

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA



ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 07 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 03 – Dossiê Temático

ISSN 2595-5667

Editor-Chefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

**Rio de
Janeiro, 2022.**

**POLÍTICA PÚBLICA DE SAÚDE E ONEROSIDADE DO SISTEMA ÚNICO DE
SAÚDE NO ATENDIMENTO A USUÁRIOS DE PLANOS DE SAÚDE: O
INCIDENTE DE REPERCUSSÃO GERAL Nº 345**

**PUBLIC HEALTH POLICY AND THE CHARGE OF THE SINGLE HEALTH
SYSTEM IN THE SERVICE TO USERS OF HEALTH PLANS: THE INCIDENT OF
GENERAL REPERCUSSION Nº 345**

Paulo Roberto Soares Mendonca¹

Laura Mello D'Urso Vianna²

RESUMO: Tem por finalidade analisar se os princípios basilares do Sistema Único de Saúde (SUS), apesar de impedirem qualquer discriminação no atendimento gratuito aos pacientes, permitiriam que houvesse algum tipo de custeio final do Sistema por particulares e não somente por receitas públicas. O problema de fundo é o debate atual acerca do orçamento-realidade para a efetivação dos direitos fundamentais pelo Poder Público, surgido no curso das demandas judiciais envolvendo políticas públicas na área de saúde, que tem criado alguns impasses em relação às obrigações do Estado face às disponibilidades orçamentárias.

PALAVRAS-CHAVES: Políticas Públicas; Direito de Saúde; SUS; Onerosidade; Plano de Saúde.

ABSTRACT: Its purpose is to analyze whether the basic principles of the Unified Health System (SUS), despite preventing any discrimination in free patient care, would allow for some kind of final costing of the System by private individuals and not only by public revenue. The fundamental problem is the current debate about the budget-reality for the realization of fundamental rights by the Public Power, which has arisen in the course of judicial demands

¹ Professor Titular da UNRIO. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Docente dos cursos de Bacharelado e Mestrado em Direito da UNIRIO. Procurador do Município do Rio de Janeiro.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Integrante do grupo de pesquisa Relações entre Estado e Direito em um Estado Democrático de Direito. Bolsista de Iniciação Científica da UNIRIO.

involving public policies in the health area, which has created some impasses in relation to the State's obligations in relation to the budget availability.

KEYWORDS: Public Policies; Health Law; SUS; Onerosity; Health insurance.

I. INTRODUÇÃO

A proposta é analisar se os princípios basilares do Sistema Único de Saúde (SUS), apesar de impedirem qualquer discriminação no atendimento gratuito aos pacientes, permitiriam que houvesse algum tipo de custeio final do Sistema por particulares e não somente por receitas públicas. O problema de fundo é o debate atual acerca do orçamento-realidade para a efetivação dos direitos fundamentais pelo Poder Público, surgido no curso das demandas judiciais envolvendo políticas públicas na área de saúde, que tem criado alguns impasses em relação às obrigações do Estado face às disponibilidades orçamentárias.

Para isso, abordou-se o direito fundamental à saúde frente aos princípios norteadores do SUS, o fenômeno de judicialização das políticas públicas na área de saúde, o argumento da reserva do possível nas decisões judiciais, o custo dos direitos e por fim, a decisão de mérito do STF na repercussão geral nº 345, que tratou do ressarcimento pelos planos de saúde ao Sistema Único de Saúde pelo atendimento de seus beneficiários.

II. DIREITO À SAÚDE COMO GARANTIA FUNDAMENTAL E POLÍTICAS PÚBLICAS

A definição de saúde é muito debatida na história, visto que, enquanto bem, seu conceito repercute na conjuntura social, econômica e política de uma sociedade. Apenas a partir da criação Organização Mundial da Saúde (OMS), em 1946, a saúde passou a ser reconhecida internacionalmente como direito fundamental de todo ser humano, sem qualquer distinção, sendo definida como “completo bem-estar físico, mental e social” e não somente como ausência de doença (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2017).

