



CONSIDERAÇÕES SOBRE O TEMA 1033 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DESAFIOS PARA O CUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS EM SAÚDE

*Considerations on Federal Court of Justice Theme 1033: Challenges in compliance
of judicial decisions in health*

Eduardo Carvalho* 

João Pedro Gebran Neto** 

Eduardo Perez Oliveira*** 

Resumo: O presente trabalho visa discutir o Tema 1033 do Supremo Tribunal Federal, julgado com repercussão geral, no Recurso Extraordinário 666.094 – Distrito Federal, que estabeleceu critérios para o ressarcimento dos serviços prestados por unidade privada em favor de paciente do Sistema Único de Saúde via ordem judicial. O desafio consistia em firmar modo razoável e proporcional para o ressarcimento dos serviços prestados pela unidade privada, superando a controvérsia sobre ser o montante arbitrado livremente pelo hospital privado *versus* o valor constante da tabela do Sistema Único de Saúde. Isso porque a Constituição Federal permite duas modalidades de execução de serviços de saúde por agentes privados, a complementar e a suplementar. Por isso, o Supremo Tribunal Federal adotou como critério de ressarcimento a multiplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento, valor de tabela do Sistema Único de Saúde. A aplicação da tese *ipsis litteris*, todavia, pode acarretar graves prejuízos à prestação dos serviços, devendo haver o *distinguishing*. A metodologia que será usada neste trabalho é a de um estudo de caso prático com o uso do *distinguishing* para se adequar de forma excepcional ao cumprimento das decisões judiciais em demandas de saúde pública. O *distinguishing* é a prática de não aplicar dado precedente vinculante por se reconhecer que a situação *sub judice* se encarta nos parâmetros de incidência do precedente, referindo-se a um princípio ou prática mediante a qual um tribunal identifica diferenças materiais entre os fatos de um caso em julgamento e os de um caso precedente, apesar de haver semelhanças superficiais.

Palavras-chave: judicialização da saúde; colisão de princípios constitucionais; repercussão geral; *distinguishing*.

* Mestrando em Segurança Pública, Direitos Humanos e Cidadania pela Universidade Estadual de Roraima. Mestrando em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins. Pós-graduado em Direito Processual Moderno pela Uniderp - Anhanguera. Graduado em Direito pela Universidade de Vila Velha e em Medicina pela Escola Superior de Ciências da Santa Casa. Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima.

** Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná. Pós-graduado em Ciências Penais e Processual Penal pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Saúde Baseada em Evidências pelo Centro Cochrane do Brasil e Hospital Sírio-Libanês Ensino e Pesquisa. Doutor *honoris causa* em Saúde pela Faculdade da Santa Casa de Misericórdia de Vitória/ES. Desembargador do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

*** Mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás. Pós-graduado em Processo Constitucional pela Universidade Federal de Goiás e em Filosofia pela Universidade Municipal de São Caetano do Sul. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás.

Submissão em: 11/12/2023 | Aprovação em: 11/03/2024 e 20/08/2024

Editora: Cristina Tereza Gaulia 



Abstract: The present work aims to discuss Theme 1033 of the Federal Supreme Court, judged as a general repercussion, in Extraordinary Appeal 666.094 – Federal District, in which it established criteria for reimbursement of services provided by a private unit in favor of patients in the Unified Health System due to compliance of court order. The challenge consisted of establishing a reasonable and proportional way to reimburse the services provided by the private unit, overcoming the controversy regarding the amount being freely arbitrated by the private hospital versus the value contained in the Unified Health System table. The constitutional density of the issue is refined on the following question: the Federal Constitution allows two types of health services to be carried out by private agents, namely: complementary and supplementary. Therefore, the Federal Supreme Court adopted as a reimbursement criterion the multiplication of the Reimbursement Valuation Index, stipulated at 1.5, by the value of the Unified Health System table. The application of the *ipsis litteris* thesis, however, can cause serious harm to the service provided to the population in regions with a lack of service providers, and there must be distinguishing according to the specific case. The methodology that will be used in this present work is that of a practical case study in which the distinguishing adopted also in Theme 1033, judged of general repercussion analyzed by the Federal Supreme Court, is used, to be granted in an exceptional way through (judicial injunction) access to healthcare for a patient at imminent risk of loss of human life. The term distinguishing according to legal literature occurs when the Court gives a decision that does not apply to the Court's jurisprudence, due to the fact that the case brought to the court has idiosyncrasies that do not conform to the consolidated jurisprudence, and, therefore, it is exceptional for the decision to be adopted in that specific case.

Keywords: healthcare judicialization; collision of constitutional principles; general repercussion; distinguishing.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal garante a prestação dos serviços de saúde a todos os brasileiros como dever do Estado¹, facultando-se à iniciativa privada a participação de forma complementar ao Sistema Único de Saúde². Portanto, as ações e os serviços de saúde pública devem ser prestados diretamente pelo SUS, observando-se a competência tripartite, e financiados com recursos da seguridade social, além de outras fontes de custeio. É permitido por meio de contrato de direito público ou convênio a prestação de forma indireta por meio da iniciativa privada, preferencialmente às instituições filantrópicas e sem fins lucrativos, vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

Com o advento da Carta Cidadã, mais de 70 milhões de pessoas passaram a ter direito ao atendimento pelo Sistema Único de Saúde e, hodiernamente, 152 milhões de pessoas têm no SUS o seu único acesso aos serviços de saúde. O direito à saúde passou a ser universal, integral e suportado pelo Estado brasileiro, independentemente de contraprestação. Com o ingresso maciço de novos

¹ Como bem definem os arts. 196 e 199, que apregoam o dever do Estado em garantir políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação.

² O art. 199 fala da vedação do Sistema Único de Saúde a custeio de auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

usuários e a ampliação significativa de serviços ofertados, houve a necessidade progressiva da participação da iniciativa privada para a concretização do direito fundamental à saúde, como observa Santos ao conceituar o *mix* público-privado na prestação dos serviços de saúde no Brasil. Dessa forma, este artigo tem como problema central a impossibilidade da aplicação literal da tese firmada quando do julgamento do Tema 1033 pelo Supremo Tribunal Federal, em que se discutiu se as despesas médicas do hospital particular que, por ordem judicial, prestou serviços em favor de paciente que não conseguiu vaga em unidade do Sistema Único de Saúde (SUS) devem ser pagas pela unidade federada pertinente segundo o preço arbitrado pelo prestador do serviço ou de acordo com a tabela do SUS. A Corte definiu que 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. Ocorre que o valor da tabela adotada pelo Sistema Único de Saúde, corrigida pelo IVR, é muito inferior aos valores aplicados na saúde suplementar e privada, tornando desinteressante aos prestadores de serviço a realização dos procedimentos médicos, agravando-se devido à baixa densidade demográfica de médicos e hospitais na Região Norte.

