

03/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADV.(A/S)	: JORGE ALCIBÍADES PERRONE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECDO.(A/S)	: MUNICÍPIO DE CANELA
ADV.(A/S)	: GLADIMIR CHIELE E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

EMENTA

Direito Constitucional e Administrativo. Ação civil pública. Acesso de paciente à internação pelo sistema único de saúde (SUS) com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida e de atendimento por médico de sua confiança mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes. Inconstitucionalidade. Validade de portaria que exige triagem prévia para a internação pelo sistema público de saúde. Alcance da norma do art. 196 da Constituição Federal. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

1. É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde (SUS) ou por conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes.

2. O procedimento da “diferença de classes”, tal qual o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, como também afronta o acesso equânime e universal às ações e

RE 581488 / RS

serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, violando, ainda, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Inteligência dos arts. 1º, inciso III; 5º, inciso I; e 196 da Constituição Federal.

3. Não fere o direito à saúde, tampouco a autonomia profissional do médico, o normativo que veda, no âmbito do SUS, a assistência diferenciada mediante pagamento ou que impõe a necessidade de triagem dos pacientes em postos de saúde previamente à internação.

4. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, apreciando o tema 579 da repercussão geral, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em negar provimento ao recurso. Acordam, ademais, os Ministros, por unanimidade de votos, em fixar tese nos seguintes termos: “É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes”.

Brasília, 3 de dezembro de 2015.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

03/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR	: MIN. DIAS TOFFOLI
RECTE.(S)	: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
ADV.(A/S)	: JORGE ALCIBÍADES PERRONE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: UNIÃO
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECDO.(A/S)	: MUNICÍPIO DE CANELA
ADV.(A/S)	: GLADIMIR CHIELE E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S)	: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul interpõe recurso extraordinário contra acórdão prolatado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

“ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DIFERENÇA DE CLASSE. ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO.

Possibilitar a opção pela diferença de classe, ainda que sem ônus para o Estado, é conferir tratamento especial, diferenciado aos pacientes dentro de um sistema que prevê o acesso universal e igualitário da população carente às ações e serviços do Sistema Único de Saúde, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal.”

Não houve oposição de embargos declaratórios.

O reclamo, interposto com fulcro na alínea *a* do permissivo funda-se na suposta ofensa ao art. 196 da Lei Maior.

RE 581488 / RS

No entender do recorrente, o acórdão proferido pela Corte **a quo** viola o artigo supracitado na medida em que o direito à saúde, enquanto direito do todos e dever do Estado, não pode sofrer embaraço por parte de autoridade administrativa que resulte em redução de seu âmbito ou em dificuldade de seu acesso. Para corroborar o quanto afirmado, a parte colacionou precedentes do Tribunal de origem e deste Supremo Tribunal Federal em que se admitia o atendimento diferenciado.

O CREMERS sustenta, em adição, que a diferença de classe não representaria quebra da isonomia, pela qual se pauta o acesso ao Sistema Único de Saúde, uma vez que ela não estabeleceria tratamento desigual entre pessoas em uma mesma situação, mas apenas facultaria o atendimento diferenciado em situação diferenciada, sem promover a ampliação do direito previsto na Constituição Federal, nem gerar ônus adicional para o sistema público. Prossegue afirmando que a vedação à complementariedade acabaria por violar o objetivo maior do próprio Estado, qual seja, o da assistência à saúde.

Em seu apelo extremo, a autarquia ataca também a exigência, instituída pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul, de que o paciente que desejar internar-se pelo SUS dirija-se antes, obrigatoriamente, a um posto de saúde, a fim de submeter-se a uma triagem. Em seu entender, esse procedimento afronta o direito do paciente de optar por ser acompanhado por profissional de sua confiança, base milenar do atendimento médico. Violentada estaria, ainda, a autonomia de que gozam os médicos no exercício de suas funções, assegurada por lei e por normas do Conselho Federal de Medicina. O médico dotado da confiança do usuário ficaria prejudicado também porque o paciente, dispondo de condições econômico-financeiras e desejando fazê-lo, não poderia pagar-lhe a diferença entre o valor recebido pela rede pública e o custo efetivo de seus serviços.

Aduz o recorrente que a nova rotina criada pelos recorridos, acrescida da proibição de opção por acomodações diferenciadas para os doentes que possuem condições de pagar pela diferença de classe, importou um retrocesso significativo, pois além do benefício pessoal, o

RE 581488 / RS

pagamento complementar auxiliava as instituições hospitalares, bem como os médicos, a compensarem as perdas impostas pelo SUS e levava à liberação de mais leitos nas enfermarias. Em sua visão, seria imperioso ter em conta também que tais perdas conduzem ao afastamento dos profissionais do sistema e à situação falimentar dos hospitais.

A União contra-arrazoou às fls. 401-424. Pugna pela manutenção do acórdão recorrido sob o argumentos de que (i) as pretensões veiculadas pela autarquia recorrente violam o princípio da isonomia de tratamento conferida aos pacientes do SUS, atentando contra a prestação de um serviço universal e igualitário; (ii) o CREMERS visivelmente defende o interesse econômico dos médicos e das instituições de saúde e, ao fazê-lo, coloca em sério risco o sistema, dado que, existindo quem se disponha a pagar “por fora” para lograr tratamento diferenciado pelo sistema universal, certamente os prejudicados seriam os menos afortunados.

Afirma a AGU que o que o autor da presente ação civil pública pretende é fazer com que o Sistema Único de Saúde divida os custos de tratamentos particulares, o que, todavia, não seria sua finalidade. A proibição questionada destinar-se-ia, dessa maneira, a evitar que os hospitais, diante de eventual escassez de vagas para o SUS, viessem a optar, dentre os indivíduos sujeitos a iminente internação, por aqueles que se dispusessem a pagar a complementação por acomodação e atendimentos superiores.

A Advocacia-Geral da União revela, adicionalmente, seus temores de que (i) liberada a diferença de classe, passe essa a ser veladamente incentivada pelos hospitais mediante a piora das condições das enfermarias, em prejuízo daqueles absolutamente desprovidos de recursos; (ii) os preços das acomodações superiores passem a ser superdimensionados, de forma a que o usuário passaria a ser integralmente cobrado pelo tratamento diferenciado; (iii) nos hospitais que não atingem a taxa de ocupação plena do SUS, o procedimento da diferença de classe passe a ser adotado por aqueles que, de fato, pagariam por seu próprio tratamento, acarretando oneração extraordinária dos cofres públicos.

RE 581488 / RS

A par disso, sustenta a União a legalidade da disposição normativa combatida, aduzindo ter essa, como único escopo, a garantia da isonomia no atendimento, protegendo aqueles que não ostentam condições financeiras para custear acomodações superiores e atendimento por médico particular. Por fim, assevera que a adesão de clínicas e hospitais particulares ao SUS é voluntária, de maneira que, uma vez conveniadas, encontram-se essas últimas vinculadas a suas regras.

O Município de Canela, intimado, também ofertou contrarrazões (fls. 428 a 433), nas quais alegou que a Constituição Federal não trouxe a possibilidade de regimes diferenciados de tratamento no âmbito do Sistema Único de Saúde, salientando que o paciente tem o direito ao atendimento e não ao crédito. Suscitou que a diferença de classe atenta contra os princípios da igualdade e da assistência à saúde, pois propicia a criação de duas categorias de pacientes, relegando às pessoas de mais baixa renda um serviço de pior qualidade, o que acarretará numa precarização do SUS. Argumentou que o art. 196 da Carta da República não assegura a destinação de recursos públicos para atender situações individualizadas e que a forma pela qual o Estado garante o direito à saúde se encontra condicionada a políticas socioeconômicas, de modo que qualquer atuação deve-se dar de forma global. Consignou, por fim, que inexistente direito subjetivo à diferença de classe.

Contra o acórdão estadual houve a interposição de recursos especial e extraordinário, ambos admitidos na origem (fls. 436 e 437).

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão transitada em julgado (fls. 441 a 444), negou seguimento ao recurso especial interposto paralelamente ao extraordinário.