Esse conceito proposto pela OMS, contudo, não serviu como meta para que fossem globalmente organizadas políticas públicas na área, tendo em vista que a definição dada era

totalmente utópica, em se tratando de um bem fornecido pelos Estados. Em realidade, a assistência à saúde internacionalmente destinou-se mais a campanhas de erradicação de epidemias ou de medidas assistenciais aplicadas em situações de miséria extrema, do que a uma política efetiva de universalização do atendimento público de saúde nos diferentes países.

Diante de uma certa indeterminação de conceito para saúde no âmbito das políticas públicas, há dificuldade em precisar a extensão do direito social introduzido no artigo 6º da CRFB/88.

Nesta toada, traz-se à baila conceito de Barione, Gandini e Souza acerca da saúde no campo jurídico:

(...) a saúde consiste em um direito fundamental social e universal, que exige do Estado prestações positivas no sentido de garantir a sua efetividade, dada a essência do Estado Democrático de Direito, por nele vigorar o constitucionalismo, o respeito aos princípios democráticos e a proteção aos direitos humanos (...) Sua aplicabilidade dependerá não só de uma legislação regulamentadora, como também do equilíbrio e ponderação dos princípios constitucionais, não só aqueles relativos ao SUS, como também os equivalentes ao planejamento das políticas públicas e os princípios orçamentários (GANDINI; BARIONE; SOUZA, 2017, p. 68).

Importante ressaltar que, no final da 8ª Conferência Nacional de Saúde, foi apresentado o Projeto de Reforma Sanitária Brasileira, o qual previu princípios norteadores para o sistema de saúde brasileiro – que encontraram guarida tanto na CRFB/88 quanto na legislação infraconstitucional que forjou o Sistema Único de Saúde: os princípios da participação, da equidade, da descentralização, da integralidade e da universalidade, consagrados nos arts. 196 a 198 da Constituição Federal.

No tocante à universalidade do sistema, tem-se que a saúde é um direito de todo e qualquer cidadão, sem qualquer tipo de distinção, e que é dever do Estado assegurá-la. Vale ressaltar, neste ponto, que acesso universal está relacionado ao acesso de todos ao sistema.

O princípio da integralidade aduz que, embora o sistema seja descentralizado, impondo aos entes federados diferentes funções relativas ao atendimento do cidadão, a assistência ao usuário deve ser integral (artigo 7º da Lei nº 8.080/90), ou seja, em todos os níveis, desde ações preventivas às de alta complexidade.

A noção de equidade na saúde, por sua vez, está relacionada garantia de que serviços de todos os níveis sejam prestados, conforme a complexidade que o caso venha a exigir, de forma isonômica nas situações similares.

Deve-se, também, destacar que o art. 197 da Constituição Federal prevê prestação dos serviços públicos de saúde diretamente pelo Estado ou por particulares, em formato definido pela legislação infraconstitucional. Exatamente o regime aplicável aos regimes de saúde suplementar e sua correlação com o SUS é que será objeto do caso discutido neste trabalho.

III. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90) estabelece a estrutura e o modelo operacional do SUS, propondo a sua forma de organização e de funcionamento, estando entre as principais atribuições deste a “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção”³.

Na estruturação do SUS, a lei estabelece a preponderância da municipalidade, como decorrência do princípio da descentralização, que pretende delegar prioritariamente aos municípios a responsabilidade da execução das políticas públicas de saúde em geral e da distribuição de medicamentos em particular.⁴ Assim, como destaca Barroso (2009), os demais entes federados apenas devem executar diretamente políticas sanitárias de modo supletivo, suprimindo eventuais ausências financeiras e administrativas dos municípios.

No que tange à distribuição de medicamentos aos cidadãos, a competência dos entes federados não está expressa nem na Carta Maior nem na Lei Orgânica. Conforme a política Nacional de Medicamentos, que supriu essa falta normativa, os municípios se encarregam da assistência farmacêutica destinada à atenção básica à saúde, ao passo que a União, com apoio dos Estados, seria responsável, mormente, pela aquisição e distribuição dos medicamentos de caráter excepcional.