Inicialmente, na judicialização da saúde eram deferidas liminares para o fornecimento de tecnologias, leitos e procedimentos sob pena de multa e prisão do gestor público, condição que se mostrou ineficaz, pois o seu descumprimento se dava não por ato voluntário, mas sim pela escassez de recursos materiais e humanos no SUS. A relevância do tema levou o Conselho Nacional de Justiça a editar a Recomendação n. 146, de 28 de novembro de 2023, dispondo sobre estratégias para o cumprimento adequado das decisões judiciais nas demandas de saúde pública, coibindo a decretação de prisão ou fixação de multas pessoais aos gestores públicos. Antes da recomendação, em face das dificuldades em obter o cumprimento das decisões diretamente pelo poder público ou pela rede de saúde complementar, as ordens judiciais passaram a determinar a prestação dos serviços de saúde pela rede privada aos beneficiários do SUS, fato que elevou a efetividade dessas determinações, mas aumentou a dependência funcional do SUS à participação da rede suplementar e o surgimento de celeuma quanto à remuneração pelos serviços prestados.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal editou o Tema 1033, com repercussão geral, sobre a justa remuneração dos prestadores particulares, ponderando princípios constitucionais, como a livre iniciativa, garantia da propriedade privada, relevância pública do direito material e preservação do erário, optando por fixar como contraprestação razoável a tabela SUS corrigida pelo Índice de Valoração de Ressarcimento (IVR)³, que representaria um meio termo em relação aos valores pagos

³ Índice de Valoração do Ressarcimento – IVR está previsto na Resolução Normativa ANS nº 504, de 30 de março de 2002.

pelo SUS para a sua rede complementar e aos valores cobrados pela iniciativa privada, a chamada tarifa de balcão. No entanto, demonstraremos que a aplicação do julgado de forma isonômica em todas as regiões do país pode desestimular a prestação desses serviços e ações de saúde pela rede privada, comprometendo ainda mais o atendimento integral das camadas mais necessitadas da população.

Com base nessa contextualização inicial, este artigo procura apresentar estudo de caso em que o paciente precisa de atendimento urgente, no caso em tela, de procedimento cirúrgico, a fim de atenuar, aliviar sofrimento, de forma a aumentar a sua vida e autonomia. Para isso, requer do Estado a realização da cirurgia que o auxiliará em sua melhora de vida. Para tanto, usar-se-á a jurisprudência do Tema 1033 do Supremo Tribunal Federal para dar embasamento à decisão judicial do estudo de caso apresentado. Além disso, far-se-á uso do *distinguishing*, que é aplicado na literatura do Direito para se afastar um precedente vinculante de forma excepcional quando um tribunal identifica diferenças materiais entre os fatos de um caso em julgamento e os de um caso precedente, apesar de haver semelhanças superficiais, e que, por essa excepcionalidade, aplicada será uma decisão judicial permitindo sua execução. Por isso, a metodologia é o estudo de caso, no uso do *distinguishing*, além do Tema 1033 do Supremo Tribunal Federal, em que se discute tal procedimento dos tribunais em casos de excepcionalidade.

O Poder Judiciário, ao determinar que a iniciativa privada execute ações e serviços públicos de saúde que constitucionalmente são de competência do Estado brasileiro, com remuneração bem inferior à saúde suplementar e privada, pode levar ao enriquecimento sem causa do Estado, bem como desestimular o fomento de iniciativa para o fortalecimento da oferta própria desses serviços, como a contratação de profissionais de saúde e a construção e melhorias da rede hospitalar própria, dificultando o acesso aos serviços de saúde de forma universal e igualitária à rede do Sistema Único de Saúde. A substituição da remuneração desses serviços pela tabela CBHPM, que reflete melhor os valores de serviços médicos praticados na iniciativa privada, pode levar o Estado a repensar suas políticas públicas de ampliação do acesso às ações de saúde, que podem beneficiar mais pessoas no país.

Diante disso, este artigo busca resposta à seguinte pergunta: é possível utilizar o *distinguishing* para afastar de forma pontual o decidido no Tema 1033 tratado pelo Supremo Tribunal Federal?

1 DO SISTEMA DE SAÚDE E A RELAÇÃO PÚBLICO-PRIVADA

Conforme Dantas (2020), a Constituição Federal de 1988 ampliou os direitos sociais sem a devida previsão de custeio e autorizou o Ministério Público a buscar a tutela coletiva desses direitos, facilitando o acesso à Justiça e contribuindo para o aumento da judicialização da saúde:

Com a afirmação do Estado social, inúmeras expectativas materiais transformaram-se em autênticas pretensões jurídicas. No Brasil, especialmente ao longo da década de 80, tanto a Constituição de 1988 quanto a legislação infraconstitucional caminharam nessa mesma direção. Ainda que tardiamente, nem bem terminado o trabalho da Assembleia Nacional Constituinte, recrudesciu a discussão sobre a “crise do Estado” e, no seu bojo, o debate sobre a intervenção no domínio econômico, a carga tributária e, em última análise, a viabilidade do sistema compensatório e redistributivo nacional.

O princípio do atendimento integral, previsto no art.198, II, da Constituição Federal, e art.7º, II, da Lei n. 8.080/90, garante aos usuários do SUS o atendimento nos diferentes níveis de complexidade nas redes primária, secundária e terciária de atenção à saúde, estabelecidos pela Portaria 4.279 de 30 de dezembro de 2010. De acordo com Gonçalves (2014), na atenção primária, funcionam as Unidades Básicas de Saúde (UBS), realizando ações e atendimentos voltados à prevenção e promoção à saúde como exames e consultas de rotina com equipes multiprofissionais e profissionais especializados em saúde da família. A atenção secundária (média complexidade) é composta por serviços especializados encontrados em hospitais e ambulatórios e envolve atendimento direcionado para as especialidades médicas, englobando as Unidades de Pronto Atendimento (UPA 24h) e o Serviço de Atendimento Móvel de Urgência (SAMU 192). A atenção terciária diz respeito a hospitais gerais de grande porte, hospitais universitários, Santas Casas e unidades de ensino e pesquisa que fazem parte do nível de alta complexidade da atenção especializada, são locais com leitos de UTI, centros cirúrgicos grandes e complexos, envolvendo procedimentos que demandam alta tecnologia, como os oncológicos, cardiovasculares e transplantes.

Por sua especificidade e complexidade das atividades realizadas, o maior gargalo do SUS em prestar de forma direta os serviços de saúde está na atenção terciária, agravado com os elevados custos para aquisição e manutenção dos equipamentos e da necessidade de profissionais altamente especializados. Esse quadro se agrava em face de alguns estados e municípios com menores orçamentos e maiores dificuldades de acesso à rede de atenção em saúde. A alternativa é socorrer-se das instituições privadas de saúde, por vezes fora do domicílio do paciente-consumidor.

A Constituição Federal permite três modalidades de execução de serviços de saúde por agentes privados: a **complementar**, a **suplementar** e a **estritamente privada**.

A **complementar** designa ações e serviços de saúde que a unidade privada pratica mediante convênio com o poder público, e sujeitando-se às regras do SUS. Funciona como linha

auxiliar direta de prestação pública do serviço, mediante convênio entre as partes, esse acordo configura-se como ato de natureza negocial⁴.

A **suplementar** abrange atividades de entes privados no âmbito da saúde que não guardam correlação com o poder público, sujeitando-se somente à regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). A saúde suplementar é regida pela Lei n. 9.656/1998 – Lei dos Planos de Saúde – e, também, pela Lei n. 9.661/2000 – lei que instituiu a ANS.

A **estritamente privada** refere-se à previsão do *caput* do art. 199, da Constituição Federal, que autoriza a prestação de serviços de saúde, dentro dos marcos legais, de caráter exclusivamente privado, numa relação direta de contratação dos serviços entre o usuário/paciente e o prestador do serviço. Apenas a chamada de saúde complementar integra o SUS.

