dignidade da pessoa humana etc.), cujo real significado e alcance são difíceis de serem mensurados.

Nesse sentido, parece-nos difícil não perceber a instrumentalização da audiência pública como sendo precária, pouco afetando a forma como o Judiciário decide questões de políticas públicas. Ela seria voltada, quase que exclusivamente, a tratar do problema da falta de legitimidade democrática dos tribunais, o que, ao nosso sentir, é um sinal de que essa instrumentalização é, de fato, apenas um refinamento do modelo decisório, compensatório e individualista, incapaz de contribuir para a efetivação dos direitos sociais envolvidos e de tornar o STF uma *arena de luta social*.

Dessa forma, tem-se que a institucionalização apontada acaba sendo realizada sem a crítica necessária aos limites do positivismo jurídico tradicional e termina repetindo os “erros” que o ativismo judicial tem cometido em relação à efetivação dos direitos sociais. Entretanto, mesmo não produzindo efeitos sensíveis na forma de decidir sobre a aplicação desses direitos, as audiên-

17 Na notícia “Mantidas liminares que obrigam município paulista a custear tratamentos”, destaco a afirmação do min. Joaquim Barbosa: “*a mera menção abstrata ao risco representado pelo cumprimento das ordens judiciais impugnadas não é suficiente para autorizar a sua suspensão, uma vez que, tratando-se de prestações relacionadas ao direito fundamental à saúde, a impugnação estatal à sua satisfação imediata deve levar em conta, na grande maioria dos casos, o perigo de que a demora no julgamento final da causa venha a comprometer o direito à vida dos cidadãos beneficiados pela tutela liminar*” [grifos nossos]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=241165&caixaBusca=N>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

18 Na notícia “Presidente do STF mantém decisão que garante medicamentos para portadores de doença rara”, destaco o seguinte trecho da decisão: “*A suspensão dos efeitos da decisão poderia causar situação extremamente mais grave (sofrimento contínuo e diário, com redução da qualidade e expectativa de vida dos pacientes) do que aquela que se pretende combater*” [grifos nossos]. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=188964&caixaBusca=N>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

cias públicas têm-se tornado instrumentos de legitimação dessa atuação voluntarista, na medida em que são propagandeadas pelo Poder Judiciário como um canal de comunicação direta com a sociedade civil, sendo, portanto, capazes de mitigar a crítica de que ele carece da legitimidade necessária para decidir questões de políticas públicas.

Em verdade, percebe-se que o Judiciário tem-se apressado em combater as críticas sobre sua suposta falta de legitimidade democrática e, nesse sentido, tem institucionalizado e convocado cada vez mais audiências públicas.

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

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

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

Isso é evidente no episódio da judicialização relacionado à chamada “pílula do câncer”, uma vez que a efetivação do direito à saúde pela via judicial, neste caso, é pautada pelo individualismo, o que tem resultado em milhares de processos, que, de forma desordenada, determinam, muitas vezes liminarmente, o acesso à fos-

foetanolamina sem critérios (inclusive técnicos)¹⁹, de tal modo que o aprimoramento da política pública é resultado da judicialização excessiva, mas somente de forma reativa²⁰.

4. As audiências públicas e o Ministério Público: uma perspectiva estruturalista

Diante de todo o exposto em relação à problemática utilização (atual) das audiências públicas pelo Poder Judiciário no caso da efetivação do direito à saúde, convém apontarmos alguns aspectos sobre a atuação do Ministério Público e como o uso das audiências públicas pela instituição pode trazer experiências efetivamente deliberativas, pautadas em um real diálogo com a sociedade civil e capazes, portanto, de produzir efeitos transformadores no direito à saúde, tanto no que se refere à judicialização e ao controle de políticas públicas quanto na criação delas.