Vindos os autos ao Supremo, deu-se vista ao Ministério Público para colheita de seu parecer. O opinativo, da lavra do Subprocurador-Geral da República Dr. **Paulo de Tarso Braz Lucas** (fls. 489/491), foi pelo conhecimento do recurso e pelo seu provimento, tendo sido elaborada a seguinte ementa a resumir seu posicionamento:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO AÇÃO CIVIL PÚBLICA CREMERS PACIENTES ATENDIDOS PELO

RE 581488 / RS

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) INTERNAÇÃO HOSPITALAR COBRANÇA DE DIFERENÇAS COMPLEMENTARES DE SERVIÇOS (DIFERENÇAS DE CLASSE) RESOLUÇÃO INAMPS Nº 283/91 PORTARIA MS Nº 113/97 PRINCÍPIO DO ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO ÀS AÇÕES E SERVIÇOS DE SAÚDE ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AO ART. 196 DA CF/88 PROCEDÊNCIA JURISPRUDÊNCIA DO STF PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO, SEM PREJUÍZO DE QUE O TEMA SEJA AFETADO AO TRIBUNAL PLENO” (fls. 489/491).

Na sequência, este Relator, convencido de que a questão posta em discussão nesta lide apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, reconheceu a repercussão geral da matéria. Em sessão realizada por meio eletrônico, o Plenário confirmou esse entendimento, tendo a ementa sido redigida nos seguintes termos:

“DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACESSO DE PACIENTE À INTERNAÇÃO PELO SUS COM A POSSIBILIDADE DE MELHORIA DO TIPO DE ACOMODAÇÃO RECEBIDA MEDIANTE O PAGAMENTO DA DIFERENÇA ENTRE OS VALORES CORRESPONDENTES. INTELIGÊNCIA E ALCANCE DA NORMA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA” (fl. 496).

O assunto foi inscrito como Tema nº 579 da Gestão da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal, com a seguinte descrição: melhoria do tipo de acomodação de paciente internado pelo Sistema Único de Saúde (SUS) mediante o pagamento da diferença respectiva.

Ante o reconhecimento da transcendência do tema, determinou-se nova vista ao **Parquet**, o qual reiterou o convencimento esboçado em

RE 581488 / RS

oportunidade anterior (fl. 511).

Ciente da importância do assunto e da necessidade de ele ser discutido com expertos e toda a comunidade interessada, convoquei audiência pública para esclarecer o tema. Referida audiência realizou-se em 26 de maio de 2014 e contou com as explanações do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros; do Conselheiro do CFM e do CREMERS, Dr. Cláudio Balduino Souto Franzen; do Diretor-Presidente da ANS, Dr. André Longo Araújo de Melo; da Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, Dra. Fabrícia Boscaini; do Coordenador Jurídico da Confederação Nacional de Saúde, Dr. Alexandre Venzon Zanetti; da Presidente do Conselho Nacional de Saúde, Dra. Maria do Socorro de Sousa; do Presidente do Conselho Estadual de Saúde do Rio Grande do Sul, Dr. Paulo Humberto Gomes da Silva; do professor da Faculdade de Medicina da USP e cirurgião do HCFMUSP e do Hospital Sírio Libanês Dr. Raul Cutait; do Presidente do CONASS, Dr. Wilson Duarte Alecrim; do Presidente do CONASEMS, Dr. Antônio Carlos Figueiredo Nardi; do Procurador do Município de Canela, Dr. Gladimir Chiele; do Presidente da Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas, Dr. Júlio Dornelles de Matos; da Auditora Federal de Controle Externo do TCU Dra. Lucieni Pereira; da representante da Associação Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), Dra. Ana Luiza D'Ávila Viana, professora doutora da FMUSP e, por fim, do Ministro de Estado da Saúde, Dr. Arthur Chioro dos Reis.

Encerrados os debates, deu-se nova vista dos autos ao órgão ministerial, o qual, **modificando sua convicção anterior**, pugnou, em parecer da lavra do douto Procurador-Geral da República, **Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros**, pelo não provimento do recurso, da maneira assim sintetizada:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SUS. DIFERENÇA DE CLASSES. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, DA EQUIDADE E DA UNIVERSALIDADE. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

RE 581488 / RS

1. A instituição do sistema de diferença de classes no âmbito do SUS viola o art. 196 da Constituição Federal, porquanto contrapõe-se aos princípios da isonomia, da equidade e da universalidade.

2. Parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário.”

É o relatório.

03/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488 RIO GRANDE DO SUL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Senhor Presidente, sem querer contestar o dito da tribuna pelo eminente Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, mas só para fazer um registro: quem melhor socorre qualquer um de nós numa emergência, num acidente de trânsito, numa situação de dificuldade, é o Sistema Único de Saúde. É quem atende com maior rapidez, com maior presteza e com maior qualidade. A rapidez e a urgência está no serviço público de saúde no Brasil. Temos que parar de apedrejar o Sistema Único de Saúde. Quem de nós aqui não tem um parente que foi salvo, não por um hospital privado, e sim pela urgência e emergência de um Hospital das Clínicas, de uma universidade, de uma faculdade de medicina ou pelo serviço público?

03/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488 RIO GRANDE DO SUL**VOTO****O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

O assunto corresponde ao Tema nº 579 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do Supremo Tribunal Federal na **internet** e discute a melhoria do tipo de acomodação de paciente internado pelo Sistema Único de Saúde SUS mediante o pagamento da diferença respectiva.

Precede o julgamento em testilha uma breve contextualização. O Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul (CREMERS) promoveu ação civil pública, inicialmente proposta contra o Município de Canela/RS e, após emenda à exordial, contra os demais entes federados, a União e o Estado do Rio Grande do Sul (fls. 65). Conforme se extrai da exordial, pede a parte autora a procedência da ação para que

“seja reconhecido o direito dos pacientes e dos médicos, impondo-se [aos réus] o cumprimento da obrigação de fazer consistente em permitir o acesso do paciente à internação pelo SUS e ao pagamento da chamada diferença de classe, para obter melhores acomodações, pagando a quantia respectiva, quer ao hospital, quer ao médico; e a de não-fazer abster-se de exigir que a internação só se dê após exame do paciente em posto de saúde (outro médico que não o atendeu), e de impedir a assistência pelo médico do paciente, impondo-lhe outro profissional” (fls. 17).

Nessa demanda, portanto, postula-se o acesso à **internação** do paciente pelo SUS com a possibilidade de melhoria do tipo de acomodação recebida pelo usuário mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes, e que fique autorizada a contratação de

RE 581488 / RS

médico de sua confiança, tudo pela prática comumente denominada de atendimento por “diferença de classe”.

A liminar foi indeferida (fls. 93 a 95) e, na sentença, julgou-se improcedente a ação (fls. 254 a 275), veredicto esse que foi mantido no acórdão recorrido.

Neste apelo extremo, sustenta o recorrente violação do art. 196 da Constituição Federal. Alega existir afronta ao dispositivo constitucional no que diz respeito à política do Sistema Único de Saúde (SUS) de não se oferecer ao paciente a alternativa de remunerar a unidade de saúde por atendimentos diferenciados, em melhores condições que as proporcionadas gratuitamente pelo SUS e pelos médicos de sua escolha. Nesse contexto, há que se sublinhar que essa demanda está a tratar apenas dos casos de **internação** de usuários do serviço público e, fundamentalmente, são três as questões postas nestes autos, as quais exigem desta Corte percuciente análise, respeitando-se os limites da lide e da repercussão geral reconhecida:

a) Há possibilidade de se aplicar o sistema denominado de “diferença de classe”, com a análise da tese da inconstitucionalidade da Resolução nº 283/1991 expedida pelo INAMPS e do item 2.1 da Portaria nº 113/1997 do Ministério da Saúde, em face do conteúdo e dos limites estabelecidos no art. 196 da Constituição Federal?

b) Caso seja considerada constitucional a política que possibilita ao paciente um atendimento diferenciado em melhores condições que as proporcionadas gratuitamente pelo SUS e que seja possível ao paciente arcar com as despesas e/ou honorários diferenciados para ser atendido por médico particular de sua escolha, esse direito seria exercitável de imediato ou haveria a necessidade da regulamentação desse sistema?

c) Por fim, o usuário do Sistema Único de Saúde, caso opte pelo tratamento diferenciado por médico de sua escolha, em regime de internação, teria o direito de ser dispensado da triagem médica exigida atualmente pelas unidades de saúde?

