



ISSN: 2230-9926

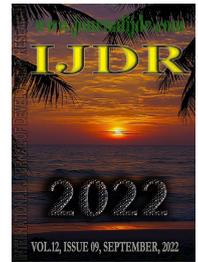
Available online at <http://www.journalijdr.com>

IJDR

International Journal of Development Research

Vol. 12, Issue, 09, pp. 58762-58767, September, 2022

<https://doi.org/10.37118/ijdr.25192.09.2022>



RESEARCH ARTICLE

OPEN ACCESS

(DES) MERCANTILIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE: UM ESTUDO ATRAVÉS DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 666.094/DF

Edith Maria Barbosa Ramos*¹; Amanda Silva Madureira²; Diego Costa de Oliveira³; Felipe Costa Camarão⁴; Jaqueline Prazeres de Sena⁵; Natalie Maria de Oliveira de Almeida⁶; Paulo Henrique de Freitas Dutra Junior⁷

¹Pós-doutora em Direito Sanitário pela FIOCRUZ/DF. Coordenadora do Mestrado em Direito da Universidade CEUMA. Professora na Graduação e Pós-Graduação da Universidade Federal do Maranhão. ²Doutora em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão. Professora na graduação da Universidade CEUMA; ³Mestrando em Direito e Afirmação de Vulneráveis pela Universidade CEUMA; ⁴Procurador Federal. Professor da Graduação na Universidade Federal do Maranhão; ⁵Doutora pela Universidade Federal do Maranhão. Coordenadora da Graduação em Direito do CEUMA; ⁶Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão; ⁷Mestrando em Direito e Afirmação de Vulneráveis pela Universidade CEUMA

ARTICLE INFO

Article History:

Received 10th July, 2022

Received in revised form

28th July, 2022

Accepted 11th August, 2022

Published online 23rd September, 2022

Key Words:

Judicialização.

Recurso Extraordinário. Saúde.

*Corresponding author:

Edith Maria Barbosa Ramos

ABSTRACT

Objetivo: Analisar o direito a saúde por meio do Recurso Extraordinário nº 666.094/DF. **Métodos:** Pesquisa de documental e de revisão bibliográfica. **Resultados:** A decisão do Supremo Tribunal Federal ignora a natureza dos direitos sociais cuja finalidade precípua é garantir a prestação de serviços sem a concepção mercadológica, e que, mesmo em situações de falha do ente público, o comportamento do Estado é para definição diversa do mercado. **Considerações finais:** A decisão judicial ora analisada reafirma as falhas do Estado quanto ao descomprometimento/desmercantilização dos programas sociais evidenciando o provimento de políticas seletivas e de baixo alcance quantitativo e qualitativo.

Copyright © 2022, Edith Maria Barbosa Ramos et al. This is an open access article distributed under the Creative Commons Attribution License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Citation: Edith Maria Barbosa Ramos; Amanda Silva Madureira; Diego Costa de Oliveira; Felipe Costa Camarão; Jaqueline Prazeres de Sena; Natalie Maria de Oliveira de Almeida; Paulo Henrique de Freitas Dutra Junior. 2022. "A eficácia do tratamento anestésico para pacientes portadores de dor crônica", *International Journal of Development Research*, 12, (09), 58762-58767.

INTRODUCTION

A presente análise trata Recurso Extraordinário interposto pelo Distrito Federal, em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), que determinou, em virtude de decisão judicial, de custeio, pelo Poder Público, de atendimento médico realizado pela UNIMED Brasília Cooperativa de Trabalho Médico, pelo preço de mercado, consoante tema 1.033 da sistemática de Repercussão Geral. A referida Cooperativa de Trabalho Médico ajuizou ação de cobrança junto ao juízo de primeiro grau, como o escopo de ressarcimento dos valores das despesas médicas oriundas de determinação judicial, que em antecipação de tutela ordenou a

internação e tratamento de paciente do Sistema Público de Saúde na instituição privada de saúde, em virtude de inexistência de vaga na rede pública, a expensas do ente federativo. As despesas com o paciente totalizaram, segundo a Cooperativa de Trabalho, o montante de R\$ 206.154,16 (duzentos e seis mil, cento e cinquenta e quatro reais e dezesseis centavos) em valores de mercado, considerando a efetiva prestação de serviços ao paciente e em cumprimento a determinação judicial. Assim, a instituição privada ingressou com ação de cobrança a fim de receber seu crédito. O processo tramitou regularmente, o pedido foi julgado parcialmente procedente para que o Distrito Federal ressarcisse à cooperativa médica pela internação do paciente com base na tabela do Sistema Único de Saúde (SUS) e não nos valores apresentado pela instituição privada de saúde, tendo em