Essas três modalidades, consoante lição de Santos (2013), acarretam três formas de imbricamento público-privado no campo da prestação dos serviços de saúde:

a) A primeira, quando a compra e a venda de serviços de saúde se dão entre o poder público e os prestadores privados complementares, mediante convênio ou contratos (saúde complementar).

b) A segunda, quando os prestadores privados ocupam dupla função: prestam serviços às operadoras privadas de assistência à saúde e, paralelamente, vendem também serviços ao poder público (SUS), a exemplo do médico que atende em ambulatório do SUS e mantém em consultório particular os clientes de um plano de saúde (saúde suplementar).

c) A terceira forma de imbricamento ocorre pelo pagamento privado direto de empresas e indivíduos a prestadores privados de serviços de saúde, como o médico que atende em seu consultório clientes do plano de saúde e pacientes sem vínculo com o SUS ou plano de saúde, oportunidade em que pode impor de forma unilateral o preço de seu serviço (saúde exclusivamente privada).

A Portaria n. 1.034, de 05 de maio de 2010, do Ministério da Saúde, dispõe sobre a participação complementar das instituições privadas com ou sem fins lucrativos de assistência à saúde no âmbito do SUS. Dentre os requisitos, estão a disponibilidade insuficiente para garantir a cobertura assistencial à população de forma direta e a impossibilidade de ampliação dos serviços públicos de saúde. Nesses casos, será possível a formalização mediante contrato ou convênio, celebrado entre o ente público e a instituição privada, sendo o instrumento firmado por meio de convênio quando se tratar de instituição privada sem fins lucrativos, e por contrato administrativo, em caso de instituições privadas com ou sem fins lucrativos, com preferência às entidades filantrópicas e às sem fins lucrativos e, por fim, a remuneração pela Tabela de Procedimentos SUS.

⁴ Art. 199.

A saúde suplementar é regulamentada pela Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1988, dispondo sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde subordinados às normas e à fiscalização da ANS. Essas entidades privadas captam clientes no mercado e, mediante o pagamento de uma mensalidade, ofertam serviços de saúde constantes do rol de procedimentos e serviços da ANS por meio de sua rede credenciada de médicos e hospitais, remunerando-os com base em uma tabela preestabelecida (CBHPM/TUSS). Esse credenciamento é feito mediante ato negocial e voluntário.

Por fim, a relação exclusivamente privada é regulada pelo Código Civil, pelo Código de Defesa do Consumidor e demais regras específicas que regulam a atividade médica.

2 DO TEMA 1033 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Embora haja razoável delimitação sobre a relação público-privada no sistema de saúde, inclusive o financiamento e os valores objeto da contraprestação dos serviços, o fenômeno da judicialização da saúde trouxe nova controvérsia quando os serviços são prestados por particulares, em decorrência de ordens judiciais. Tal matéria foi levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 666094, quando foi afetado à repercussão geral com a seguinte descrição:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 5º, caput; 196 e 199, § 1º, da Constituição Federal, se as despesas médicas do hospital particular que, por ordem judicial, prestou serviços em favor de paciente que não conseguiu vaga em unidade do Sistema Único de Saúde (SUS) devem ser pagas pela unidade federada pertinente segundo o preço arbitrado pelo prestador do serviço ou de acordo com a tabela do SUS (Brasil, 2022).

Por ocasião do julgamento, foi amplamente debatida a **natureza jurídica do serviço prestado** por entidade privada, sendo mencionado o termo “**dois extremos**” em relação ao valor dos serviços “comprados”: **tabela do SUS ou livre fixação de preço pela instituição privada**. De um lado, quando o juiz determina que a entidade privada preste esse serviço de saúde, **não há ato negocial** ou voluntário de adesão ao Sistema Único de Saúde. De outro lado, a Constituição impõe regime específico de contratação e remuneração da rede complementar de saúde. A imposição de ressarcimento a um agente que foi compelido a suprir falha de atendimento do poder público pelos valores determinados pelo SUS representa restrição à livre iniciativa. Trata-se de um ato de intervenção do Estado na propriedade privada.

A ementa do julgado bem delimita a controvérsia que deu origem ao Tema 1033 assentado, em forma de repercussão geral:

DIREITO CONSTITUCIONAL E SANITÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSSIBILIDADE DE ATENDIMENTO PELO SUS. RESSARCIMENTO DE UNIDADE PRIVADA DE SAÚDE.

1. Em razão da ausência de vaga na rede pública, decisão judicial determinou o atendimento de paciente em hospital privado, às expensas do Poder Público. Discute-se, no presente processo, o critério a ser utilizado para esse ressarcimento.
2. O acórdão recorrido fixou o reembolso no montante cobrado pelo estabelecimento hospitalar privado, que considerou ser o valor praticado no mercado. O Distrito Federal, por sua vez, postula no presente recurso que o valor do ressarcimento tenha como limite a Tabela do SUS.
3. A Constituição admite duas modalidades de execução de serviços de saúde por agentes privados: a complementar e a suplementar. A saúde complementar designa ações e serviços de saúde que a entidade privada pratica mediante convênio com o Poder Público e sujeitando-se às regras do SUS.
4. A saúde suplementar, por sua vez, abrange atividades de profissionais de saúde, clínicas, hospitais particulares e operadoras de planos de saúde que não têm uma relação negocial com o Poder Público, sujeitando-se, apenas, à regulação da Agência Nacional de Saúde – ANS.
5. O ressarcimento, segundo as diretrizes e valores do SUS, a um agente privado que não aderiu ao sistema público pela celebração de convênio, viola a livre iniciativa (CF, art. 170, caput) e a garantia de propriedade privada (CF, arts. 5º, XXII e 170, II). Por outro lado, a execução privada do serviço de saúde não afasta sua relevância pública (CF, art. 177).
6. Diante disso, 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, tal critério era a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos – TUNEP. Após, 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 – IVR.
7. Os valores de referência constantes da TUNEP, bem como o IVR multiplicador da Tabela do SUS, são fixados pela ANS, que tem o dever de atuar como árbitro imparcial do sistema. Naturalmente, sempre poderá ser feita uma avaliação da existência efetiva e razoabilidade dos tratamentos adotados.
8. Recurso extraordinário provido em parte, com a fixação da seguinte tese de julgamento: **“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”** (Brasil, 2022, negritos não constantes no original).

Do voto condutor, destaca-se o seguinte esclarecimento:

[...] É aqui que se encontra o fundamento da inconstitucionalidade da subordinação de um agente privado ao regime reservado à **rede complementar** de saúde, nos casos em que a sua atuação foi imposta por ordem judicial para o atendimento de paciente do Sistema Público. A participação de instituições privadas no SUS, por indicação expressa do art. 199, § 1º, da Constituição Federal, pressupõe um ato negocial (pág. 33). [...] o ressarcimento pela “Tabela SUS” não se conforma ao regime da livre iniciativa e à garantia de propriedade privada, porque impõe critérios contratuais de pagamento que não tiveram a adesão do agente privado; (ii) o regime contratual da rede complementar de saúde pressupõe ato negocial inexistente nos casos de tomada forçada de serviço privado; e (iii) a requisição de serviço privado deve ser indenizada pelo Estado (Brasil, 2022, p. 34);

Qual seria, então, o critério justo para remuneração da instituição privada?