Dessa forma, “(...) não seria correto afirmar que os Poderes Legislativo e Executivo encontram-se inertes ou omissos – ao menos do ponto de vista normativo – no que toca à entrega de medicamentos para a população. Ao contrário, as listas definidas por cada ente federativo

³ Artigo 6º, inciso VI da Lei nº 8.080/90

⁴ Artigo 7º, incisos I e IX da Lei nº 8.080/90

veiculam as opções do Poder Público na matéria, tomadas – presume-se – considerando as possibilidades financeiras existentes” (BARROSO, 2009, p. 20).

Todavia, do ponto de vista prático, o Judiciário tem sido acionado constantemente, tanto com base na Constituição quanto na legislação infraconstitucional, para deliberar sobre políticas públicas na área de saúde. Esse crescente fenômeno de judicialização das políticas públicas envolve, por intuitivo, uma transferência de poder para juízes e tribunais.

Nesse sentido, segundo Taylor (2007), esse poder do Judiciário brasileiro não fica restrito a um momento após a aprovação das políticas públicas pelo Legislativo, já que os seus integrantes teriam capacidade de influenciar as discussões das políticas públicas no momento de sua elaboração, sinalizando suas preferências e as fronteiras para as mudanças nessas políticas. Sob esse prisma, traz a lume a existência no Brasil de duas características específicas do sistema constitucional que concedem tal poder de manobra aos juízes: a primeira seriam os instrumentos (como ADIs e ADPFs) que possuem muito mais impacto do que uma decisão recorrível, e a segunda seria o timing do impacto judicial, seja acelerando as decisões, por meio de liminar, seja postergando, por meio de pedido de vista ou até o arquivamento do processo.

Essa judicialização das políticas públicas na área de saúde gera, contudo, ao lado de intervenções necessárias, pontuais e meritórias, “uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos” (BARROSO, 2012, p. 30).

Uma das consequências mais graves do crescimento exponencial da judicialização na área da saúde é o impacto que as medidas judiciais ocasionam nos orçamentos dos entes públicos, que são dimensionados de acordo com um planejamento fiscal determinado, sendo colhidos repentinamente por mandados para fornecimento de medicamentos ou disponibilização imediata de tratamentos médicos. A realidade é que a prestação de serviços pelo Estado custa dinheiro ao contribuinte e, ao serem criadas novas demandas por via judicial, há um incremento nos gastos, que terão que ser supridos por um aumento de impostos ou redução de despesas em outras políticas públicas.

IV. A RESERVA DO POSSÍVEL

O argumento pragmático da insuficiência de recursos públicos para atender todas as necessidades sociais garantidas pelo Estado foi formulado sistematicamente na obra “*The Cost of Rights*” (1999), de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein. Segundo eles, nenhum direito pode ser absoluto, já que sua implementação depende da entrega de dinheiro público limitado, em tempo adequado, aos agentes responsáveis pela sua implementação. Não haveria, portanto, nada de cínico ou degradante em admitir que o valor das coisas não se aplica apenas a *commodities*, mas também a direitos.

Em realidade, o exercício de direitos pelas pessoas custa dinheiro, sejam eles direitos individuais, tais como liberdade ou propriedade, por exemplo; sejam eles de natureza social, como os de cunho assistencial ou a própria saúde (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 112). Assim, para que seja assegurado aos cidadãos o exercício de quaisquer direitos, faz-se necessário onerar as contas públicas.

Dessa forma, a limitação dos recursos públicos, oriundos do pagamento de impostos por todos os cidadãos, implica a eleição de prioridades pelo poder público. Ao investir recursos em determinada política pública, o Estado está deixando de investi-los em outras. Sob esse prisma, o Estado deve buscar entender quais as maiores necessidades sociais a serem supridas, para que decida quais direitos serão priorizados na alocação de verba pública.