vista que esses custos foram calculados em valor de mercado. As partes interpuseram apelações e o TJDF deu provimento apenas ao apelo da UNIMED e reconheceu que a Cooperativa Médica não firmou qualquer contrato ou convênio com o Ente Federativo, sendo compelida, por decisão judicial, a internar e a dispensar o devido tratamento ao paciente. O Tribunal de Justiça entendeu que os valores a serem pagos pelo DF não deveriam sofrer limitações da Tabela do SUS, exatamente porque a instituição privada que prestou o serviço não firmou voluntariamente qualquer contrato ou convênio com o ente federativo. Inconformado, o DF interpôs Recurso Extraordinário, destacando violação aos art. 5º, caput, 196 e 199, §1º, da Constituição Federal de 1988, assim como argumentou que a questão possuía Repercussão Geral, pois se tornou essencial definir a obrigação de pagar a hospital particular despesas médicas calculadas com base no valor de mercado, e não na Tabela do Sistema Único de Saúde - SUS, como ocorre com as instituições privadas conveniadas ou contratadas pelo Estado. O feito obteve a Repercussão Geral reconhecida, em acórdão a seguir transcrito:

DIREITO CONSTITUCIONAL E SANITÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESSARCIMENTO DE UNIDADE PRIVADA DE SAÚDE. TABELA SUS. REPERCUSSÃO GERAL. 1. A decisão recorrida condenou o Distrito Federal a pagar a estabelecimento privado de saúde o valor referente a serviços prestados em cumprimento de ordem judicial. 2. Constitui questão constitucional relevante definir se a imposição de pagamento pelo Poder Público de preço arbitrado pela unidade hospitalar viola o regime de contratação pública da rede complementar de saúde (art. 199, §§ 1º e 2º, da CF/1988), ou se o ressarcimento com base em preço tabelado pelo SUS ofende princípios da ordem econômica. 3. Repercussão geral reconhecida. (eDOC 47)

A Procuradoria Geral da República, em segunda manifestação sobre o apelo, entendeu pelo provimento do Recurso Extraordinário, nos seguintes termos:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1033. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. INTERNAÇÃO. HOSPITAL PRIVADO NÃO CONVENIADO. PAGAMENTO. TABELA SUS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROVIMENTO. 1. Recurso extraordinário *leading case* do Tema 1033 da sistemática da Repercussão Geral: 'saber se a imposição de pagamento pelo Poder Público de preço arbitrado pela unidade hospitalar, para ressarcir serviços de saúde prestados por força de decisão judicial, viola o regime de contratação da rede complementar de saúde pública (art. 199, §§ 1º e 2º, da CF/1988)'. 2. No sistema constitucional brasileiro, a saúde é assegurada como direito de todos, havendo de ser garantida universal e igualmente mediante a adoção de políticas públicas. 3. A saúde configura dever fundamental atribuído ao Estado, que há de atuar positivamente desenvolvendo políticas públicas que visem à redução de doenças e à promoção, à proteção e à recuperação da saúde. 4. A essencialidade do direito à saúde – indissociável do direito à vida – fez com as ações e serviços de saúde fossem qualificadas como prestações de relevância pública, submetidas à regulamentação, fiscalização e controle pelo Poder Público. 5. O pagamento aos estabelecimentos privados, diante do encaminhamento de pacientes para internação por comprovada insuficiência no SUS, há de observar limites para afastar especulações lucrativas em prejuízo ao sistema. 6. O princípio do não confisco autoriza, nas hipóteses de patente descompasso entre os valores pagos e os efetivamente dispendidos no fornecimento do serviço, a possibilidade de ressarcimento, sendo os ônus da prova e da justificativa das despesas do requerente que pleiteia a indenização. 7. Proposta de Teses de Repercussão Geral: I – Viola o regime de contratação da rede complementar de saúde pública, prevista no art. 199, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, a imposição de pagamento pelo Poder Público de preço arbitrado pela unidade hospitalar superior ao valor da Tabela do SUS, para ressarcir serviços de saúde prestados por força de decisão judicial;

II – Garante-se à unidade hospitalar particular a possibilidade de comprovar e justificar administrativamente, de forma detalhada e minuciosa, as despesas incorridas que sejam superiores aos valores fixados na Tabela do SUS, de forma a ser regularmente ressarcida. — Parecer pelo provimento do recurso extraordinário, com a fixação das teses sugeridas.