Para responder essas questões, há que se compreender o conteúdo jurídico constitucional do direito à saúde pública. O art. 196 da

RE 581488 / RS

Constituição Federal estabelece que o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado por políticas públicas que assegurem o acesso universal e igualitário a suas ações e serviços. **Ita lex dicit:**

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

Esse dispositivo encerra uma relação jurídica constitucional em que, de um lado se encontram os direitos conferidos pela norma aos indivíduos, sejam eles brasileiros ou estrangeiros residentes no país e, de outro lado, as obrigações a serem cumpridas por determinados sujeitos.

Os direitos sociais em geral, dentre eles, o direito à saúde, comportam duas vertentes, conforme salientado pelos constitucionalistas portugueses J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira: “uma de natureza negativa, que consiste no direito a exigir do Estado (ou de terceiros) que se abstenham de qualquer acto que prejudique a saúde; outra, de natureza positiva, que significa o direito às medidas e prestações estaduais [estatais] visando à prevenção das doenças e o tratamento delas” (**Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. v. I, p. 342)¹.

O referido dispositivo constitucional também aperfeiçoa o direito ao estabelecer sua garantia pelas políticas indicadas na Constituição Federal e por aquelas permitidas e realizadas pelas gestões, amparadas na lei, que não de ser estabelecidas, “sob pena de [se] configurar omissão inconstitucional, até porque os meios financeiros para o cumprimento do dever do Estado, no caso, são arrecadados da sociedade, dos empregados e empresas, dos trabalhadores (...)” (SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 768).

1 Aliás, assim como ocorreu em países como Espanha e Portugal, a universalidade do direito à saúde somente veio a ser consagrado no fim do século passado (respectivamente, pelas Constituições de 1978 e 1976).

RE 581488 / RS

Para que se garanta a efetivação do direito à saúde, a Constituição Federal traçou, de forma detalhada, as funções do Estado, do seguinte modo: a) estabeleceu as diretrizes básicas da política de saúde a serem adotadas (art. 198 da CF); b) atribuiu a lei complementar a definição dos padrões mínimos de financiamento das ações e serviços de saúde (art. 198, §§ 1º, 2º e 3º da CF); c) determinou que a regulação, a fiscalização e o controle do setor sejam realizados nos termos da lei (art. 197 da CF); d) estabeleceu que é dever do Estado prestar serviços públicos de saúde, diretamente, ou indiretamente, mediante a participação complementar da iniciativa privada (cf. arts. 197 e 199, § 1º, da CF).

Há que se rememorar que, antes da Constituição Federal de 1988 e a criação do Sistema Único de Saúde pela Lei nº 8.080, de 19/09/1990, o sistema era gerido em nosso país pelo INAMPS, exigindo-se um custeio específico dos segurados da Previdência Social para os serviços atinentes à saúde, de maneira que os atendimentos eram restritos àqueles que comprovassem a condição de contribuintes do sistema.

É fato que, no final da década de oitenta do século passado, o INAMPS chegou a adotar medidas que buscavam ampliar a cobertura de usuários, dentre as quais se destacava o fim da exigência da carteira de segurado para o atendimento em hospitais próprios e conveniados da rede pública, o que culminou com a instituição do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), por meio da instituição de convênios entre o INAMPS e os governos estaduais (SOUZA, Renildo Rehen. **O Sistema Público de Saúde**. Brasília-DF: Ministério da Saúde, 2002). No entanto, esse sistema de saúde pública não chegou a ser universal, pois se limitava a um determinado grupo, o que justificava a existência de um sistema restritivo de atendimento.

O INAMPS estava vinculado ao Ministério da Previdência e Assistência Social - hoje Ministério da Previdência Social - e tinha a finalidade de prestar alguns serviços de saúde aos empregados que, além de estarem registrados, estivessem contribuindo com a previdência. As atividades na área da saúde que vinham sendo executadas pelo INAMPS somente passaram a ser submetidas ao Ministério da Saúde com a

RE 581488 / RS

entrada em vigor do Decreto nº 99.060, de 7 de março de 1990.

Nem a ampliação da atuação do INAMPS por meio de convênios com os governos estaduais, denominado “Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde” (SUDS), após a 8ª Conferência Nacional da Saúde, pode ser equiparado ao então novo sistema criado pela Constituição Federal de 1988, de fato universal, igualitário e integral, como veremos em seguida.

O sistema público de saúde no Brasil, conforme instituído pela Constituição Federal e pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990) prevê dois eixos de ação. Em primeiro lugar, estabelece a prestação de serviços públicos de saúde e, em segundo lugar, uma gama de atividades denominadas de ações de saúde, relacionadas no art. 200 da Constituição Federal e nos arts. 5º e 6º da Lei nº 8.080/90.

O SUS, conforme indica sua nomenclatura, consiste em um verdadeiro sistema nacional de saúde baseado nos seguintes princípios: **universalidade**, como garantia de atenção à saúde por parte do sistema a todo e qualquer cidadão, por meio de serviços integrados por todos os entes da federação; **equidade**, a assegurar que serviços de todos os níveis sejam prestados, de acordo com a complexidade que o caso venha a exigir, de forma isonômica nas situações similares; e **integralidade**, reconhecendo-se, na prática cotidiana, que cada indivíduo seja considerado como um todo indivisível e integrante de uma comunidade, a exigir que as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde formem, também, um todo indivisível, atendendo os casos e observando os diversos graus de complexidade de forma integral pelas unidades prestadoras de serviços de saúde, o que impede que sejam eles seccionados.

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

RE 581488 / RS

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.

Essa ideia de que o Estado deve fazer o que é possível há de estar sempre aliada ao senso de necessidade, do que é necessário executar, elemento essencial à elaboração e à boa implantação de políticas públicas. Por isso,

“a integralidade deve ser compreendida dentro do sistema, não se podendo exigir que todos os serviços sejam prestados em todas as esferas da Federação e em todas as localidades. A ideia da rede é justamente permitir que haja uma integração entre os serviços de pouca, média e alta complexidade” (cf. RODRIGUES, Geisa de Assis. Direito Sanitário. In: NUNES Júnior, Vidal Serrano (Coord.). **Manual de direitos difusos**. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 325).

Previamente a 1988, rememoro, aqueles que contribuíam com a previdência social se serviam do INAMPS; aos demais, restava valer-se dos serviços oferecidos pelo Ministério da Saúde, os quais, de um modo geral, resumiam-se a atividades de promoção de saúde e prevenção de doenças (por exemplo, vacinação), realizadas em caráter universal, e à assistência médico-hospitalar para algumas poucas doenças.

Após 1988, contudo, a assistência à saúde passou a ser tida como direito de todos e dever do Estado, incluindo-se em um sistema de seguridade social caracterizado pela desnecessidade de custeio ou contraprestação individual.

Operou-se, portanto, uma sensível alteração na conformação do direito à saúde no país. Tais modificações significaram para o brasileiro

RE 581488 / RS

inclusive que

[...] o seu direito fundamental social à saúde deve ser **garantido e implementado** de forma ampla pela sociedade e, principalmente, pelo Estado, **para todos, independentemente de qualquer diferenciação**, pois a saúde como prevenção ou cura da doença, bem como a proteção da qualidade de vida, demanda a sua tutela de acordo com os parâmetros fornecidos pela Constituição de 1988, que adotou esse moderno conceito de de saúde nas suas formulações [...]” (LEITE, Carlos Alexandre Amorim. **Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial**. Curitiba, Juruá, 2014, p. 110.).