O problema maior refere-se ao fato de que a própria definição de direitos obedece historicamente a dois critérios distintos, um primeiro de **natureza moral**, que implica uma leitura ética sobre os direitos, tributária de uma tradição universalista, de inspiração jusnaturalista ou mesmo das doutrinas sobre os direitos humanos e um segundo, de **natureza descritiva**, que opera dentro de um viés positivista, culminando na ideia de interesse jurídico, de perfil amoral (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 126). Nesse contexto, o debate sobre o custo dos direitos é tema em princípio descritivo, sem carga moral, uma vez que discute apenas o encargo financeiro decorrente do exercício do direito. Todavia, quando a questão dos direitos é institucionalizada, passa a ser objeto de uma leitura moral, que vai influenciar a definição dos critérios de alocação dos recursos públicos (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 147). Dessa forma, tanto na definição dos parâmetros jurídicos das escolhas da sociedade, como ocorre na definição constitucional dos direitos fundamentais, quanto na própria formulação das políticas públicas afloram critérios morais de eleição do que é prioritário em termos de políticas públicas.

O grande problema ocorre quando o leque das prioridades, moralmente falando, está em dissonância com a disponibilidade financeira, sob uma ótica descritiva. Segundo Holmes e Sunstein (1999, p. 229), os custos dos direitos costumam ser ignorados por se tratar de uma discussão incômoda tanto para os liberais, porque gera uma tendência restritiva de direitos, quanto para os conservadores, pois traz a lume o fato de que o Estado também gasta seus recursos para preservar direitos de caráter estritamente privado, como a propriedade, por exemplo.

Deve-se, portanto, desmistificar a ideia de que há direitos sem custo, passando-se a discutir em realidade os critérios de escolha do que é prioridade, tendo em vista a escassez dos recursos face à multiplicidade de demandas existentes.

Holmes e Sunstein (1999, p. 1203) propõem uma análise dos custos dos direitos a partir da convergência entre direitos, que são impregnados de carga moral e interesses, que são produtos de acordos, que culminam na elaboração de leis. Concretamente falando, os direitos findam por se materializar a partir de interesses mensurados pelo momento político ou por práticas judiciais.

Dessa forma, a difusa premissa moral dos direitos (fundamentais, caso se deseje adjetivar) adquire o caráter de interesse juridicamente protegido, a partir do momento em que a função legiferante e regulatória passa a dar concretude a eles, tornando-os operativos. Naturalmente, todo este balizamento alcançará os parâmetros objetivos da proteção do direito, tratado na condição de interesse jurídico, compreendendo um regime de competências e responsabilidades do poder público e também os mecanismos de custeio das estruturas administrativas necessárias para assegurar a sua efetividade. Sob a ótica da gestão orçamentária, os direitos representam custos administrativos, que serão arcados solidariamente pela sociedade por meio da tributação, uma vez que não é da natureza do Estado produzir riqueza.

Holmes e Sunstein (1999, p. 1210) reconhecem que, mesmo havendo custo para os direitos, há determinados tipos de limitação financeira que são inaceitáveis, pois afetam a própria existência do direito, devendo tal encargo ser assumido por toda a sociedade. Despesas relacionadas a processos eleitorais são indispensáveis para a garantia do Estado Democrático de Direito, sendo tal custo necessariamente repartido entre os contribuintes. Do mesmo modo, as providências administrativas exigidas para assegurar o exercício das liberdades de expressão, de manifestação e de reunião, tais como ordenação de áreas públicas, remanejamento de trânsito

de veículos e disponibilização de forças de segurança, geram despesas necessárias para o Estado, mas que são indispensáveis para que as liberdades possam ser exercidas na sua plenitude.

Em sua atuação, os tribunais não apenas vetam as ações de governo reputadas ilegais, mas também direcionam as ações lícitas das agências públicas (HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 1216). Assim, verifica-se que a atuação do Poder Judiciário finda por ser regulatória em diversas questões envolvendo direitos e não apenas voltada a coibir ilicitudes, principalmente naquelas situações em que a não implementação da política pública gera uma lesão a direito fundamental.