METODOLOGIA

A presente pesquisa é documental e exploratória, à medida que realiza um estudo que proporciona maior familiaridade com o problema estudado, permitindo a elaboração de hipóteses. Para isto, foi analisado o Recurso Extraordinário nº 666.094/DF, considerado enquanto fonte primária da pesquisa (MARCONI; LAKATOS, 2019). Além disso, fez um levantamento bibliográfico de pesquisas relativas ao tema, a fim de garantir o aprofundamento teórico por meio de dados já existentes e disponíveis, utilizando-se de repositórios e artigos publicados em revistas com extrato *qualis* elevado (MARCONI; LAKATOS, 2019).

RESULTADOS E DISCUSSÕES

Após o reconhecimento da repercussão geral, foram formulados pedidos de ingresso de *amicus curiae*. O Ministro Relator Roberto Barroso deferiu participação da União, do Estado do Rio Grande do Sul, da Confederação Nacional das Cooperativas Médicas – UNIMED DO BRASIL e da Confederação Nacional de Saúde - CNSAÚDE. No entanto, indeferiu os requerimentos do Hospital Policlínica Cascavel S.A. e do Hospital de Medicina Especializada Ltda. - Hospital Santa Rosa. O Acórdão do Recurso Extraordinário nº 666.094/DF, por unanimidade de votos, na apreciação do Tema 1.033 da Repercussão Geral, deu provimento parcial ao Recurso Extraordinário do Distrito Federal, pelo ressarcimento da prestadora privada no limite máximo dos valores de referência fixados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, com fundamento no art. 32, § 8º, da Lei nº 9.656/1998 (até dezembro de 2007, a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP; após, a Tabela do SUS ajustada e conjugada com o Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR), ressalvada a possibilidade de avaliação da existência efetiva e razoabilidade dos tratamentos adotados. Assim foi fixada a seguinte tese:

O ressarcimento de serviços de saúde prestados por unidade privada em favor de paciente do Sistema Único de Saúde, em cumprimento de ordem judicial, deve utilizar como critério o mesmo que é adotado para o ressarcimento do Sistema Único de Saúde por serviços prestados a beneficiários de planos de saúde.

O voto do Ministro Relator, Roberto Barroso, foi dividido em três partes: na primeira tratou da ordem constitucional da saúde no Brasil; na segunda parte, discutiu a participação da iniciativa privada na prestação de saúde; e, na terceira parte, abordou critérios de ressarcimento à iniciativa privada em situações em que ela preste serviços por determinação judicial. Após rememorar o processo de constitucionalização do direito à saúde no corpo da Constituição Federal de 1988, o Ministro Relator destacou que o crescimento de atendimentos no SUS foi extremamente elevado, pois de uma clientela de cinquenta milhões de pessoas (em 1988), passou a atender 145 milhões de pessoas, o que explica os problemas de subfinanciamento, saturação e dificuldades de gestão do sistema. O Ministro Relator demarcou que essas circunstâncias favoreceram a judicialização da saúde. Assim, segundo ele, diante das insuficiências do sistema tornou-se comum o acionamento do Poder Judiciário para garantia de realização de exames, internações ou fornecimento de medicamentos. Convém destacar que os recursos públicos destinados ao SUS sempre foram, historicamente, insuficientes para garantir uma saúde pública, universal, integral e de qualidade para a população, cenário em sentido oposto ao direcionamento do movimento da Reforma Sanitária e do processo participativo que conduziu a criação do Sistema, vislumbrando, assim, um caráter resolutivo ante as

iniquidades na saúde de um país de dimensões continentais e de profundas desigualdades (SOUZA, 2020). Deste modo, o patamar de investimento sempre foi aquém dos 10% (dez por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) reivindicados pela Reforma Sanitária, orbitando durante os anos em torno de 3 a 4%, o que acabou por restringir de sobremaneira a efetividade do sistema enquanto universal, além de sofrer rotineiramente com a desvinculação de receitas oriundas da seguridade social (saúde, previdência e assistência social) a fim de criar *superávit* primário e, por conseguinte, satisfazer obrigações decorrentes da dívida pública (SOUZA, 2019). Segundo dados do portal da transparência provenientes da Controladoria-Geral da União, o Ministério da Saúde executou entre 2018 a 2019 despesas equivalentes a 4,61% a 4,8% dos gastos públicos. Todavia, entre 2020 e 2021, período de pleno vigor do estado de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), decretado em função da pandemia de COVID-19 no Brasil, o orçamento do órgão passou a recuar em termos percentuais de 4,73% para 4,56%, respectivamente.