Diante desse cenário, nasce o **acerto** da decisão articulada, reconhecendo que se faz necessário realizar a ponderação dos direitos em colisão, sob a perspectiva constitucional (art. 170) de que a livre-iniciativa, em geral, constitui um dos fundamentos da ordem econômica e, de modo

especial, a abertura à iniciativa privada da assistência à saúde (art. 199, CF/1988). Porém, **ela não é um princípio absoluto**, devendo ser considerada a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, CF/1988) e, em matéria de saúde, deve ser temperada com o impedimento de transferência de recursos estatais às instituições com finalidades lucrativas (art. 199, § 2º, CF/1988) e a **fundamentalidade material desse direito**, levando-se em conta os limites razoáveis da capacidade orçamentária do Estado.

Por consequência, o critério adotado pelo Tema 1.033 não foi o fixado unilateralmente pelo Estado (Tabela SUS) ou o livremente arbitrado pela empresa privada.

A regra firmada pela Corte Suprema corresponde à mesma lógica segundo a qual as operadoras de planos de saúde privados promovem o ressarcimento em favor do SUS, quando hospital público ou conveniado atender consumidor ou contratante de plano privado de saúde, conforme o disposto no art. 32, § 8º, da Lei n. 9.656, de 1998⁵.

Em outros termos, alguém que seja beneficiário de um plano de saúde, quando atendido pela **rede pública de saúde**, seja em hospital público, seja em rede conveniada, o **plano de saúde deverá reembolsar ao SUS** segundo os valores fixados na portaria ANS, com a incidência do IVR (Índice de Valoração de Ressarcimento).

A agência reguladora, portanto, exerce o papel fundamental ao sopesar os interesses da saúde pública, dos consumidores e das empresas privadas que atuam nessa área, que igualmente impactará o reembolso a ser feito pelo Estado à iniciativa privada, quando utilizado esse serviço. O valor do ressarcimento resulta da multiplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento – IVR, estipulado em 1,5, pelo valor lançado no documento do SUS de referência (Tabela SUS), nos termos da Resolução Normativa ANS n. 504/2022.

No voto condutor do acórdão, assinalou-se ainda:

Assim sendo, parece razoável que a referência de ressarcimento para o sistema público por serviço prestado em favor de beneficiários da saúde suplementar também seja utilizada como limite máximo para a indenização por requisição de serviço em favor do Estado. A utilização da TUNEP ou da “Tabela SUS” combinada com as regras de valoração do SUS e com o Índice de Valoração do Ressarcimento – IVR como vias de mão dupla assegura a justiça isonômica dos critérios de indenização. **Consigno, porém, que tais critérios são aqui aplicados por analogia, em razão da existência de uma lacuna normativa no tratamento da matéria. Daí porque nada impede que o legislador venha a estabelecer outros procedimentos e parâmetros para a apuração do valor indenizatório**, os quais devem possibilitar a sua adequada estimativa à luz da realidade do segmento, sem deixar de atender

⁵ 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, 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.

§ 8º Os valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei. (Incluído pela Medida Provisória n. 2.177-44, de 2001).

ao interesse público que permeia a atividade de prestação de serviços de saúde (Brasil, 2022, p. 39)

Da leitura do voto, resta cristalino o juízo provisório que se fazia diante da omissão legislativa, que era regular de modo específico a indenização estatal frente à imposição ao particular da realização de serviço público de saúde, por força de ordem judicial.

A solução empregada, todavia, permite algumas reflexões de ordem prática.

2.1 Da realidade prática

Em termos concretos e práticos, um estabelecimento hospitalar, pertencente a uma operadora de saúde suplementar, por exemplo, que possui rede própria de médicos credenciados e cartela de clientes captados no mercado, é remunerado mediante mensalidades pagas pelos consumidores e os serviços que são prestados, numa relação contratual trilateral (hospital, operadora e consumidor).

Em regra, essa relação jurídica está submetida aos comandos da Lei n. 9.656/1998, caracterizando a segunda forma de imbricamento público-privado referido por Santos (2013). Já quando atende a um paciente que não seja de sua cartela de clientes, não está sujeita a essas restrições financeiras do pactuado entre hospital e operadora, sendo livre para arbitrar o valor da contraprestação de seus serviços, encaixando-se na terceira forma de imbricamento, nas lições de Santos (2013).

Todavia, quando há determinação judicial, nenhum dos dois modos de remuneração (segundo a tabela da saúde suplementar ou livre pactuação) está presente. Nem a iniciativa privada contratou com o paciente ou com o Estado o serviço prestado e sua remuneração, nem o Estado está obrigado a pagar valores aleatoriamente fixados, segundo regras de mercado, pela instituição privada, como bem pontuado pelo Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2022).

Para fugir a esses extremos, ao Supremo Tribunal Federal restaram duas alternativas: (i) determinar que o ressarcimento fosse nos mesmos valores que as operadoras de plano de saúde remuneram os seus prestadores quando atendem à sua rede credenciada (por exemplo, a CBHPM⁶/TUSS); ou (ii) aplicar de forma analógica o art. 32 da Lei n. 9.656, de 1998 c/c Resolução Normativa ANS n. 504/2022, que determina o reembolso ao SUS pelas entidades que atuam na rede suplementar quando atendem à sua clientela pela Tabela SUS corrigida pelo IVR, prevalecendo essa última opção.

Não restam dúvidas de que a solução aviada pelo Supremo Tribunal Federal foge dos extremos e se traduz em ressarcimento melhor à iniciativa privada, todavia, em muitos casos pode estar distante dos valores praticados na realidade.

⁶ A Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM) é uma tabela feita pela Associação Médica Brasileira (AMB) em conjunto com as companhias de especialidades médicas, e reconhecida pela ANS, padronizando o valor dos honorários e despesas pagas pelos convênios de saúde aos profissionais da medicina.

Isso porque a Tabela SUS está defasada há tempos, implicando desequilíbrio entre o custo do serviço/procedimento e o ressarcimento, mesmo quando aplicada a correção pelo IVR. Não raras vezes sequer cobre os custos dos procedimentos hospitalares ou remunera de forma digna o profissional de saúde, ocasionando o enriquecimento sem causa da administração pública. Lado outro, permitir que o hospital arbitre livremente o valor de forma unilateral viola princípios de direito público, como o da licitação, do lucro abusivo, com potencial surgimento de demandas predatórias, além de colocar em risco as políticas públicas universais predeterminadas pelos gestores da comissão tripartite devido à realocação de recursos por meio de decisões judiciais.

O sensível equilíbrio entre os extremos estaria mais bem representado com a utilização da tabela da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM), tanto para o ressarcimento dos planos de saúde ao SUS quanto para o pagamento às instituições privadas que cumprem ordens por determinação judicial.

Alguns estudos bem representam aquilo que se está a expor, conforme veremos.

Neste sentido, Casonato e Albuquerque (2022) realizaram coleta com base nas informações financeiras sobre as receitas e o faturamento do Hospital Universitário da Universidade Federal de São Carlos entre os anos de 2017 a 2020, comparando os valores dos procedimentos realizados pelo hospital nesse período referenciados pela Tabela SUS com os valores que seriam obtidos segundo o mercado (planos de saúde) com base na Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM) para os mesmos serviços.