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

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

19 Ver: “Ações por ‘pílula do câncer’ travam sistema jurídico da USP”. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,acoes-por-pilula-do-cancer-travam-sistema-juridico-da-usp,10000016211>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

20 Ver: “Pesquisa em fosfoetanolamina”. Disponível em: <<http://www.mcti.gov.br/fosfoetanolamina>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

Assim, tem-se que a utilização da audiência pública no âmbito do Ministério Público visa aprimorar as providências a serem tomadas, de modo a legitimar suas ações mediante maior proximidade com a realidade e as necessidades da coletividade. Sua realização não consiste em um dever imposto pela Constituição, mas em um mecanismo para o aperfeiçoamento da atuação funcional que pode ser utilizado discricionariamente.

O próprio perfil do Ministério Público, entendido aqui como órgão essencial à Justiça, torna-o apto para, no que diz respeito à efetivação do direito social à saúde, convocar a sociedade civil com o fim de colher os mais diversos subsídios – experiências de casos concretos, opinião de especialistas e de autoridades políticas –, possibilitando um aprimoramento e um controle da política pública sanitária por meio do ajuizamento de ações verdadeiramente coletivas e mais inclusivas (e conseqüentemente desvinculadas do caráter individualista e compensatório do direito positivo tradicional).

Percebe-se, assim, um elevado potencial no papel do Ministério Público e no seu diálogo com a sociedade civil para que o direito à saúde seja tratado em uma perspectiva estruturalista, ou seja, preocupada com as estruturas socioeconômicas e os interesses que as compõem²¹ e não somente interessada em reafirmar uma legitimidade decisória seletiva.

Para superarmos essa perspectiva “intimista”, é necessário que as audiências públicas se tornem instrumentos capazes de promover uma deliberação genuína entre os juízes e interlocutores. Nesse sentido, entendemos que as audiências públicas que podem ser con-

21 Trata-se, portanto, de uma perspectiva que tenta afastar o Direito da visão racionalista e intimista do direito positivo, afinal, “[...] se o direito não se propõe a tratar de estruturas, mas apenas se preocupa com esquemas lógicos e autointegrados, o máximo que se pode almejar são as compensações interindivíduos ou intergrupos. Da afirmação positiva dos direitos objetivos surgem pretensões, direitos subjetivos de uns perante outros. De início, parece ser possível fazê-lo ao nível individual. Fazer justiça na tradição civil do século XIX é fazer com que indivíduos desvantajados no processo de trocas ou na vida civil tenham acesso a compensações” (SALOMÃO FILHO, 2012, p. 538).

vocadas pelo Ministério Público têm potencial para produzirem ações e compromissos mais coletivizados e capazes de serem meios de contestação pública que possibilitem o envolvimento de todos os atores interessados.

Por tudo isso, é preciso reforçar a ideia de que a audiência pública pode se tornar um instrumento transformador no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais. Afinal, a revisão judicial não precisa ser vista apenas como um dique ou uma barreira de contenção, mas também como um propulsor de deliberações mais qualificadas (MENDES, 2008, p. 214). Nesse sentido, destacamos que a atuação do Ministério Público por meio da convocação de audiências públicas tem um potencial catalisador para que sejam produzidas demandas verdadeiramente coletivas, capazes de abrir caminhos para iniciativas de caráter global, como sugestões de projetos de lei e formulação de políticas públicas (nos mais diversos graus da federação).

Contudo, para que isso ocorra, é necessário, primeiro, que os operadores do Direito em geral, inclusive os próprios membros do Ministério Público, superem a perspectiva individualista e compensatória do direito positivo e adotem uma visão estruturalista, preocupada com as estruturas socioeconômicas, para que a aplicação das normas assuma uma perspectiva mais inclusiva e transformadora. É necessário, em segundo lugar, que as audiências públicas se tornem um instrumento amplamente utilizado, com objetivos, formas e escopos bem definidos.

5 Conclusões

Procuramos apresentar, neste breve artigo, os enormes desafios enfrentados para que possamos ter uma melhor efetivação do direito à saúde.

Apontamos que os direitos sociais, por sua natureza *promocional*, demandam métodos hermenêuticos que vão além da mera subsunção do direito à situação fática. Verificamos que tais direitos, devido a sua estrutura, precisam de uma série de procedimentos

(estudos, planejamento, decisões) que, por sua vez, culminam na realização de uma política pública com objetivos definidos e de alcance global.