O referido padrão foi acentuado de forma ainda mais expressiva em 2022, pois, ainda que a referida pasta se constitua como o principal financiador do SUS, sofreu redução do seu orçamento para R\$ 153,25 bilhões, o que significou uma queda de quase 20% se comparado com os R\$ 189,41 bilhões de 2021. Ademais, segundo dados do IPEA (2022), os estados brasileiros no período de 2015-2019 registraram crescimentos médios das despesas com o SUS (5,6% a.a.), índice igual ao dos municípios e inferiores aos da União (6,3% a.a.), com crescimentos acima da média para hospitais (6,2% a.a.), ambulatórios especializados (10,4% a.a.), laboratórios e centros diagnósticos (8,2% a.a.), demonstrando as significativas necessidades do setor em total contraponto a redução do financiamento. Diante de tal cenário, a sociedade opta por buscar junto ao Poder Judiciário a satisfação das suas pretensões relativas à saúde, sendo corriqueiramente a última alternativa para obtenção de um medicamento ou tratamento não efetivamente prestados pelo sistema público. Nesse ponto, o Ministro Barroso (2011) define judicialização como a decisão, em caráter final, pelo poder Judiciário sobre questões importantes do ponto de vista político, social ou moral. Isto é, uma transferência de poder para as instituições judiciais, ao invés das instâncias políticas tradicionais, quais sejam, os Poderes Legislativo e o Executivo – o que se refere à crescente importância que as cortes de Justiça adquiriram no campo da política (RAMOS, ROSÁRIO, ALMEIDA, 2021).

Em outros termos, constitui uma expansão de jurisdição que tem alcançado até mesmo os países que seguem por tradição o modelo constitucional inglês, tratando-se, portanto, de uma verdadeira tendência mundial, propiciando uma fluidez dos limites entre política e justiça no mundo contemporâneo (BARROSO, 2011). Todavia, verifica-se que o fenômeno assumiu proporção ainda maior no Brasil, sobretudo em razão de algumas causas específicas, como o reconhecimento da importância de um judiciário forte e independente com a consequente ascensão institucional de juízes e tribunais, elemento essencial para concretização das democracias modernas, a manifesta desilusão com a política majoritária em função da crise da representatividade política e, por fim, pela própria preferência dos atores políticos em geral para que o judiciário seja a instância decisória de questões que envolvam um desacordo razoável da sociedade (BARROSO, 2011). É nesse contexto que os portadores de doenças crônicas complexas, por exemplo, apesar de comporem questões coletivas excessivamente complexas a serem abordadas pelos órgãos de Justiça, costumam recorrer ao Poder Judiciário em ações individualizadas a fim de obterem tratamentos e medicamentos. O Poder Judiciário, por seu turno, corriqueiramente habituado a decidir sobre conflitos bilaterais, se vê diante de um exercício da justiça distributiva, uma vez que a saúde também envolve fatores sociais, econômicos e ambientais (D'ESPÍNDULA, 2013). Nesse aspecto, Ventura (2010) dispõe que a satisfação do direito à saúde comporta tanto uma dimensão individual/privada, que faz referência às próprias subjetividades, direitos e liberdades pessoais, como também a dimensão coletiva, que requer o asseguramento desse bem-estar individual a todos e, nessa conjugação entre os interesses individuais e sociais diante do cumprimento dos deveres do Estado, é que se põe a necessidade da árdua e minuciosa atuação judicial nos

casos concretos. Num primeiro momento da judicialização da saúde, ressaltou o Ministro Relator, que houve excesso do judiciário, com decisões desarrazoadas e emocionais, que prejudicavam a organização do próprio sistema e privilegiava os pacientes que judicializavam em detrimento daqueles que aguardavam o atendimento seguindo a ordem de entrada no sistema. Assim, a primeira fase da judicialização da saúde configurou-se com tomadas de decisões judiciais impossíveis de serem cumpridas. Quando o Poder Judiciário constatou a impossibilidade do próprio sistema no cumprimento de decisões desarrazoadas, a judicialização tomou um novo curso, que delineou a determinação de internação de paciente em rede privada a expensas do Poder Público.

Em outros termos, foi-se superada a primeira fase pelo excesso de judicialização, que se mostrou controverso ao condenar a Fazenda Pública ao custeio de tratamentos não razoáveis por sua inacessibilidade, falta de essencialidade, ou mesmo por serem de tratamentos de eficácia duvidosa ou alternativas. Por outro lado, a falta de critério firme para verificação de qual ente estatal deveria ser responsabilizado pela entrega efetiva de cada serviço acabou por gerar, além da imprevisibilidade, mais gastos e disfuncionalidade na prestação jurisdicional (BARROSO, 2009). Nesse aspecto, os entes federativos se valeram dessa superposição de defesas, tendo como uma das principais impugnações judiciais a denominada reserva do possível, o qual pressupõe que os recursos públicos não seriam suficientes para atender às necessidades sociais, impondo, em virtude disso, uma tomada de decisões complexas, levando-se em conta que, em regra, o orçamento apresta-se aquém do necessário para satisfazer as demandas sociais (BARROSO, 2009). A segunda fase, portanto, acabou por trazer à tona a dicotomia entre a reserva do possível e o mínimo existencial, sopesando, assim, a importância do custo dos direitos sociais. Isto é, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, à exemplo da ADPF 45, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, e da STA nº 91/AL, sob relatoria da Ministra Ellen Gracie, protocolizados respectivamente em 2003 e 2006, acabaram de forma explícita e pioneira por averiguar o cabimento do critério da reserva do possível, lastreando a junção entre razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado, implementando, assim, a racionalização dos gastos públicos relativos à saúde (CUNHA; FARRANHA, 2021).