Sob outra perspectiva, Barroso (2009) destaca que, no campo da saúde, foi conferida ao Poder Executivo a competência para tomar decisões administrativas, visando otimizar a eficiência dos gastos públicos, por possuir uma visão global tanto dos recursos disponíveis, quanto das necessidades a serem supridas. Nesse sentido, surgem as críticas à atuação ativista do Judiciário, tendo em vista que suas decisões que determinam, por exemplo, a entrega gratuita de medicamentos especiais pelo Poder Público ou a internação de um paciente em leito particular conduzem a alteração do arranjo institucional e a desorganização da Administração Pública:

Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública (BARROSO, 2009, p. 25).

Desse modo, os argumentos de orçamento-realidade começaram a ser empregados em defesa dos gestores públicos no que toca as ações judiciais. Contudo, de acordo com Vanice Valle (2016), a resposta do Supremo Tribunal Federal a tais arguições é clara:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição, **encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial**.⁵ Sem grifos no original.

⁵ ARE 639337 AgR

Todavia, vale rememorar, em relação aos princípios norteadores do Sistema Único de Saúde, que acesso universal está relacionado ao acesso de todos ao sistema e não a todo e qualquer tratamento e/ou medicamento. Nesta toada, cabe mencionar trecho de voto proferido pelo Min. Dias Toffoli, em decisão de mérito na Repercussão Geral nº 579:

Embora os serviços de saúde públicos devam obedecer a esses princípios, isso não significa que o Estado deva fornecer todo tipo de serviço de saúde na forma pretendida pelos cidadãos. A cobertura deve ser, de fato, a mais ampla possível, **observando-se os elementos técnicos regulados pelo Estado e pela ciência, bem como os limites orçamentários estritos**; ou seja, os serviços devem ser reconhecidos como sendo adequados pelas autoridades científicas, médicas, farmacêuticas e administrativas (sanitárias), mas, também, não de ser prestados de acordo com a capacidade econômica do poder público, como já advertiram os juristas norte-americanos Stephen Holmes e Cass R. Sustein em sua aclamada obra *The Cost of Rights* (Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 14-15), sendo absolutamente lógico que **os direitos sejam garantidos por meio da prestação do serviço público onde haja verba orçamentária suficiente**. Sem grifos no original.

Nesse contexto, as despesas com as prestações do Sistema Único de Saúde são arcadas ordinariamente pelos tributos recolhidos dos contribuintes brasileiros, devendo-se, contudo, debater se o custo do referido sistema deve ser integralmente assumido pela sociedade ou se o princípio de solidariedade impõe também aos operadores privados da área da saúde a assunção de parte desse ônus. É exatamente esse o objeto da discussão do incidente de repercussão geral nº 345, recentemente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, e que será debatido no item a seguir.

V. REPERCUSSÃO GERAL Nº 345

Há que se analisar, neste momento, a decisão de mérito proferida nos autos do Recurso Extraordinário nº 597.064 do Rio de Janeiro, que fora admitido como incidente de repercussão geral nº 345. No caso, a Corte deliberou acerca da legalidade da cobrança aos planos de saúde,

a título de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, de despesas referentes a atendimentos prestados aos beneficiários destes pelas entidades, públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas pelo SUS, com fulcro no art. 32 da Lei nº 9.656/98.

A recorrente arguia a ilegalidade do dispositivo legal, sustentando, em suma, que a participação das operadoras privadas de plano de saúde é de caráter estritamente suplementar, dado que o dever primário de assegurar o acesso à saúde é atribuído aos entes federados⁶ e, também, que a imposição, às operadoras privadas, do dever de arcar com os custos dos atendimentos da rede pública interferiria na livre iniciativa privada para exercer atividades de saúde⁷.