Concluiu-se que há grande diferença entre os valores do SUS e os praticados pelo mercado (saúde suplementar) tanto nos procedimentos ambulatoriais quanto em internação, com variação em mais de 10 vezes, como se infere da Tabela 3, a seguir, no ano de 2022:

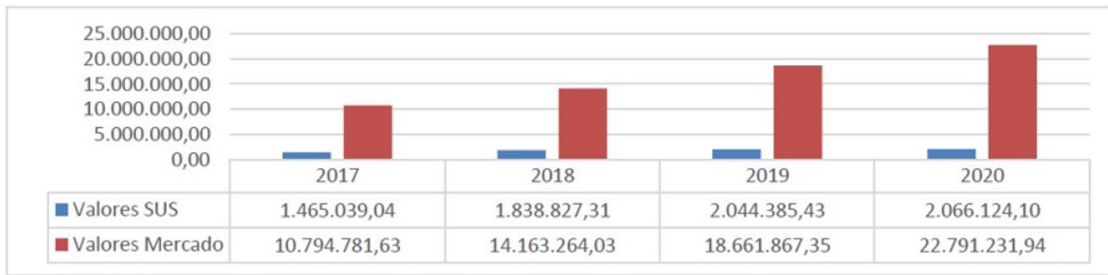
Tabela 1 – Conversão de Valores SUS para Valores de mercado

	Procedimentos Ambulatoriais		Procedimentos de Internação		Total	
	SUS	MERCADO	SUS	MERCADO	SUS	MERCADO
2017	859.307,78	6.330.542,25	605.731,26	4.464.239,39	1.465.039,04	10.794.781,63
2018	976.789,12	7.525.569,96	862.038,19	6.637.694,06	1.838.827,31	14.163.264,03
2019	1.219.069,31	11.126.731,17	825.316,12	7.535.136,18	2.044.385,43	18.661.867,35
2020	613.601,80	6.769.910,97	1.452.522,30	16.021.320,97	2.066.124,10	22.791.231,94
Total	3.668.768,01	31.752.754,35	3.745.607,87	34.658.390,60	7.414.375,88	66.411.144,95

Fonte: elaborada pelos autores.

O Gráfico 1 a seguir bem representa a desproporção se comparados os valores ano a ano.

Gráfico 1 – Comparação entre os valores SUS e os valores mercado



Fonte: Casonato; Albuquerque (2022).

Ainda, a título exemplificativo, em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, houve a apresentação da variação de orçamentos realizados com base na Tabela SUS, corrigida pelo IVR, CBHPM e Tabela referencial de serviços hospitalares.

2.1.1 Cirurgia de reparo de lesão completa de manguito rotador em ambos os ombros

a) Orçamento tarifa de balcão

Figura 1 – Orçamento de tarifa de balcão

ORÇAMENTO

HONORÁRIOS MÉDICOSR\$76.000,00

HOSPITAL (+TAXA ADMINISTRATIVA) :.....R\$11.520,00

TOTAL.....R\$87.520,00

CUSTO APROXIMADO DA CIRURGIA: R\$87.520,00 (oitenta e sete mil, quinhentos e vinte reais)

Fonte: elaborada pelos autores.

b) Honorários médicos na tabela SUS

Para o mesmo procedimento, a tabela SUS apresenta os valores de honorários médicos de R\$ 190,86, já para a remuneração dos serviços hospitalares, é de R\$ 232,65.

Figura 2 – Procedimentos e valores segundo a tabela SUS

Procedimento	
Procedimento: 04.08.01.014-2 - REPARO DE ROTURA DO MANGUITO ROTADOR (INCLUI PROCEDIMENTOS DESCOMPRESSIVOS)	
Grupo:	04 - Procedimentos cirúrgicos
Sub-Grupo:	08 - Cirurgia do sistema osteomuscular
Forma de Organização:	01 - Cintura escapular
Competência:	11/2023 Histórico de alterações
Modalidade de Atendimento:	Hospitalar Hospital Dia
Complexidade:	Média Complexidade
Financiamento:	Média e Alta Complexidade (MAC)
Sub-Tipo de Financiamento:	
Instrumento de Registro:	AIH (Proc. Principal)
Sexo:	Ambos
Média de Permanência:	2
Tempo de Permanência:	
Quantidade Máxima:	1
Idade Mínima:	20 anos
Idade Máxima:	80 anos
Pontos:	150
Atributos Complementares:	Inclui valor da anestesia Admite permanência à maior Permite Informação de Equipe Cirúrgica
Valores	
Serviço Ambulatorial:	R\$ 0,00
Serviço Hospitalar:	R\$ 232,65
Total Ambulatorial:	R\$ 0,00
Serviço Profissional:	R\$ 190,86
Total Hospitalar:	R\$ 423,51

Fonte: elaborada pelos autores.

c) Tabela SUS corrigida pelo IVR (1,5)

A tabela SUS corrigida pelo IVR, adotada pelo Tema 1033, representaria a soma desses valores; com a aplicação do IVR de 1,5 (vezes), chegamos ao valor global de R\$ 285,29.

d) Tabela CBHPM para honorários médicos

A tabela CBHPM 2018 com a valoração dos portes atualizados para 2023 apresenta os seguintes valores para o mesmo procedimento médico:

Tabela 2 – Procedimentos cirúrgicos e invasivos

PROCEDIMENTOS CIRÚRGICOS E INVASIVOS		3.07.00.00-0			
SISTEMA MÚSCULO-ESQUELÉTICO E ARTICULAÇÕES		3.07.35.00-9			
Código	Procedimento	Porte	Custo Oper.	Nº de Aux.	Porte Anest.
PROCEDIMENTOS VIDEOARTROSCÓPICOS DE OMBRO 3.07.35.00-9					
3.07.35.03-3	Acromioplastia	9C	33,800	1	5
3.07.35.10-6	Capsulotomia	10C	-	2	5
3.07.35.11-4	Cobertura do defeito de Hill-Sachs (cirurgia de Remplissage)	10C	-	2	5
3.07.35.12-2	Drenagem tendinite calcária	9A	-	1	5
3.07.35.13-0	Fraturas da glenoide	10C	-	2	5
3.07.35.14-9	Fraturas da parte proximal do úmero	10C	-	2	5
3.07.35.05-0	Instabilidade glenoumeral, por via artroscópica	10C	38,500	2	6
3.07.35.07-6	Instabilidade multidirecional	10C	38,500	2	6
3.07.35.15-7	Neurólise	11A	-	2	5
3.07.35.04-1	Lesão labral	10C	38,500	2	6
3.07.35.16-5	Osteocondroplastia	10A	-	2	5
3.07.35.17-3	Osteoplastia escapular artroscópica	10A	-	2	5
3.07.35.18-1	Reparo artroscópico da ruptura manguito rotador (2 tendões)	11A	-	2	6
3.07.35.19-0	Reparo artroscópico da ruptura manguito rotador (3 tendões)	11B	-	2	6

Fonte: elaborada pelos autores.

Tabela 3 – Porte anestésico e Anestesia local

Porte anestésico	
0	Anestesia local
1	3A
2	3C
3	4C
4	6B
5	7C
6	9B
7	10C
8	12A

Fonte: elaborada pelos autores

Tabela 4 – Valores de serviços 11B e 9B

11B	R\$ 2.256,60	R\$ 2.695,36	R\$ 3.573,10	R\$ 4.460,07
9B	R\$ 1.367,08	R\$ 1.793,64	R\$ 2.646,87	R\$ 3.514,84

Fonte: elaborada pelos autores.

Portanto, o valor a título de honorários médicos compreendendo o cirurgião principal, dois auxiliares e um anesthesiologista pode variar entre **R\$ 5.880,28** (2.256,60 + [1353,96 + 902,64] + 1367,08) e **R\$ 12.434,91** (4.460,07 + [2.676 + 1.784] + 3.514,84).