Por outro lado, a fase atual de decisões do STF em relação à judicialização da saúde se destaca pela consolidação da medicina baseada em evidências (MBE), que estabeleceu os requisitos científicos para o sucesso da demanda relativas à saúde, modificando a sua abordagem no campo jurídico político sobre o tema, como a realização da Audiência Pública nº 4, convocada pelo ministro Gilmar Mendes em 2009, que debateu temas como a responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS, políticas públicas de saúde, integralidade do Sistema, excessiva judicialização e os impactos dos custos do direito (CUNHA; FARRANHA, 2021). Ademais, caracterizou esta fase a emblemática decisão proferida pelo plenário do STF no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/2010 (STA 175 – Agr/CE), também de relatoria do ministro Gilmar Mendes, que determinou parâmetros basilares para as decisões judiciais sobre a judicialização da saúde, gerando grandes reflexos posteriores, como a decisão emanada pela 1ª Seção do STJ, através do REsp nº 1.657.156/RJ – Tema 106 – que fixou critérios para a Justiça decidir sobre a aquisição de medicamentos não regulamentados pelo SUS, além da consolidação do Fórum da Saúde do CNJ, instituído pela Resolução nº 107/2010 que, dentre outros avanços, traçou diretrizes aos magistrados em questões relativas à saúde e a criação do Núcleo de Apoio Técnico ao Poder Judiciário (NATJus) (CUNHA; FARRANHA, 2021).

Na segunda parte de seu voto, o Ministro Relator ressalta que a Constituição Federal de 1988 prevê duas modalidades de prestação do serviço público de saúde por agentes privados, quais sejam: saúde complementar e saúde suplementar. A primeira funciona como uma linha auxiliar direta de prestação pública do serviço, seja por meio de convênios ou ato de natureza negocial. Nesta situação, os hospitais privados podem, quando desejarem, alinharem-se ao sistema público.

Reza o art. 199, § 1º, da Constituição Federal de 1988 que “as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. Destacou que no caso da saúde complementar, em que uma instituição privada adere ao programa do SUS, a remuneração pelos serviços prestados por essa instituição privada é disciplinada em lei, na Lei nº 8.080, de 1990, que é a lei que regulamenta o SUS e que prevê em seu art. 26 que “os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde”. Por outro lado, destaca o Ministro Relator que existe a previsão constitucional de que a assistência à saúde seja livre à iniciativa privada (art. 199 da Constituição Federal de 1988). Assim, destaca-se a saúde suplementar como um conjunto de sistemas privados de medicina que desempenham funções de prestação de serviços de saúde não remunerados pelo setor público. Isto é, sem vínculo com o Sistema Único de Saúde, ante a expressa vedação constitucional prevista no art. 199, §2º, da Constituição Federal (FIGUEIREDO, 2012).

Nesse seguimento, o setor de saúde suplementar, por determinação da Lei nº 9.656/98, se encontra subordinado às normas e fiscalização da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, tendo como fonte básica de recursos o pagamento *per capita* dos seus usuários, atuando como toda e qualquer pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, operando, todavia, na atividade econômica *stricto sensu* de assistência médica à saúde (FIGUEIREDO, 2012). Portanto, embora os dois termos sejam relacionados a saúde fundamentalmente privada, as operadoras de saúde do setor suplementar oferecem atenção à saúde por livre adesão dos seus usuários, já a saúde complementar opera como uma rede prestadora de serviços de caráter privado que disponibiliza serviços ao SUS, atuando através de contratos e convênios, nos termos da Portaria nº 1.034/GM/MS, de 2010. Dessa forma, o Estado acaba por ampliar e complementar, através de parcerias privadas, a sua atuação em questões relativas à saúde perante a sociedade. Após, o Ministro Relator abordou a natureza do serviço prestado por entidade privada, por determinação judicial, devido à falha no serviço prestado por instituições públicas. Aduziu ainda que quando um juiz determina que uma entidade privada preste esse serviço de saúde, diferentemente do que se passa com a saúde complementar, não há um ato negocial ou voluntário de adesão ao Sistema Único de Saúde. Para o julgador, trata-se de uma instituição privada que, com base na Constituição, presta privadamente esse serviço. De modo que, como intuitivo, a prestação de um serviço de saúde, por ordem judicial, não constitui um ato negocial, mas um ato de intervenção estatal na propriedade privada por determinação de um juiz de direito. Para Roberto Barroso, neste caso, estar-se diante de uma requisição administrativa, nos moldes do inciso XXV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988. Nessa linha se entende que o Estado pode requisitar propriedade particular mediante indenização e observa que no caso específico de saúde, a Lei nº 8.080/90, no inciso XIII, art. 15 estabelece que:

"Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: (...) XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização.