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

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

Nesse contexto, verificamos uma instrumentalização das audiências públicas como ferramentas de participação democrática na esfera do processo judicial. Entretanto, conforme demonstrado, a utilização das audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal foi (e continua sendo) muito precária, com notável ausência de critérios em relação a sua convocação, forma de realização e efeitos.

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

Por tudo isso, concluímos que, no caso da efetivação do direito sanitário, a utilização de audiências públicas pelo STF fez muito pouco para a reflexão sobre a questão da judicialização da saúde, justamente por replicar os limites observados no modelo positivista

tradicional. Ela se mostrou uma utilização pautada pelo aspecto compensatório e pontual, incapaz de propiciar uma ampla discussão sobre as políticas públicas e sobre o papel do SUS.

Apontados todos esses limites, apresentamos opções para o Ministério Público no que se refere à utilização de audiências públicas focadas no diálogo efetivo e capazes de proporcionar uma atuação e uma (eventual) judicialização interessadas em promover o controle democrático de políticas públicas de saúde, aptas, inclusive, a possibilitar a produção de iniciativas mais globais, como a elaboração de projetos de lei e outras iniciativas capazes de criar e aprimorar as diversas políticas públicas responsáveis pela efetivação do direito à saúde.

Referências

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização da saúde e Conselho Nacional de Justiça: perspectivas e desafios. In: NOBRE, Milton Augusto de; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

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

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial. *Revista Conjur*, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

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

_____. Novos paradigmas e categorias da interpretação constitucional. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: JusPodivm, 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidades e limites. *Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, ano 9, n. 103, set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62501>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

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

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

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

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

DALLARI, Sueli. Aspectos particulares da chamada judicialização da saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, n. 1, v. 14, EDUSP, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56624/59641>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

DALLARI, Sueli. O direito à saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, n. 22, 1988.

———. O Judiciário e o direito à saúde. In: NOBRE, Milton Augusto de; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

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

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

FARIA, José Eduardo. *O Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico*. In: ———. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010.

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

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. Conflitos de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro – homenagem ao professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

———. Conflitos intersubjetivos e apropriações sobre o justo. In: SILVA, Luciana Aboim Machado G. da (Org.). *Mediação de conflitos*. São Paulo: Atlas, 2013a.

———. Contribuição da ciência política para um conceito operativo de conflito e uma pragmática responsável da mediação. In:

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de; SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. *Mediação e direitos humanos: temas atuais e controvertidos*. São Paulo: LTr, 2013b.

GOUVÊA, Carlos Pagano Botana Portugal. *Social rights against the poor*. In: Social Science Research Network, 2013. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2219890>. Acesso em: 21 fev. 2016.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no estado social de direito*. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – FFLCH em 2008. Disponível em: <<http://pct.capes.gov.br/teses/2008/33002010030P6/TES.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

———. O projeto de uma corte deliberativa. In: PINTO, Henrique Motta et al. (Orgs.). *Jurisdição constitucional no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2012.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013a.

NEVES, Marcelo. Judiciário intensifica privilégios no acesso à saúde. *Revista Consultor Jurídico*, 2013b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-19/observatorio-constitucional-judiciario-intensifica-privilegios-acesso-saude>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Administração pública democrática e efetivação dos direitos fundamentais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, Curitiba, 2007.

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. Novo estruturalismo jurídico: uma alternativa para o direito? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 926, 2012.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Interpretação constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: JusPodivm, 2010.

———. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: FELLETT, André Luiz Fernandes et al. *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: JusPodivm, 2013.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 11, n. 3, p. 557-584, 2013.

_____. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Orgs.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3145/a-audiencia-publica-no-processo-administrativo/1>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

SOUZA, Renilson Rehem de. *O sistema público de saúde brasileiro*. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos poderes*. São Paulo: SBDP, 2011.

VALLE, Gustavo Henrique Moreira do; CAMARGO, João Marcos Pires. A audiência pública sobre a judicialização da saúde e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 11, n. 3, 2011.

VESTENA, Carolina Alves. *Participação ou formalismo? O impacto das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Poder Judiciário). Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getulio Vargas, 2010.