A simples incompatibilidade entre as missões e as diretrizes do antigo INAMPS e as do atual Sistema Único de Saúde demonstra, por si só, o acerto da proibição da “diferença de classes” e do atendimento por médico particular no bojo do SUS, uma vez que esses procedimentos, pensados no contexto do antigo sistema de saúde, não se encaixam na atual conformação da rede pública de saúde.

Ocorre que, a par disso, o legislador constituinte estabeleceu expressamente que o atendimento público de saúde brasileiro deve pautar-se não só pela universalidade e pela integralidade do serviço, mas também pela **equidade**. Não estabeleceu o constituinte, no tocante a tais requisitos, exceção alguma. Portanto, no que concerne ao Sistema Único, o tratamento igualitário é uma regra que não comporta exceções, como bem anotado pela boa doutrina:

“Incluído no Capítulo da Seguridade Social, abrangendo o conjunto das políticas de previdência e assistência social, o acesso aos serviços de saúde é garantido a todos os brasileiros, em todos os níveis de assistência sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, com ou sem vínculo previdenciário ou beneficiário de seguro privado de saúde.

Com a universalidade da atenção à saúde, objetivou-se

RE 581488 / RS

superar a histórica dicotomia existente entre assistência médica individual e ações coletivas, pois o acesso às ações e serviços de saúde é um direito de todos a ser provido pelo Estado, implicando na igualdade de cada pessoa frente às prestações requeridas para a manutenção e reparação de sua saúde” (FIGUREIREDO, Herberth Costa. **Saúde no Brasil**. Curitiba, Juruá, 2015. p. 117).

Esse autor, buscando traduzir a ideia de tratamento equânime que permeou os trabalhos do Movimento de Reforma Sanitária levado a cabo nos anos 1980 – o qual acabou por influenciar fortemente os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte - assentou que a equidade à qual se refere o Texto Maior

“[...] quer dizer igualdade material na assistência à saúde, com ações e serviços priorizados em função de situações de risco e condições de vida de determinados indivíduos ou grupos da população. O Governo, em qualquer nível de gestão, cuidará de prestar uma atenção igualitária para toda a pessoa e coletividade, pois o que deve determinar o tipo de atendimento é a intensidade e a forma da doença, e não o do extrato socioeconômico e cultural a que pertença a pessoa” (op. cit., p. 127).

Os movimentos sociais e os parlamentares envolvidos na criação do Sistema Único de Saúde, a toda evidência, tinham por intuito a reformulação total do sistema de saúde brasileiro, tornando-o mais humano e abrangente, bem como mais afinado com aquele que se tornou um dos mais importantes princípios regentes da nova ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana.

José Carlos Seixas, um dos idealizadores do Sistema Único de Saúde e que atuou ativamente em sua construção e consolidação, bem expõe o espírito que permeou esse movimento de renovação:

“E foram todos estes segmentos sociais, com a agregação

RE 581488 / RS

de milhões de pessoas das comunidades (mas que nunca configuraram uma maioria absoluta de toda população) é que tornou-se possível uma ruptura radical, no âmbito da cultura brasileira em saúde, determinando, na Constituinte de 1988, a institucionalização da saúde, mais do que como valor, como um 'Direito', e um 'Direito Social' (diferença esta que só tem sentido e pode redundar em mudanças significantes em um Estado Democrático de Direito) perfeitamente explicitado quanto ao campo das necessidades de saúde a serem atendidas:

- necessidades de PROMOÇÃO, de PROTEÇÃO ESPECÍFICA, de DIAGNÓSTICO e PRONTO TRATAMENTO de enfermidades ou doenças, de LIMITAÇÃO DE INCAPACIDADES, e de READAPTAÇÃO de incapacidades permanentes. Necessidades de saúde-doença de seres humanos, portanto, seres biológicos gregários, com necessidades de saúde física, psíquica e social. Ficou, assim, configurado o primeiro postulado ético do Direito à Saúde – o direito ao atendimento integral – o direito à integridade da assistência e das demais atividades ambientais da Atenção do Setor Saúde.

Mas o Direito Social à Saúde foi mais completamente explícito: ele se exercitará através de um acesso universal, de cada um e de todos, às ações e serviços de atendimento de necessidades de saúde-doença das pessoas. Configurando o segundo postulado ético do Direito à Saúde – o direito universal às ações e serviços de saúde; direito de todos e de qualquer um necessitado (o que não significa a não ser por razões éticas de risco iminente de morte, acesso de qualquer um, em qualquer estabelecimento de saúde, de qualquer lugar, no momento que bem entender).

A este dois postulados éticos do Direito à Saúde se acrescentou ainda um terceiro, a EQUIDADE do Direito, na assistência à saúde. Que não quer dizer igualdade, nem de procedimentos, nem de acesso a lugares, nem de exigências para eventuais contribuições para as ações, mas a exigência de ações diferentes quando se observar a existência e

RE 581488 / RS

possibilidades diferentes entre os assistidos.

Mas, quem, como e com que desempenhar as ações e serviços para o atendimento a este Direito à saúde[?] Quando a Constituição explicita Saúde como um DIREITO do cidadão e um DEVER do Estado não está ‘estatizando’ tudo o que diz respeito ao pleno atendimento do DIREITO do cidadão. Está apenas dizendo que num Estado Democrático de Direito, é o Estado, por meio de seus governantes que impedirá que qualquer pessoa ou instituição provoque deliberadamente danos à saúde de qualquer cidadão e, mais, é o poder público estatal que tornará possível que o cidadão brasileiro busque meios e modos para usufruir de bom estado de saúde.” (SEIXAS, José Carlos. SUS, vinte anos: um pouco do antes, para maior sucesso no a seguir. **Boletim do Instituto de Saúde**. Edição Especial de 20 anos do SUS. São Paulo, p. 8, out. 2008).

O oferecimento de serviços em igualdade de condições a todos foi pensado nesse contexto – nem poderia ter sido diferente, uma vez que possibilitar assistência diferenciada a cidadãos numa mesma situação, dentro de um mesmo sistema, vulneraria a isonomia, também consagrada na Carta Maior, ferindo de morte, em última instância, a própria dignidade humana, erigida a fundamento da República.

O fato de a redação do art. 196 da Constituição Federal permanecer intacta desde sua promulgação demonstra que, transcorridos quase 27 anos, o desejo do povo, expresso por meio de seus representantes, mantém-se inalterado. Essa convicção é reforçada, ainda, pelo fato de que a Lei nº 8.080/90, a qual instituiu o Sistema Único de Saúde, mais do que meramente reproduzir, reforçou as linhas mestras de atuação traçadas no dispositivo constitucional em referência, prevendo expressamente, por exemplo, a igualdade de assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie.

Independentemente da clarividente vontade dos legisladores originário e derivado, a própria ideia de universalidade e equanimidade no serviço público de saúde mostra-se incompatível com práticas como a da diferença de classe. Consoante bem asseverou o douto Procurador-

RE 581488 / RS

Geral da República, admitir que um paciente internado pelo SUS tenha acesso a melhores condições de internação ou a médico de sua confiança mediante pagamento subverte totalmente a lógica do sistema, ao mesmo tempo que significa ignorar totalmente suas premissas.

Não se pode conceber que um atendimento público de saúde que se pretenda igualitário compreenda, dentro de si, diversas possibilidades de atendimento de acordo com a capacidade econômico-financeira do paciente, sobretudo quando esse atendimento se encontra a cargo do Estado, pensamento esse amplamente colocado pelos expositores durante a audiência pública.

Ao ente estatal compete zelar pela observância e pela efetivação da igualdade, devendo ser ele sempre o primeiro a promovê-la, do que resulta ser incoerente que acolha, no seio do serviço por si prestado, qualquer iniciativa que promova a diferenciação entre pacientes. Sua atuação deve pautar-se sempre pela universalização do atendimento, perseguindo invariavelmente a melhoria da qualidade da assistência ofertada. Permitir atendimento médico exclusivo e internação em acomodações diferenciadas no SUS, a par de desincentivar investimentos no aprimoramento do serviço oferecido, significa institucionalizar uma diferenciação não acolhida pelo ordenamento e totalmente contrária às missões constitucionalmente impostas à Administração Pública.