2.1.2 Quanto aos serviços hospitalares

A tabela SUS apresenta como valores de remuneração para os procedimentos de reparo de rotura do manguito a quantia de R\$ 232,65.

Tabela SUS corrigida pelo IVR (1,5): Aplicando-se literalmente o Tema 1.033 do STF, com a soma desse valor e a aplicação do IVR de 1,5, chegamos ao valor global de R\$ 471,51.

Por fim, a título de comparação, segue a Tabela de Remuneração utilizada pelo estado da Bahia para remunerar a rede privada credenciada que atende aos seus servidores públicos. Utilizamos como referencial a remuneração que a Planserv⁷ paga aos hospitais com valores atualizados para o ano de 2022⁸:

Tabela 5 – Valores de procedimentos por classes

ARTROSCOPIA DE OMBRO COM RECONSTRUÇÃO DOS LIGAMENTOS E/OU MANGUITO E/OU GLENOIDE – UNIDADE HOSPITALAR						
SEGMENTO DA CONTA	Classe F	Classe E	Classe D	Classe C	Classe B	Classe A
Parte Hospitalar	6.741,77	6.999,77	7.010,37	7.174,77	7.306,37	8.408,54
Honorários Médicos da Equipe	1.518,56	1.518,56	1.518,56	1.518,56	1.518,56	1.518,56
Honorários do Anesthesiologista	CONSULTAR O VR DA ESPECIALIDADE					

Fonte: elaborada pelos autores.

⁷ Planserv se refere a um plano de saúde da Bahia, por isso, para fins de comparação utilizaram-se os dados abertos deles como padrão aqui para Roraima.

⁸ https://pv-strapi-api-live.maida.health/uploads/PACOTE_ORTOPEDIA_AGOSTO_2022_1_a9d217cb76.pdf.

Destarte, os valores podem variar de R\$ 6.741,77 a R\$ 8.408,54 a depender da classificação do hospital.

2.1.3 Síntese comparativa de valores

Os valores cobrados no balcão do hospital para realização das cirurgias em ambos os membros foram de **R\$ 76.000,00** em honorários médicos e, para remunerar o hospital, de **R\$ 11.520,00**. Já os valores com referência da Tabela SUS corrigida pelo IVR foram **R\$ 570,58** e **R\$ 943,02**.

Aplicando as tabelas de remuneração utilizadas pelos planos e seguros de saúde, os valores para honorários médicos (tabela CBHPM 2018) variam entre **R\$ 5.880,28** e **R\$ 12.434,91** e, para remunerar o hospital, entre **R\$ 11.760,56** e **R\$ 24.869,82**.

Destarte, concluímos que, ao aplicarmos o Tema 1033 do STF, os valores pagos à iniciativa privada para o cumprimento da decisão judicial correspondem entre 4,5% e 10% dos honorários médicos pagos pela saúde suplementar e entre 4% e 8% para serviços hospitalares. Comparando-se com a tarifa de balcão de hospital, a proporção para os honorários médicos é de 0,7% e, para serviços hospitalares, de 8%.

Há grande discrepância entre os valores cobrados com base na tarifa de balcão, que pode ensejar a multiplicação de demandas predatórias e um estímulo para os profissionais de saúde se descredenciarem do SUS, para que os procedimentos sejam realizados por meio da judicialização da saúde.

Também há desproporcionalidade na adoção da tabela SUS, sobretudo quando corrigida pelo IVR, porquanto seus valores, em geral, são bastante abaixo dos praticados no mercado, segundo a tabela CBHPM.

De qualquer modo, há que se ter presente a finitude dos recursos e a gestão orçamentária, sendo certo que a intervenção judicial pode comprometer o planejamento estratégico dos gestores públicos pela realocação de recursos do orçamento com prejuízos à política coletiva de saúde.

De acordo com Vieira (2020, p. 8):

Isso remete aos aspectos econômicos que precisam ser considerados. Faz-se necessário garantir os recursos financeiros e o uso eficiente desses recursos em todo o território nacional, o que é algo muito desafiador para uma Federação com o tamanho e a complexidade da brasileira. No tocante ao financiamento da saúde, o esforço de alocação de recursos precisa ocorrer por parte de cada ente nas três esferas de governo. O montante alocado ao setor, para além do piso definido constitucionalmente, depende basicamente da capacidade de arrecadação de cada ente, da sua gestão fiscal e de vontade política. Em relação ao uso dos recursos, a gestão descentralizada do Sistema Único de Saúde (SUS) e as responsabilidades solidárias em matéria de saúde demandam empenho na coordenação do sistema e alocação

equitativa dos recursos, assim como a otimização da aplicação desses recursos por todos os entes federativos. Ademais, é sempre importante lembrar que a capacidade de alocação de recursos do Estado para qualquer área está limitada ao pagamento de tributos pela sociedade e que, por mais eficiente que seja a aplicação dos recursos pelo Estado, esses são considerados escassos diante das diversas necessidades em termos de oferta de serviços públicos demandados por essa mesma sociedade.

Para Daniel Wang (2014, p. 124)

Além do mais, é preciso olhar não só para quem ganha, mas também para quem perde com determinada forma de alocar recursos. Não é irrazoável afirmar que a grande quantidade de recursos da saúde gasta para cumprir as decisões judiciais não pode ser alocada sem afetar outras políticas de saúde que, por sua vez, também protegem o que seria o mínimo existencial de outros cidadãos.

Lado outro, a remuneração da iniciativa privada pela Tabela SUS corrigida pelo IVR sequer cobre os custos operacionais para a realização dos procedimentos cirúrgicos, bem como a contraprestação digna dos profissionais de saúde. Eles deixam de prestar serviços à sua rede credenciada percebendo valores bem menores para cumprimento de decisão judicial, e o Estado é beneficiado por meio de enriquecimento sem causa, além de ser um desestímulo à contratação de profissionais e à melhora das instalações dos hospitais públicos.

3 DISTINGUISHING

É esperado do Poder Judiciário que suas decisões possuam estabilidade, previsibilidade e uniformidade para que a sociedade tenha segurança jurídica, nesse sentido os artigos 926, 927, III c/c 1.039, todos do CPC⁹, objetivando os tribunais em manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente.

O novo Código de Processo Civil determinou a verticalização dos precedentes qualificados, entre os quais a repercussão geral, devendo as instâncias inferiores obrigatoriamente observá-los ou justificarem a razão pela qual deixou de segui-los, sob pena de nulidade do ato judicial.

O *distinguishing* ocorre quando o Juiz profere decisão que não aplica a jurisprudência dos Tribunais Superiores, porque o caso em julgamento apresenta particularidades que não se amoldam adequadamente à jurisprudência consolidada. Essa técnica não pode ser utilizada para negar a legislação vigente, estabelecer nova tese jurídica ou servir como via indireta de superação de

⁹ Art.926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

Art. 1.039. Decididos os recursos afetados, os órgãos colegiados declararão prejudicados os demais recursos versando sobre idêntica controvérsia ou os decidirão aplicando a tese firmada.

precedentes (*overruling*), nos termos do art.14 da Recomendação 134/2022 do Conselho Nacional de Justiça.¹⁰

Ferraz (2017, p.182) argumenta que o papel das instâncias inferiores na interpretação e aplicação do precedente aos processos múltiplos é verificar se há identidade suficiente entre o *leadind case* e o caso em julgamento:

Sem que o órgão julgador subsequente o reconheça e adote como um precedente, o julgamento anterior não exercerá esta função. E para que este reconhecimento ocorra, não basta que o sistema atribua caráter vinculante ou mesmo persuasivo às decisões judiciais. Não é suficiente que provenham de uma Corte com autoridade para decidir ou mesmo dar a última palavra sobre determinada questão de direito. É necessário cogitar se há identidade suficiente entre o chamado *instant case*, que é o processo que está sob apreciação e o candidato a *precedent case*. E esta é uma tarefa cometida a quem decide o caso subsequente. Por isso a importância do trabalho das instâncias de origem (ordinárias, especiais, turmas recursais, turmas de uniformização dos juizados especiais). E por esse motivo é necessário que se reconheçam como os juízes do caso concreto. A estes órgãos caberá dar solução definitiva à quase totalidade das ações individuais. Sua missão não é apenas extensa, frente ao volume de casos diários com que se deparam. É bastante complexa, especialmente se consideradas as características do paradigma em que se pretende introduzir um sistema de precedentes.