O fundamento jurídico que sustenta o pensamento do Relator Ministro para intervenção do Estado na propriedade privada é a requisição administrativa, que, segundo MENDONÇA (2020), é auto executória, não necessitando solicitação para o agir do Estado na utilização do bem de natureza privada em situação de urgência, devendo o usufruto permanecer até a resolutividade da problemática

que lastreou a intervenção. No caso em comento, o usuário do SUS é amparado em bens e serviço de natureza privada em razão da escassez ou lotação das instituições públicas de saúde, restando ao usuário a judicialização, que determina ou não a prestação do serviço de saúde do indivíduo em hospital privado, e, para não ocasionar lesão ao patrimônio do ente hospitalar particular, é necessário o seu ressarcimento em razão de sua natureza lucrativa advindo da liberdade econômica. A liberdade econômica *versus* o poder estatal faz-se presente nas discussões de intervenção do Estado haja a ordem econômica conforme art. 170 ser “(...) fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, (...)”. Ocorre que, como pode a liberdade econômica, definida como a diminuição da influência direta do governo na economia (FERRETTI e KROENKE apud DAU; CUERVO-CAZURRA, 2022) devidamente integrada a nossa Constituição Federal, ser passível pelo poder intervencionista do estado?

A resposta para este questionamento encontra-se na hermenêutica, visto que por meio da utilização do método interpretativo, ponderação ou sopesamento, busca-se a satisfação do direito reivindicado conflitado com outros direitos, nem sempre sendo possível encontrar o equilíbrio dos interesses, e que, “em algumas situações, diante das alternativas existentes, a solução terá que priorizar um dos interesses em jogo, em detrimento do outro” (VAL; AGUIAR, 2021). Assim, a solução em uma análise sumária é a prevalência do interesse público ao interesse privado. Entretanto, esse conflito entre direito fundamental de propriedade e intervenção estatal, não é trivial, não devendo se acolher que direitos fundamentais sejam achatados diante de arbitrariedades estatais (GABARDO; WATZKO, 2020). A liberdade econômica consiste no livre mercado e na igualdade de condições e disputas para obtenção do lucro, logo não se considera razoável que um único hospital atenda a referida demanda médica daquele usuário do SUS quando existentes outros hospitais privados – inclusive conveniados ao SUS - também habilitados com possibilidade de tratamento, tal como não se mostra aceitável a livre escolha do usuário do SUS para qual estabelecimento médico privado será atendido em caso de inexistência de vagas ou serviços no Sistema Único de Saúde. As reflexões acima são necessárias em razão das despesas públicas quanto à prestação de serviço médico realizado em rede privada de saúde por meio de requisição administrativa, posto que, o usuário poderá escolher ter o tratamento médico em instituição privada cujos valores sejam mais altos, quando se é possível a mesma prestação de saúde em hospital também privado, mas, cujos valores encontram-se mais baixos, reduzindo, portanto, o impacto orçamentário despendidos pelo ente estatal.

Deste modo, o Relator no presente caso diz respeito nitidamente a um ato de intervenção do Estado na propriedade privada mediante requisição que exige indenização. A questão nuclear é determinar o critério constitucionalmente adequado para o ressarcimento do hospital particular que prestou serviço a um ente federado, em razão de cumprimento de decisão judicial. Desta feita, entende que a tabela do SUS somente se aplica a empresas privadas que celebram convênio com o SUS, tendo em vista que as instituições privadas que não firmaram convênio com o SUS continuam a se reger pelas regras da iniciativa privada. Assim, e como regra geral, seus serviços prestados contratados por particulares e empresas, igualmente privados, sendo pagos, no mais das vezes, por operadoras e seguradoras de saúde. Logo, a questão crucial a ser deliberado trata de determinação de critério justo para a remuneração da instituição privada que, por ordem judicial, atende usuário do SUS. Para Roberto Barroso tem-se duas alternativas, quais sejam a tabela do SUS ou a fixação de preço pelo mercado. Como para o Ministro Relator o caso trata de uma requisição administrativa, deve-se ponderar que a liberdade de mercado não é um valor absoluto. O Ministro Relator adverte que no sistema jurídico brasileiro não há norma específica sobre esse assunto, para ele há norma análoga que pode ser aplicada perfeitamente à hipótese, qual seja, o critério pelo qual as operadoras de planos de saúde privados irão ressarcir o SUS quando hospital público ou conveniado atender consumidor ou contratante de plano privado de saúde. O art. 32 da Lei nº 9.656/98 determina que:

Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS - portanto pela Agência de Saúde Suplementar - os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS.