Note-se: a Constituição Federal não vedou o atendimento personalizado de saúde - exatamente com vistas a contemplar quem o desejasse foi que se admitiu, em caráter suplementar, a organização de um sistema privado de atendimento. Aquele que desejar contratar médicos e acomodações diferenciados, de acordo com sua vontade e posses, portanto, não está obrigado a se submeter às condições ofertadas pelo SUS, podendo perfeitamente socorrer-se da rede privada. Os atendimentos realizados pela rede pública, todavia – até mesmo porque o próprio legislador viabilizou a assistência particular de modo a contemplar justamente aqueles que desejassem e pudessem pagar por tratamento personalizado – não hão de se submeter, ainda que indiretamente, à lógica do lucro, por não ser esse o papel do Estado, por

RE 581488 / RS

não ser essa sua finalidade e por não ser concebível que um sistema apregoadamente igualitário admita a criação de castas em seu interior.

Nesse sentido vão as palavras do eminente Dr. José Carlos Seixas:

“[e], a Constituição foi mais além, pois mesmo admitindo a pluralidade institucional dos serviços de saúde (estatais, particulares, privados lucrativos e não lucrativos) exige, no seu campo de atuação produtivo, um desenvolvimento de rede pública dispensadora de bens e serviços de saúde, com gestão estatal tripartite, para que todos os cidadãos que não queiram ou não possam usufruir de serviços de saúde privados, possam nela serem assistidos. E daí se constituiu e se opera o SUS. E como o nível de renda de grande parte da população brasileira é muito baixo, tem-se que atender enorme contingente de necessitados de assistência à saúde nesta rede” (op. cit., p. 8).

Registre-se que o fato de os custos extras correrem por conta do próprio interessado, não implicando, ao menos, financeiramente, despesas extras para a Administração, não possui o condão de autorizar a implantação da “diferença de classe”. Primeiro porque, embora a questão econômica não possa ser ignorada, ocupará sempre papel secundário diante dos objetivos constitucionalmente impostos ao ente estatal; em segundo lugar, porque a implementação de um sistema de saúde equânime foi uma missão expressamente imposta ao Estado; e, em terceiro lugar, porque a igualdade, inclusive no atendimento público de saúde, é algo compreendido no próprio conceito de dignidade da pessoa humana, constituindo, portanto, fundamento da República, o qual deve ser incansavelmente perseguido e aplicado pelo Estado sempre que for chamado a atuar.

Chamo a atenção para o fato de a “diferença de classe” não se coadunar sequer com os princípios regentes do sistema de seguridade social em que o atendimento público de saúde se encontra inserido, dentre eles, a solidariedade, a universalidade e a distributividade. Mais especificamente, quanto à distributividade, assim coloca a boa doutrina:

RE 581488 / RS

“A distributividade implica a necessidade de solidariedade para poderem ser distribuídos recursos. A ideia da distributividade também concerne à distribuição de renda, pois o sistema, de certa forma, nada mais faz do que distribuir renda. A distribuição pode ser feita aos mais necessitados, em detrimento dos menos necessitados, de acordo com a previsão legal. **A distributividade tem, portanto, caráter social. Também é observada a distributividade na área de Saúde, como de distribuição de bem-estar às pessoas.**

O sistema visa à redução das desigualdades sociais e econômicas, mediante política de redistribuição de renda. É uma forma de tentar alcançar a justiça social” (MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. São Paulo, Atlas, 2015, p. 61 - destaques nossos).

Por fim, relativamente ao custeio da seguridade social, nele incluído o sistema único, estabelece o art. 195 da Constituição que a “Seguridade Social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, o que deve ser realizado de forma proporcional e equânime. Conforme se vê, o espírito que permeia e rege todo o sistema é o da cooperação, da solidariedade e da atuação no sentido da redução de desigualdades sociais, buscando-se conferir a todos idênticas oportunidades de acesso aos benefícios. Daí resulta ser extremamente incoerente pretender instituir um procedimento que promova exclusão, segregação e diferenciação com base em fatores unicamente econômicos. A par disso, verifica-se que

“[a] Constituição Federal conferiu dimensão nacional à saúde determinando a instituição do Sistema Único de Saúde – SUS de cunho descentralizado visando à oferta e atendimento integral à população.

[...]

A regulação, fiscalização e controle das ações de saúde

RE 581488 / RS

estão disciplinas pela legislação infraconstitucional – Lei Orgânica de Saúde. Neste particular aspecto, cumpre realçar as leis n. 8.080/90 e 8.142/90, que veiculam normas gerais em matéria de saúde, de onde se pode retirar a noção do SUS como o ‘o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações públicas mantidas pelo Poder Público’ (NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Direito Fundamental à Saúde*. In: **Tratado de Direito Constitucional**. MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (coord.) São Paulo, Saraiva, 2012. v. 2. p. 398).

O Sistema Único, como se extrai do excerto, destina-se à oferta e ao atendimento integral de saúde à população, não sendo razoável, nem admissível, seu emprego como forma de obter crédito para lograr atendimento diferenciado. A rede pública está obrigada a prestar a assistência propriamente dita; lançar mão dela com o intuito de obter auxílio para o custeio de assistência particular implica evidente e intolerável desvio de finalidade.

A Administração Pública, é de notório conhecimento, pauta-se, em seus atos, pela legalidade estrita. Disso infere-se uma conclusão bastante simples e lógica: ao Estado somente é dado praticar algo quando tal se encontre expressamente autorizado por lei. Ora, **não é possível vislumbrar** na Constituição, tampouco na legislação infraconstitucional pertinente à regulamentação do direito à saúde, **qualquer autorização, implícita ou explícita**, para a instituição da diferença de classe ou da possibilidade de atendimento por médico particular no âmbito do SUS.

Tudo o que se tem são os atos normativos aqui questionados, os quais, por sinal, vedam os procedimentos cuja liberação se pretende alcançar. Lei autorizante, todavia, não há.

De outro giro, no que tange à autonomia da vontade e à força vinculante dos contratos, cumpre salientar que a adesão dos nosocômios privados ao Sistema Único de Saúde não é obrigatória – dá-se por meio de convênios e efetiva-se de maneira estritamente voluntária, mediante

RE 581488 / RS

ciência prévia não apenas das disposições regulamentares que regem a rede pública de atendimento, mas também dos próprios preceitos da Lei nº 8.080/90, motivo pelo qual, também por essa óptica, não assiste razão ao recorrente, uma vez que, ao aderir ao SUS, demonstra anuência com as regras de vigência – inclusive aquelas impugnadas na presente lide.

Por fim, os motivos de ordem prática declinados nestes autos pelos recorridos, bem como os argumentos deduzidos por todos os interessados que tomaram parte na audiência pública promovida em maio de 2014 não podem ser desprezados.

De fato, o risco de pacientes serem forçados a pagar a diferença para receber tratamento é real, tal qual a possibilidade, aventada pela Advocacia-Geral da União, de que, em caso de escassez de vagas, a disponibilidade para pagamento da diferença seja adotada como fator determinante na escolha daquele que será atendido. As chances de os hospitais priorizarem a assistência segundo critérios que não guardam qualquer correlação com o perigo à saúde do paciente são, instituída a diferença de classe, nada desprezíveis.

Outra possível consequência nefasta e possível da adoção da “diferença de classe” seria o incentivo velado a sua institucionalização pela possível piora das condições das enfermarias e das estruturas hospitalares, de maneira a constranger os indivíduos a procurarem por condições mais dignas, ainda que pagas. Além disso, não se pode eliminar a possibilidade de ocorrer superdimensionamento dos preços das acomodações superiores, de forma a que os usuários do Sistema Único de Saúde arquem integralmente com os custos do tratamento.

Nem mesmo o argumento de que a diferença de classes leva a uma maior disponibilidade de vagas nas enfermarias se sustenta, visto que, para cada estabelecimento de saúde, há um limite para o número de pessoas admitidas, lembrando que mesmo aquele que passa para acomodações superiores continuaria sendo contabilizado como paciente do sistema público de saúde.