Lunardi (2019, p.673) leciona que o magistrado deve primeiramente analisar os elementos objetivos da demanda, confrontando-os com os elementos caracterizadores de demandas anteriores e subsequentemente à tese jurídica. Havendo distinção entre o caso concreto e o paradigma, pode aplicar interpretação restritiva à tese firmada:

O distinguishing (meio) é uma técnica de confrontação entre precedentes judiciais e situações concretas, que permite a comparação e eventual distinção entre a *ratio decidendi* do precedente e as condições fáticas e jurídicas do caso sob julgamento, seja para deixar de aplicá-lo, seja para aplicá-lo a outros casos não semelhantes, mas que, por uma questão de coerência, devem ser aplicados.

Veja-se o caso paradigmático originário da tese firmada no recurso extraordinário com repercussão geral (Repercussão Geral – Mérito, Tema 1033/STF), oriundo do Distrito Federal, que possui o maior número de médicos por habitantes do Brasil, local de fácil acesso por todos os meios

Art. 14. Poderá o juiz ou tribunal, excepcionalmente, identificada distinção material relevante e indiscutível, afastar precedente de natureza obrigatória ou somente persuasiva, mediante técnica conhecida como distinção ou *distinguishing*. [...]

§ 2º A distinção (*distinguishing*) não deve ser considerada instrumento hábil para afastar a aplicação da legislação vigente, bem como estabelecer tese jurídica (*ratio decidendi*) heterodoxa e em descompasso com a jurisprudência consolidada sobre o assunto.

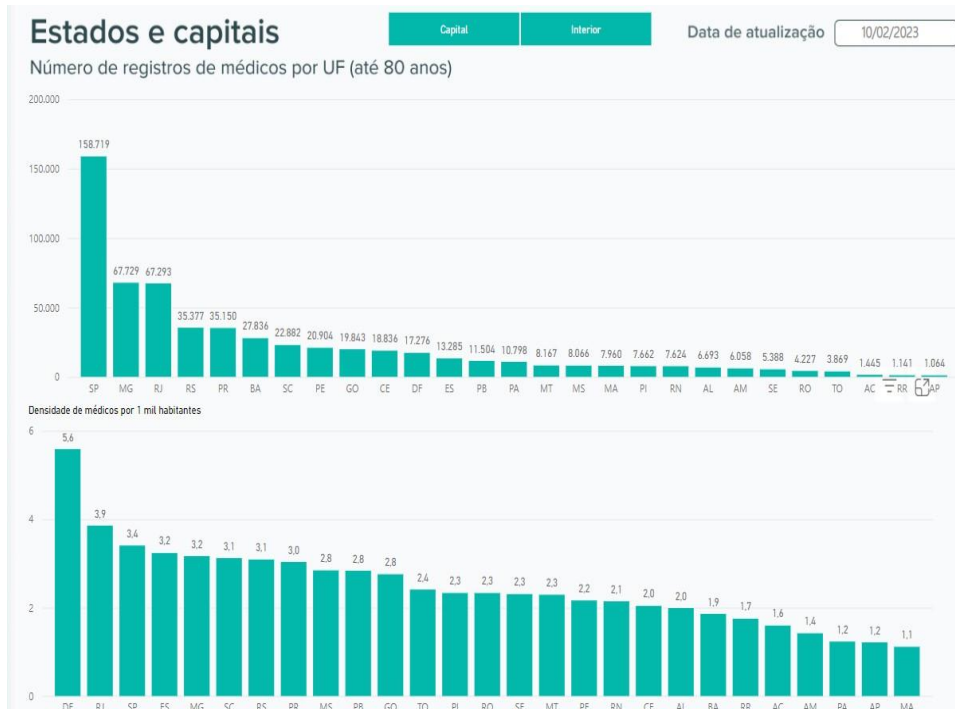
§ 3º Recomenda-se que o *distinguishing* não seja confundido e não seja utilizado como simples mecanismo de recusa à aplicação de tese consolidada.

§ 4º Recomenda-se considerar imprópria a utilização do *distinguishing* como via indireta de superação de precedentes (*overruling*).

de transporte e número significativo de hospitais, diferentemente de outras realidades, como os estados da Região Norte.

O gráfico a seguir bem demonstra a diversidade de realidades nos locais onde se aplicará o Tema 1033, que, em face da repercussão geral, deveria incidir de modo homogêneo em todo o país. No Distrito Federal, há 5,6 médicos por mil habitantes, ao passo que, em Roraima, essa proporção cai para 1,7 médico por mil habitantes.

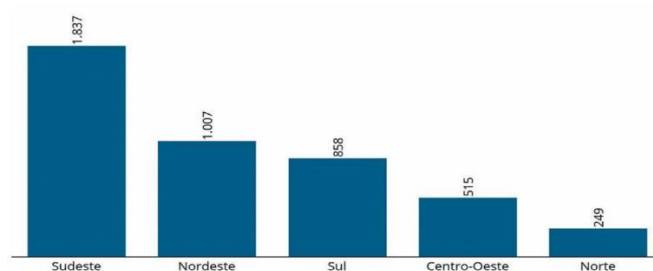
Gráfico 2 – Número de registros de médicos por UF (até 80 anos) – Estados e capitais



Fonte: CFM

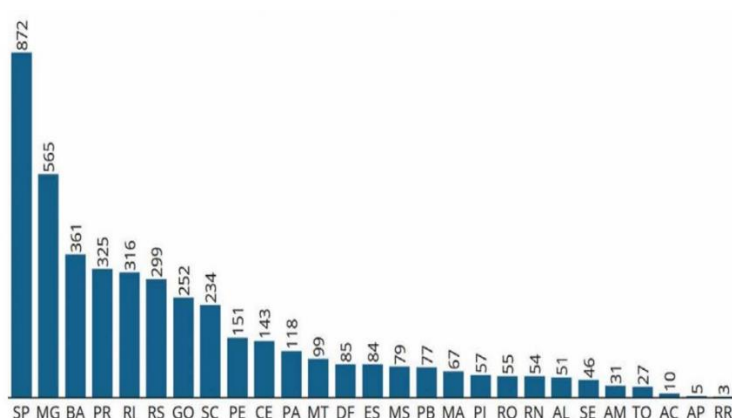
Em relação ao número de hospitais privados, verificamos que na Região Norte é bem inferior às demais, fato que reduz a concorrência e, aliado ao alto custo para a aquisição de insumos hospitalares, aumenta a despesa da prestação dos serviços de saúde.