Conforme se observa, essa norma estabelece que se um cliente de plano de saúde for atendido pelo SUS, em hospital público ou rede conveniada, o plano de saúde deverá reembolsar ao SUS o custo referente ao atendimento, em consonância com critérios fixados pela ANS. Nessa linha de raciocínio, a empresa privada será ressarcida pelo mesmo critério e valor que teria que pagar em circunstância inversa. Afirma Roberto Barroso que:

(...) é razoável que se adote, em relação ao ressarcimento da rede privada, o mesmo critério utilizado para ressarcimento do Sistema Único de Saúde por serviços prestados a beneficiários de planos de saúde. Até dezembro de 2007, esse critério era a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos – TUNEP. Depois, passou a ser a Tabela do SUS, ajustada de acordo com as regras de valoração do SUS e multiplicada pelo Índice de Valoração do Ressarcimento. Os valores de referência constantes da Tunep bem como o IVR multiplicador da Tabela do SUS - é muito importante - são fixados pela ANS, que não é, em rigor, uma entidade a serviço do Poder Público, mas um árbitro do sistema, uma agência regulamentadora independente cujo papel é arbitrar, com equilíbrio, os interesses dos usuários do sistema, da saúde pública e dos prestadores privados de saúde pública.

Para o Ministro, o ressarcimento de serviços de saúde prestados por unidade privada em favor de paciente do Sistema Único de Saúde, em cumprimento de ordem judicial, deve utilizar como critério o mesmo que é adotado para o ressarcimento do Sistema Único de Saúde por serviços prestados a beneficiários de planos de saúde. O Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, apreciando o tema 1.033 da Repercussão Geral, deu parcial provimento ao Recurso Extraordinário do DF, para que o ressarcimento da prestadora provada tenha como limite máximo os valores de referência fixados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, ressalvada a possibilidade de avaliação da existência efetiva e razoabilidade dos tratamentos adotados. A decisão proferida e o fundamento jurídico do ressarcimento ao ente privado cuja prestação de serviço ao usuário do SUS ocorreu por meio de requisição administrativa gerando o dever indenizatório pelo Ente Estatal demonstra, nas palavras de RAMOS (2014) a incapacidade do Estado de cumprir seus deveres básicos, independente do motivo que ensejou a falha na prestação dos direitos sociais, seja pela escolha do modo de produção, existência de desigualdades socioeconômicas ou pelo alto grau de exclusão social, mas, tão somente reflete as não prioridades do Estado no fornecimento e sustento de políticas públicas.

A consequência direta da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal cujo Relator Ministro Barroso fundamenta o critério de ressarcimento ao ente privado de saúde pelos valores fixados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS corrobora pela concepção mercantilizada da saúde. A mercantilização dos direitos sociais - entre estes a saúde - consiste na dificuldade de acesso pelos indivíduos em razão da ineficiência do Estado em assegurar os direitos fundamentais, ao passo que o seu reverso, a desmercantilização, conforme ZIMMERMANN e SILVA (2009) permite aferir o grau de autonomia e independência que as políticas sociais concebem aos indivíduos ou famílias como meios de sobrevivência fora das relações de mercado. Assim, quando o ente público utiliza bens e serviços de ente privado, sujeitando-se ao ressarcimento pelo gozo destes serviços às regras mercadológicas, sedimenta o ideal mercantilista de políticas sociais no Brasil, restando em conflito até mesmo com a finalística dos direitos sociais, nas palavras de RAMOS (2014) a proteção da saúde deve ser fornecida de tal forma que não seja intrinsecamente necessária a utilização do