A corroborar esse temores, rememoro as reflexões apresentadas por respeitado especialista que dedicou sua vida à medicina e é grande

RE 581488 / RS

conhecedor das vicissitudes do sistema público de saúde brasileiro. Transcrevo trecho da manifestação proferida pelo eminente Professor e Doutor Raul Cutait por ocasião da audiência pública por mim levada a cabo:

“Acho importante que se discuta uma situação que, no passado, foi aceitável, fez parte da evolução, e que, de certa forma, está-se tentando recriar, que é uma categoria especial dentro do SUS, um serviço público, único; é como se estivesse se criando agora uma primeira classe dentro do SUS, o que, por princípio, incomoda-me. O SUS é regido, como todos sabem, pela universalidade, pela equidade; o SUS não consegue oferecer nenhuma dessas suas premissas, nenhum desses dois princípios da forma desejada, basicamente porque o seu financiamento está aquém do necessário, muito aquém; basicamente porque o modelo de gestão que se aplica, ele restringe, limita, engessa, tira a eficácia, a eficiência. Então, nós temos um contexto no país, onde o modelo criado é bom, mas o seu dia a dia ainda esta longe do desejado, embora, sem dúvida – como o Dr. Adib Jatene gosta de repetir -, muito melhor do que há 20, 25 anos atrás. Então, acho que esse é o nosso atual cenário.

[...]

Se nós formos analisar o que aconteceu com os leitos SUS contratados no sistema privado, eles foram diminuindo, diminuindo, diminuindo, por quê? Porque, para o hospital privado lucrativo, não interessa ter leito SUS, apenas como uma alternativa última; se ele puder preencher esses leitos com pacientes privados, ele vai conseguir ter uma lucratividade maior, que faz parte do negócio, é aceitável, é legítimo; mas o paciente SUS não é a prioridade desse grupo de pacientes.

Ora, como é que eu vejo a situação que aqui está sendo colocada? Eu vejo quase como uma alternativa, uma porta de entrada diferente, onde os hospitais privados conseguiriam preencher alguns desses quartos e criando uma via expressa, talvez de internação, que tem seus vieses éticos e morais, no

RE 581488 / RS

meu modo de ver, porque, a partir do momento em que o indivíduo está num quarto privado, ele certamente se sente como um paciente privado. Se ele estiver usando o Sistema SUS como um todo, onde todos sabem, para pedir um exame, às vezes demoram dias, todos nós sabemos que alguns doentes ficam estacionados, aguardando um exame, aguardando o seu resultado durante um, dois, três, cinco dias – isto é muito comum no Sistema, uma vez o paciente internado. E as diárias? O indivíduo vai continuar pagando enquanto ele está lá, todos esses dias, esperando, ou ele vai reclamar, porque, afinal, ele está pagando?

Então, nós estamos misturando coisas aqui que não devem ser misturadas. O paciente SUS é um paciente SUS. Eu adoraria que a situação fosse muito diferente do que é em muitos lugares do País.

Então, a briga não é para contemporizar alguma situação, a briga é para que o Sistema consiga mais recursos. O nosso País gasta quase 40% do seu dinheiro, do seu PIB, em rolagem de dívida, encargos etc. Se a gente pudesse tirar 10% disso e jogar na saúde, já estaríamos dobrando, dobrando, o que o SUS tem, por ano, para gastar.

[...]

Eu estou lembrando de um paciente, quando eu era Secretário de Saúde, visitando um dos hospitais da periferia de São Paulo. Aparece-me um pai com seu filho no colo, uma criança de uns cinco anos, seis anos, e me fala assim – ele me encontrou por um acaso, enquanto eu fazia muita visita aos hospitais: meu filho está com apendicite, Doutor, e esse é o terceiro hospital que eu venho e dizem que não tem vaga para operá-lo. Óbvio que eu interferi para que ele pudesse ser atendido. **Mas aí eu fico pensando, e se ele ouvisse a seguinte frase: olha, nós não temos vaga, mas os quartos privados têm uma meia dúzia aqui ainda vazios, talvez você pudesse usar um deles, e claro que isso tem uma taxa diária que tem que ser cobrada. Olha o conflito que se gera, olha o conflito. Eu acho que esse conflito é Ética, e, portanto, essa proposta de uma**

RE 581488 / RS

categoria especial, para mim, é desconcertante. Eu não me sinto nem um pouco confortável com a mistura de sistemas diferentes dentro da estrutura do SUS. Que se brigue para melhorar o SUS, que se brigue para que o atendimento, de um modo geral, possa ter outra cara em vários locais, mas não contemporizar uma ação que beneficia, talvez, vários pacientes, com certeza, hospitais.

[...]

Finalmente, faz parte desta discussão, o papel dos médicos.

[...]

Agora, o médico poder cobrar à parte, ora, cobrar duas vezes pela mesma coisa – o Estado paga a ele e ele ainda cobra do doente -, é um mix que não combina! É antiético, na minha leitura. É antiético! O indivíduo, se ele está vivendo, tratando os seus pacientes à base de um salário, é assim que ele tem de viver; se ele não aceitar, ele que peça demissão, vá procurar fazer outra coisa. Mas essa é a postura correta e ética do médico. Ele cobrar à parte ... aliás, nós vivemos isso no país há uns dez anos atrás, e foi uma situação horrorosa, porque muita gente, até conhecida, estava fazendo essa espécie de dupla porta em algumas atividades cirúrgicas, em especial.

Então, esse outro lado do médico, por mais que eu queira defender a minha categoria e acho que ela esta sendo sacrificada, não vejo isso como uma forma correta de melhorar a remuneração mensal de qualquer colega de profissão.”

A “diferença de classe” não se coaduna, portanto, com o ordenamento constitucional. E a esse último também não se adéqua a possibilidade de o paciente ser atendido, no sistema único, por médico de sua confiança, mediante o pagamento de uma remuneração extra – tal inadequação se deve às mesmas razões elencadas para a internação em acomodações diferenciadas.

Se é defeso estabelecer diferenciação de acomodações no seio do sistema público de saúde, o mesmo se diga quanto ao atendimento médico. Nada impede que, como forma de manutenção da relação de

RE 581488 / RS

confiança médico-paciente, o indivíduo seja tratado pelo especialista que o acompanha, desde que o faça de forma privada e às suas expensas. Na rede pública, contudo, sendo igualitário o tratamento, igualitário será também o atendimento médico – ao internar-se pelo SUS, o indivíduo aceita todo o pacote, inclusive a assistência por profissional da rede pública. Na rede do SUS, o indivíduo deve ser atendido por profissional do SUS; ademais, nada impede que a propalada relação médico-paciente seja construída também com o novo profissional que acompanhará o cidadão.

Ressalte-se que permitir o acompanhamento por médico particular via Sistema Único de Saúde é injusto e desleal com os próprios profissionais da rede pública, que se submetem a concursos e a todos os demais requisitos exigidos para ingresso em cargos ou empregos públicos. Não deixa de ser uma forma de burlar os requisitos para ingresso no serviço estatal, possibilitando que aqueles que fornecem seus préstimos por vias oblíquas e não legalmente previstas auferam grandes benefícios, sobretudo econômicos, ao arremio daqueles que ingressaram de forma regular, tão qualificados quanto os primeiros, os quais restarão desvalorizados e privados da percepção de vantagens financeiras extras.

Ademais, o argumento da autonomia da vontade, invocado anteriormente, se aplica novamente. Pessoa alguma é obrigada a atender no sistema público de saúde; ao decidir fazê-lo, todavia, deve se submeter a suas regras, ao regime jurídico específico, inclusive àquelas relativas à remuneração.