Gráfico 3 – Distribuição de hospitais privados por região – 2022



Fonte: elaborado pelos autores.

Gráfico 4 – Distribuição de hospitais privados por UF – 2022



Fonte: elaborado pelos autores.

São apenas três estabelecimentos hospitalares em Roraima, ao passo que, no Distrito Federal, há 85 unidades privadas.

Portanto, alguns processos de saúde da Região Norte possuem elementos objetivos que se aproximam do julgado no Distrito Federal, caracterizados pela insuficiência do sistema público de saúde em atender de forma oportuna a população, gerando comando judicial para que a iniciativa privada faça as vezes do SUS.

No entanto, apesar de haver certa semelhança entre os critérios, as particularidades do caso afastam parcialmente a aplicação do precedente. Assim, de acordo com os Enunciados do VIII Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), deve-se aplicar o *distinguishing* para distinguir o caso específico.¹¹

A distinção não será aplicada em todos os casos, pois isso contrariaria o que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, deve ser considerada quando a aplicação da Tabela SUS corrigida pelo IVR gerar uma distorção tão grande que pareça uma desapropriação dos serviços privados. Nesses casos, ao comparar com a Tabela CBHPM (Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos), pode-se adotar um critério diferente do fixado pelo STF, utilizando a técnica do *distinguishing* e justificando a solução com base nas especificidades do caso.

¹¹Enunciado 174. A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independente da origem do precedente invocado.

Enunciado 306. O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentalmente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O SUS é o maior sistema público de saúde do mundo, de modo que a regência dos princípios da universalidade e a integralidade do atendimento, sem a previsão de fonte suficiente de custeio e a estrutura deficitária de profissionais de saúde e rede de atendimento hospitalar, contribuíram para o aumento da judicialização da saúde. Segundo dados do Painel de Estatísticas Processuais de Direito à Saúde do Conselho Nacional de Justiça, tramitaram mais de 449 mil processos no ano de 2023 sobre saúde pública¹².

A judicialização foi determinante para que a rede de saúde suplementar participasse do atendimento dos usuários do SUS, vez que ele não consegue atender em tempo e modo adequados todos os serviços que são indispensáveis e constantes da política pública de saúde. Daí decorre a controvérsia quanto à contraprestação devida, pois não aderiram previamente a nenhum convênio ou contrato administrativo com o SUS.

Ao apreciar o Recurso Extraordinário 666.094 – DF com repercussão geral, em que o hospital privado pleiteava a remuneração pela tarifa de balcão e, de outro lado, o Distrito Federal pugnava pela aplicação da Tabela SUS, o Supremo Tribunal Federal fixou a Tabela SUS com a correção pelo IVR. Como demonstrado no presente artigo, a adoção dessa tabela poderá ser insuficiente para cobrir os custos da rede privada, o que justificará, nos casos extremos, implicar superação do Tema 1033.

Importa consignar que a decisão da Suprema Corte foi importante passo para fixar diretriz segura no tocante aos valores da contraprestação, sendo certo que, em casos específicos, a realização de *distinguishing* possa ser necessária para utilização de parâmetro outro.

Sugere-se, ainda, da Excelsa Corte, que haja revisão legislativa quanto ao valor devido de indenização, servindo a tabela Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médico (CBHPM) de norte para uma solução mais equânime, que atenda tanto o usuário quanto os interesses privados e públicos.

Com base no exposto, este trabalho destacou que, no julgamento do Tema 1033, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o ressarcimento a instituições privadas que, por decisão liminar, prestaram serviços a pacientes sem vaga no SUS deve seguir a Tabela SUS corrigida pelo IVR. No entanto, esse valor é significativamente inferior ao praticado no mercado privado. Dada a escassez de médicos e hospitais em áreas remotas, o uso do *distinguishing* será necessário para assegurar a plena execução dos serviços de saúde previstos nas políticas públicas do SUS.

¹²<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>

REFERÊNCIAS

CASONATO, F. A.; ALBUQUERQUE, A. A. de. Análise dos impactos do financiamento do SUS na gestão do Hospital Universitário da UFSCar. **Anais do Congresso Brasileiro de Custos – ABC**, São Leopoldo, 2022. Disponível em: <https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/4967>. Acesso em: 02 dez. 2023.

BARROSO, L. R. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 290 p.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 146, de 28 de novembro de 2023**. Dispõe sobre estratégias para o cumprimento adequado das decisões judiciais nas demandas de saúde pública. Brasília, DF: CNJ, 2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 134, de 9 de setembro de 2022**. Dispõe sobre o tratamento dos precedentes no Direito brasileiro. Brasília, DF: CNJ, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original19462820220912631f8c94ea0ab.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 dez. 2023.

BRASIL. **Decreto n. 7.508, de 28 de junho de 2011**. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm. Acesso em: 5 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 03 dez. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 3 dez. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 666094/DF**. Processo n. 0020743-81.2008.8.07.0001. Direito constitucional e sanitário. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Impossibilidade de atendimento pelo SUS. Ressarcimento de unidade privada de saúde. Recorrente: distrito federal. Recorrido Unimed Brasília cooperativa de trabalho médico: Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 04 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4178086>. Acesso em: 3 dez. 2023.

CARVALHO, C. de D.; & CARVALHO, F. de D. Judicialização da saúde no Brasil: da história à contemporaneidade. **Revista Brasileira de Desenvolvimento**, v. 6, n. 12, p. 99759-99777, dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.34117/bjdv6n12-460>. Acesso em: 02 dez. 2023.

FERRAZ, Taís Schilling. **A amplitude dos efeitos das decisões sobre questão constitucional de repercussão geral**: critérios para aplicação de precedentes no direito brasileiro. 2015. 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, 2015, p. 182.

GONÇALVES, M. A. **Organização e funcionamento do SUS**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/UFSC, 2014. 132p.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **Curso de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p.673.

MARQUES, Aline *et al.* Judicialização da saúde e medicalização: uma análise das orientações do Conselho Nacional de Justiça. **Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 33, n. 95, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2019.3395.0014>. Acesso em: 02 dez. 2023.

NETO, G.; SCHULZE, C. **Direito à saúde Análise à luz da judicialização**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

ROCHA, Danilo *et al.* Judicialização da saúde no Brasil: do contexto histórico às perspectivas futuras. **Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Direitos Sociais**, v. 6, n. 1, jan./jun. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9865/2020.v6i1.6395>. Acesso em: 02 dez. 2023.

SANTOS, I. S.; SANTOS, M. A. B.; BORGES, D. C. L. Mix público-privado no sistema de saúde brasileiro: realidade e futuro do SUS. *In: A saúde no Brasil em 2030: prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: estrutura do financiamento e do gasto setorial*. Rio de Janeiro: Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, 2013. v.4. p. 73-131.

WANG, D. W. L. **Constituição e política na democracia**: aproximação entre direito e ciência política. São Paulo: Marcal Pons, 2014.

Ventura, M. *et al.* Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v.20, n.1, p. 77-100, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312010000100006>. Acesso em: 02 dez.2023.

VIEIRA, F. **Direito à saúde no Brasil**: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. Brasília: Livraria Ipea, 2020. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9714/1/TD_2547.pdf. Acesso em: 02 dez. 2023.

VIEIRA, F. Judicialização e direito à saúde no Brasil: uma trajetória de encontros e desencontros. **Revista de Saúde Pública**, v. 57, n. 1, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/s1518-8787.2023057004579>. Acesso em: 02 dez. 2023.