Em contrarrazões, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) defendeu a norma como sendo medida política e social para que os planos de saúde cumprissem os contratos e não repassassem os custos do atendimento ao Estado, onerando ainda mais o serviço público.

Em seu voto, o Min. Relator Gilmar Mendes ponderou que, apesar de a atuação do Judiciário ser fundamental para o efetivo exercício da cidadania e para a realização do direito à saúde, “as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias”.

Desse modo, o Ministro introduz o argumento orçamento-realidade na tomada de decisão acerca da constitucionalidade da norma e, além, na interpretação do direito constitucional à saúde:

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

Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em

⁶ Art. 196 da CRFB/88

⁷ Art. 199 da CRFB/88

desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente.

Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, **só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível**. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada. Sem grifos no original.

Demais disso, ressalta que, embora o Sistema Único de Saúde seja de acesso gratuito a todos os cidadãos, o serviço é oneroso para o Estado e, portanto, não repassar os custos às empresas privadas contratualmente responsáveis pela assistência à saúde de seus beneficiários seria forma de financiamento estatal indireto a essas, o que é vedado pelo § 2º do art. 199, da Constituição Federal.

Torna-se evidente, portanto, que o postulado da igualdade não impede a diferenciação em relação ao custo final da prestação de serviço de uma pessoa que depende apenas do SUS e aquela que pode contar com o plano de saúde e, ainda assim, opte por realizar o tratamento no sistema; não podendo haver discriminação na prestação de serviços públicos mas sim no seu custo final.

Nesta toada, o Ministro esclarece que, a seu ver, o intuito de o Estado em possibilitar que empresas privadas, sob sua regulamentação, fiscalização e controle, prestassem paralelamente a assistência à saúde, de forma supletiva, foi o de compartilhar os ônus e riscos e otimizar o mandamento constitucional.

Assim, não haveria nova fonte de custeio da seguridade social, como fora mencionado pela recorrente, já que o ressarcimento tem uma natureza jurídica meramente indenizatória ao Estado, enquadrando-se no conceito de crédito não tributário, compreendido como receita originária do tipo corrente (art. 11, § 1º c/c § 4º, da Lei nº 4.320/64).

O Min. Alexandre de Moraes, ao proferir voto, acrescentou ainda a necessidade do dispositivo legal questionado, na perspectiva de realização da justiça social, tendo em vista o princípio da equidade que norteia o SUS, para que o esse não seja instrumentalizado em favor

da especulação lucrativa das operadoras de planos de saúde, mercantilizando o direito fundamental à saúde.

VI. CONCLUSÃO

Parece válido afirmar, portanto, que os princípios basilares do Sistema Único de Saúde (equidade, integralidade e universalidade), embora impeçam qualquer discriminação no atendimento gratuito ao paciente, não vedam que haja uma compensação financeira ao SUS por parte das operadoras privadas de planos de saúde, em relação as despesas efetuadas com os seus segurados. Em realidade, as garantias do art. 196 da Constituição Federal são dirigidas ao cidadão usuário dos serviços do SUS e não às operadoras privadas de planos de saúde, que se submetem ao parâmetros regulatórios da saúde suplementar em vigor no País, nos termos do art. 197 da Carta da República.

Sob o prisma do argumento do orçamento-realidade, ou da “reserva do possível”, encara-se que o intuito de o Estado em possibilitar a assistência suplementar à saúde, foi o de compartilhar os ônus e riscos e otimizar o mandamento constitucional, tendo o pagamento previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/98 caráter de ressarcimento, com natureza jurídica meramente indenizatória ao Poder Público, uma vez que o SUS depende ordinariamente de recursos públicos, provindos do pagamento de impostos por todos os cidadãos e, no atendimento a segurados de planos de saúde privados está na prática, assumindo encargo financeiro de prestação de saúde, que seria contratualmente de incumbência da operadora privada. Dentro do espírito solidarístico e cooperativo que norteia o sistema de saúde no Brasil, mostra-se perfeitamente razoável que aqueles que auferem lucros com a prestação de serviços de saúde suplementar tenham o encargo jurídico de ressarcir o SUS pelas despesas efetuadas com seus clientes, a exemplo do que já fazem com a sua respectiva rede conveniada ou aos seus próprios segurados, pessoalmente, dependendo do perfil do plano contratado.