O mesmo se diga quanto ao argumento da autonomia no exercício da profissão. Não se está aqui a negá-la; entretanto, autonomia não significa liberdade absoluta para proceder como bem aprouver. Qualquer profissional submete-se, no exercício de suas funções, à regulamentação competente, seja ela proveniente do Estado propriamente considerado, seja das autarquias regulamentadoras e fiscalizadoras da profissão. Assim, nesse caso, a autonomia deve ser compreendida à luz das regras que regem o sistema de saúde, não podendo ser exercida à revelia delas. Evidentemente, se o médico atua no regime privado, sua liberdade de

RE 581488 / RS

atuação é maior; no regime público, entretanto, essa também está, observadas as naturais limitações, preservada. Proibir que o atendimento se faça por médico estranho aos quadros do SUS e mediante remuneração extra não violenta a autonomia profissional; a um porque não há vedação a que paciente e médico acertem a melhor forma de conduzir o tratamento, desde que isso não se dê no âmbito da rede pública de atendimento; a dois porque, se de um lado, há autonomia, de outro, há o regramento da Sistema Único de Saúde, de prévio conhecimento do profissional, com o qual esse, ao ingressar no serviço, anui de livre e espontânea vontade, o que não deixa de ser também um exercício das autonomias profissional e privada; a três porque o regulamento do SUS não abole totalmente a autonomia, mas sim estabelece restrições em decorrência da própria natureza de seus préstimos.

No que tange ao pedido de declaração da desnecessidade de triagem prévia em postos de saúde antes da internação pela rede pública, reitero todos os argumentos anteriormente expendidos acerca da igualdade de acesso ao sistema público de saúde e da não ocorrência de violação da autonomia profissional do médico. Saliento que, ao argumento jurídico soma-se ainda argumento de ordem fática, o qual vem robustecer o primeiro: não se pode ignorar o risco de, ao se tolerar que o próprio médico do paciente autorize e determine a internação, ocorra o desrespeito à ordem das filas, podendo alguns pacientes com melhor condição econômico-financeira passar à frente dos demais, relegando os mais necessitados a um atendimento mais precário e moroso.

Não se desconhece, no entanto, alguns precedentes desta Suprema Corte que estariam relacionados ao tema da “diferença de classe”. Chamo a atenção para aqueles casos excepcionais em que a Corte garantiu o tratamento diferenciado, a despeito da proibição do pagamento a título de complementação aos hospitais, por internação de pacientes em quartos ou apartamentos particulares. Comprovam o quanto afirmado o RE nº 228.750/RS, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, o RE nº 261.268/RS, Rel. Min. **Moreira Alves**, o RE nº 596.445/RS, Rel. Min. **Celso de Mello**, o RE nº 496.244/RS, Rel. Min. **Eros Grau**, o RE nº 428.648/RS, Rel. Min. **Cezar**

RE 581488 / RS

Peluso, o RE nº 601.712/RS, Rel. Min. **Ayres Britto**, o RE nº 255.086/RS, Rel. Min. **Ellen Gracie**, o RE nº 603.855/RS, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, o RE nº 452.245/RS, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence** e o RE nº 334.356/RS, Rel. Min. **Carlos Velloso**.

Ocorre que todos esses julgados dizem respeito a casos individuais, nos quais foram analisadas as necessidades de internação privativa ou as condições especiais em face da situação clínica em que se encontravam pacientes específicos. Além do mais, grande parte desses casos se deram na fase de implementação do SUS, logo após a Constituição Federal de 1988.

A autorização para um atendimento diferenciado deveu-se muito mais às especificidades de cada um dos casos concretos do que propriamente a um convencimento quanto à adequação desse procedimento às características do Sistema Único de Saúde, de um modo geral considerado. Portanto, não há precedente específico desta Corte a vincular o resultado deste julgamento.

A hipótese aqui analisada é, em tudo, diferente, uma vez que objetiva a liberação do sistema de atendimento com “diferença de classe” não apenas em ocasiões pontuais e singulares, mas também de modo amplo e irrestrito. Não bastasse isso, observo que, nos julgamentos invocados, estava-se a lidar com casos de pessoas que, por motivos de saúde, demandavam um internamento em condições diferenciadas, ao passo que, nestes autos, o único condicionante seria o próprio desejo do paciente. Por fim, saliento que as decisões elencadas foram, todas elas, exaradas no bojo de ações singulares, enquanto este recurso extraordinário foi manejado nos autos de uma ação civil pública calcada em discussão sobre direitos transindividuais. A análise e a compreensão hão de ser, portanto, diferenciados.

Não se está, com todos esses argumentos, defendendo a qualidade do serviço público de saúde pública nos dias atuais. Sem dúvida, a eficiência do sistema exige melhor gestão pública e adequados financiamento e custeio. O que não se admite é que o atendimento à população observando a “diferença de classe” possa ser concebida como

RE 581488 / RS

modalidade de uma melhor prestação de serviços à sociedade.

Não se nega também que a saúde pública possa ser complementada pela iniciativa privada.

Conforme salientado por Fernando Borges Mânica, em trabalho acadêmico, a própria Constituição Federal faz referência expressa à participação privada no sistema público de saúde e,

“com isso, a delimitação do caráter complementar de participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos de saúde implica a análise do alcance do conteúdo constitucional da complementaridade, a qual deve ter como referencial tanto (i) o texto da Constituição, quanto (ii) as condições históricas, sociais e econômicas atuais e aquelas existentes no momento de elaboração do texto constitucional” (Participação privada na prestação de serviços públicos de saúde. In: Tese de Doutorado. Curso de Pós-Graduação em Direito na Universidade de São Paulo, 2009).

A Constituição Federal, portanto, ao disciplinar o direito à saúde, oferece expressamente a possibilidade de modernização da Administração Pública por meio da **participação consensual e negociada da iniciativa privada** tanto na gestão de determinadas unidades de saúde quanto na prestação de atividades específicas de assistência à saúde.

Essa parceria fica evidente na leitura dos arts. 197 e 199, § 1º, da Constituição Federal, a saber:

“Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

(...)

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º – As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes

RE 581488 / RS

deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.”

A complementaridade do setor privado na área da saúde pública, inclusive, é reconhecida pelo Ministério da Saúde, que, em seu manual sobre doutrinas e princípios, elaborado pela Secretaria Nacional de Assistência à Saúde, reconhece ter a Constituição Federal definido que, quando houver insuficiência do setor público e for necessária a contratação de serviços privados, isso se deve dar sob três condições:

“1a. - celebração de contrato, conforme as normas de direito público, ou seja, interesse público prevalecendo sobre o particular;

2a. - a instituição privada deverá estar de acordo com os princípios básicos e normas técnicas do SUS. Prevalecem, assim, os princípios da universalidade, equidade, etc., como se o serviço privado fosse público, uma vez que, quando contratado, atua em nome deste;

3a. - a integração dos serviços privados deverá se dar na mesma lógica organizativa do SUS, em termos de posição definida na rede regionalizada e hierarquizada dos serviços. Dessa forma, em cada região, deverá estar claramente estabelecido, considerando-se os serviços públicos e privados contratados, quem vai fazer o que, em que nível e em que lugar.

Dentre os serviços privados, devem ter preferência os serviços não lucrativos, conforme determina a Constituição.

Assim, cada gestor deverá planejar primeiro o setor público e, na sequência, complementar a rede assistencial com o setor privado, com os mesmos concertos de regionalização, hierarquização e universalização.

Torna-se fundamental o estabelecimento de normas e procedimentos a serem cumpridos pelos conveniados e contratados, os quais devem constar, em anexo, dos convênios e contratos” (**vide** ABC do SUS – Doutrina e Princípios. Brasília: Ministério da Saúde, 1999).

RE 581488 / RS

A ação complementar não implica que o privado se torne público ou que o público se torne privado. Cuida-se de um processo político e administrativo em que o Estado agrega novos parceiros com os particulares, ou seja, com a sociedade civil, buscando ampliar, completar, ou intensificar as ações na área da saúde.

Não significa, sob o espectro constitucional, que somente o poder público deva executar diretamente os serviços de saúde - por meio de uma rede própria dos entes federativos -, tampouco que o poder público só possa contratar instituições privadas para prestar atividades meio, como limpeza, vigilância, contabilidade, ou mesmo determinados serviços técnicos especializados, como os inerentes aos hemocentros, como sustentado por parte da doutrina².