mercado, acreditando-se que os direitos sociais não seriam apenas um instrumento e uma instituição jurídica de redistribuição, mas um contraponto mercantil para favorecimento de mecanismo de desmercantilização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, a decisão do Supremo Tribunal Federal ignora a natureza dos direitos sociais cuja finalidade precípua é garantir a prestação de serviços sem a concepção mercadológica, e que, mesmo em situações de falha do ente público, o comportamento do Estado é para definição diversa do mercado, posto que, em razão de sua natureza pública em casos como o de requisição administrativa tem-se a necessidade de averiguação de parâmetro indenizatório equiparado ao valores expendidos pelo SUS, e assim, não fortificando cada vez mais o predomínio mercantil, logo, a decisão judicial ora analisada reafirma as falhas do Estado quanto ao descomprometimento desmercantilização dos programas sociais evidenciando o provimento de políticas seletivas e de baixo alcance quantitativo e qualitativo.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, L. R.. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, a. 60, n. 188, p. 29-60, jan.-mar., 2009.
- BARROSO, L. R.. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. Portal da Transparência do Governo Federal, Ministério da Saúde: despesas do órgão. Disponível em: <<https://www.portaltransparencia.gov.br/orgaos-superiores/36000>>. Acesso em 09 ago. 2022.
- BRASIL. CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. Portal da Transparência do Governo Federal, Saúde: visão geral da distribuição por subárea (subfunção). Disponível em: <<https://www.portaltransparencia.gov.br/funcoes/10-saude>>. Acesso em 09 ago. 2022.
- CUNHA, J. R. A. ; FARRANHA, A. C. Judicialização da Saúde no Brasil: categorização das fases decisórias a partir do Supremo Tribunal Federal e os impactos no Sistema Único de Saúde. *Ciências e Políticas Públicas*, v. 7, n. 1, p. 15-35. 2021.
- D'ESPÍNDULA, T. C. de A. S. Judicialização da medicina no acesso a medicamentos: reflexões bioéticas. *Revista Bioética*. Dez 2013, v. 21, n. 3, p. 438 – 447. 2013.
- FERRETTI, P. C.; KROENKE, A. Liberdade econômica e inovação nacional: evidências para insumo e produção de inovação diante do desenvolvimento dos países. *Economia e Sociedade* [online]. 2021, v. 30, n. 3 [Acessado 11 Agosto 2022], pp. 927-950. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1982-3533.2021v30n3art06>>. Epub 10 Dez 2021. ISSN 1982-3533. <https://doi.org/10.1590/1982-3533.2021v30n3art06>.
- FIGUEIREDO, Alexandre Vizeu. Curso de direito de saúde suplementar. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GABARDO, E; WATZKO, N. A. M. Requisição administrativa, interesse público e direitos fundamentais em tempos de COVID-19. *Fórum Administrativo: FA*, Belo Horizonte, v. 20, n. 236, p. 25-34, out. 2020. Acessado em 11 de agosto 2022. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/148672>.
- IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Contas de saúde na perspectiva da contabilidade internacional: conta SHA para o Brasil, 2015 a 2019. Brasília: IPEA, 2022. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/220202_livro_contas_de_saude.pdf>. Acesso em 09 ago. 2022.
- MARCONI, M. de A; LAKATOS, E. M. Metodologia científica. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018. 373 p.
- MENDONÇA, J. V. S de. Dez perguntas e respostas sobre requisição administrativa em tempos de COVID-19. 2020.

- RAMOS, E. M. B. .; ROSÁRIO, P. T. do; ALMEIDA, N. M. de O. de. BREVE ANÁLISE TEÓRICA DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NA AMÉRICA LATINA: ASPECTOS COMPARADOS NO BRASIL E NO CHILE: BRIEF THEORETICAL ANALYSIS OF POLICY JUDICIALIZATION: COMPARATIVE ASPECTS IN BRAZIL AND CHILE. *Revista Direito em Debate, [S. l.]*, v. 30, n. 56, p. 76–88, 2021. DOI: 10.21527/2176-6622.2021.56.10306. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/10306>. Acesso em: 22 ago. 2022.
- RAMOS, E. M. B.. *Universalidade do Direito a Saúde*. São Luís/MA: EDUFMA. 2014.
- SOUZA, D. de O. Financeirização, fundo público e os limites à universalidade da saúde. *Saúde em debate*, v. 43, esp. 5, p. 71-81, 2019.
- SOUZA, D. de O. O subfinanciamento do Sistema Único de Saúde e seus rebatimentos no enfrentamento da Covid-19. *Physis: Revista de Saúde Coletiva* [online]. v. 30, n. 03, 2020. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-73312020300313>>. Acesso em: 9 ago. 2022.
- VENTURA, M.; SIMAS, L; PEPE, V. L. E; SCHRAMM, F. R. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*, v. 20, n. 1, p. 77 - 100. 2010.
- ZIMMERMANN, C. R.; SILVA, M. da C. O princípio da desmercantilização nas políticas sociais. *Caderno CRH* [online]. 2009, v. 22, n. 56 [Acessado 11 Agosto 2022] , pp. 345-358. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-49792009000200010>>. Epub 24 Nov 2009. ISSN 1983-8239. <https://doi.org/10.1590/S0103-49792009000200010>.