Demais disso, vale ressaltar que o Supremo construiu interpretação de que o direito fundamental à saúde, constitucionalizado por meio do artigo 196 da Carta Maior, restringir-se-ia ao fornecimento das políticas sociais e econômicas formuladas pelo Poder Executivo para a promoção, proteção e recuperação da saúde, cabendo ao Judiciário, via de regra, somente o papel de fiscalizador acerca da implementação de políticas públicas adequadas na área,

interferindo, assim, de forma pontual e não-individualizada. Dessa forma, agiu acertadamente o STF, ao decidir pela constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/98, uma vez que o ressarcimento ao SUS por ele previsto se justifica tanto sob a ótica do “custo dos direitos”, uma vez que a medida se presta a impedir um enriquecimento sem causa das operadoras, que teriam seus segurados assistidos pelo SUS, deixando de efetuar despesas, mas ainda assim auferindo os ganhos derivados de suas mensalidades, restando aos contribuintes subsidiarem esse ganho do particular; quanto em relação à própria deferência às escolhas públicas, uma vez que a Corte de absteve de interferir em mecanismo de custeio do SUS, previsto em lei, a partir de um planejamento de despesas e receitas, que tinha como pressuposto que não apenas as receitas tributárias serviriam para financiar as atividades do Sistema, mas também o ressarcimento oriundo das operadoras privadas pelos atendimentos prestados aos seus segurados.

Pelo que se pode concluir, o fenômeno da judicialização é relevante não apenas quando o Poder Judiciário interfere na execução da política pública, criando obrigações para o Estado, mas também quando age com deferência às escolhas administrativas. No caso, o STF entendeu que os mecanismos de financiamento previstos na legislação do SUS decorreram de uma opção legislativa, inexistindo qualquer violação à ordem constitucional em vigor na repartição de tais encargos financeiros com as empresas do ramo da saúde suplementar quando seus segurados fizessem uso do Sistema Público.

REFERÊNCIAS

ASENSI, Felipe Dutra. *Indo além da Judicialização: o Ministério Público e a saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2010, Cap. 4.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. 2009.

_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol.5, nº 1, 2012, pp. 23-32.

BLIACHERIENE, Ana Carla; RUBIM, Thiago Freitas; SANTOS, José Sebastião dos. *Delimitação do sentido normativo dos princípios doutrinários do direito à saúde como*

parâmetro mitigador da judicialização das políticas públicas de saúde. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, n. 31, jan./fev. Belo Horizonte: 2017, pp. 66-82

CARVALHO, Ernani. *Em busca da judicialização da política no Brasil*: apontamentos para uma nova abordagem. Revista de Sociologia e Política, n.23. Curitiba, UFPR, 2004, pp. 115-126.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 1999, Capítulos 6 e 12.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York, London W.W. Norton & Company, 1999. Introduction, Chapters 2 and 6.

MACHADO, Gabriel Ducatti Lino. *O direito fundamental a serviços de saúde no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, v. 277, n. 2, maio/ago. Rio de Janeiro, 2018, pp. 75-106.

STF. *Recurso Extraordinário 597.064 Rio de Janeiro*: Inteiro Teor do Acórdão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14817081>>. Acesso em 02 ago 2019.

TATE, C. Neal, VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995, Part I.

TAYLOR, Matthew. *O Judiciário e as políticas públicas no Brasil*. In: Dados, vol. 50, n. 2, Rio de Janeiro, 2007, pp. 229-257.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial*. 2.ed. rev. ampl. atual., Belo Horizonte: Fórum, 2016, Capítulos 4 e 5.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, v.8. p 441-463, Jul-Dez de 2008.