Conforme salientado por Geisa de Assis Rodrigues,

“as instituições privadas têm liberdade para prestar serviços de saúde. Podem atuar de forma complementar ao SUS ou não. As que complementam as atividades do Poder Público no SUS estão plenamente sujeitas às suas regras, sendo preferencialmente de fins não lucrativos ou entidades filantrópicas. Os serviços prestados por meio de convênio ou contrato público são remunerados, observando os critérios fixados pela Direção nacional do SUS e aprovados pelo Conselho Nacional de Saúde. É importante ressaltar que os valores são estabelecidos através de um ato administrativo complexo, ou seja, só é fixado quando definido pelo Ministro da Saúde e aprovado pelo Conselho Nacional de Saúde, como determina a lei” (op. cit. p. 330).

Sobre a necessidade de se observar o **iter** a ser trilhado para se chegar ao montante da remuneração, assim já decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

2 Vide quando à primeira tese, WEICHERT, Marlon Alberto. **Saúde e federação na constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004. p. 199 e, quanto à segunda, DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na administração pública**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 232).

RE 581488 / RS

“Esta remuneração, à obviedade, há de ser paga pelo poder público ao particular colaborador, desde que comprovadas as despesas, os serviços e uma vez apresentado o demonstrativo econômico-financeiro a garantir, inclusive, a qualidade dos serviços executados, havendo que se resguardar sempre o equilíbrio econômico e financeiro” (STJ - Resp. 995003, Primeira Turma, Rel. Min. **José Delgado**, DJ de 5/3/08).

Isso não implica que haja supremacia da Administração sobre o particular, que pode atuar, em parceria com o setor público, obedecendo sempre, como mencionado, os critérios da consensualidade e da aderência às regras públicas. Como se constata pelas exitosas experiências em países como Alemanha, Canadá, Espanha, França, Holanda, Portugal e Reino Unido, dentre outros, na área da saúde, importantes requisitos das parcerias, como contratualização, flexibilidade, possibilidade de negociação, consensualismo, eficiência e colaboração são fundamentais para que os serviços possam ser prestados de forma ao menos satisfatória.

Dessa perspectiva, como já escreveu Mânica:

“[P]ode-se concluir que a assistência prestada por meio da iniciativa privada deve complementar as atividades de competência do SUS, as quais não podem ser integralmente executadas por terceiro. Tal entendimento veio ao encontro do que dispõe ao artigo 197, que não faz qualquer balizamento à possibilidade de participação privada na prestação de serviços. Assim, quando a Constituição Federal menciona a complementaridade da participação privada no setor de saúde, ela determina que a participação da iniciativa privada deve ser complementar ao SUS, incluídas todas as atividades voltadas à prevenção de doenças e à promoção, proteção e recuperação da saúde, dentre as quais aquelas de controle e fiscalização” (Fernando Borges Mânica, op. cit., p. 7).

Entretanto, essa complementariedade não autoriza que se

RE 581488 / RS

desconfigure a premissa maior na qual se assenta o serviço de saúde pública fixada pela Carta Maior: **o Sistema Único de Saúde orienta-se, sempre, pela equanimidade de acesso e de tratamento**; a introdução de medidas diferenciadoras, salvo em casos extremos e justificáveis, é absolutamente inadmissível.

A diferença de classe, o atendimento por médico privado e a dispensa da triagem prévia ao internamento não se enquadram nessas raras exceções; permiti-los seria aceitar a instituição de privilégios odiosos, desprovidos de qualquer respaldo constitucional. Esforços no sentido da promoção da universalidade e da igualdade de acesso ao Sistema Único de Saúde são deveras bem-vindos; esforços em sentido oposto, como os que aqui se pretende implementar, são intoleráveis à luz da Constituição da República.

Segue assim a tese para a aprovação: **é constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado, por médico do próprio Sistema Único de Saúde (SUS) ou por conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes.**

Por todo o exposto, nego provimento ao recurso extraordinário.

É o meu voto.

03/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488 RIO GRANDE DO SUL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhor Presidente, permito-me, de início, louvar o eminente Relator, especialmente pela Audiência Pública que levou a efeito. Tive a oportunidade de examinar a memória dos depoimentos e dos respectivos procedimentos a partir dos pontos que Sua Excelência fixou como controvertidos. Foi efetivamente um momento relevante no estudo que levei a efeito para depreender a matéria que aqui se encontra em desate. E quero, neste momento, cumprimentar Sua Excelência, o Relator, pelo acutíssimo voto, de cujo conteúdo acabo de tomar conhecimento ao início desta Sessão e no curso do seu voto.

Eu houvera preparado uma declaração de voto alongada, de mais de uma dezena de páginas. Vou simplesmente sumariar, porque tenho a honra de acompanhar Sua Excelência. A declaração de voto que preparei vai precisamente no sentido do desprovimento do recurso e se agasalha na proposta de tese que o eminente Relator acaba de propor a este Colegiado.

Senhor Presidente, justifico a declaração um pouco mais alongada, que farei juntar ao feito, eis que também, como o eminente Relator, dei-me conta de que aqui havia uma mudança na perspectiva da jurisprudência, tal como muito bem assinalada, a partir da conclusão do primeiro parecer do Ministério Público Federal carreado aos autos.

Portanto, nessa dimensão, agregando-se à manifestação do Procurador-Geral da República, que vai no sentido coerente àquele acolhido pelo eminente Relator, e que também vai ao encontro da declaração que juntarei ao feito, registrei os precedentes, tal como fez Sua Excelência o eminente Relator, evidenciando pronunciamentos anteriores, diversos desta Corte.

Mas, no caso presente, como o eminente Relator deixou bem evidenciado, há uma distinção entre necessidade e conveniência. Os

RE 581488 / RS

precedentes, muito mais ao admitirem uma certa possibilidade de coparticipação, referiam-se, antes de tudo, a uma imperiosa necessidade. O que está posto aqui, a rigor, é um juízo de conveniência. Portanto, a solução que o eminente Relator expõe e encontrou parece-me de todo coerente com o Sistema Único de Saúde. A síntese que fez dos elementos característicos desse sistema também me parece profundamente inserida no contexto histórico da Constituição de 1988 e os seus desdobramentos.

Também me permito pontuar que, tanto Sua Excelência o Relator, quanto a declaração que apresento de voto, não estão ambas as perspectivas dissociadas do reconhecimento de uma grave crise econômica que atinge os hospitais brasileiros. E permito-me dizer, e isso está explicitado nessa declaração de voto, que o diagnóstico dessa realidade é, a rigor, correto. O problema está na solução apontada. Estou seguro de que, não obstante a divergência de solução apontada, tanto os médicos e as suas organizações cooperativas ou corporativas também almejam encontrar uma solução para esse tipo de drama que se vivencia, até porque a própria realidade do SUS parece-me ainda uma pouco distante daquele ideal que foi imaginado pelo constituinte de 1988.

Por isso, eu teria muito cautela em, por assim dizer, demonizar conselhos regionais ou federais que buscam alguma solução, ainda que delas divirja, como estamos aqui a divergir, porque o diagnóstico do problema me parece efetivamente adequado.

Portanto, Senhor Presidente, fazendo esses breves registros e assegurando que tenho a honra de acompanhar Sua Excelência, o Relator, nessa perspectiva de garantir a universalidade e a integralidade desse sistema, é o que apresento como voto, acompanhando o eminente Relator.

03/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488 RIO GRANDE DO SUL**VOTO VOGAL**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN: Exmo. Senhor Ministro Relator, acompanho Vossa Excelência, no que concerne à negativa de provimento ao Recurso Extraordinário ora julgado, com a fixação de tese no sentido da impossibilidade de facultar ao paciente atendido pelo Sistema Único de Saúde o acesso à melhoria de acomodações por meio de complementação do pagamento e eleição do médico responsável por seu atendimento, em interpretação do artigo 196 da Constituição Federal.

Trata-se, como já relatado por Vossa Excelência, de recurso extraordinário interposto pelo Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio Grande do Sul, em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual, em sede de ação civil pública ajuizada pela autarquia, rejeitou a pretensão de possibilitar ao assistido pelo SUS que efetue a complementação de valores a médico ou a hospital, pela escolha de acomodação superior àquela oferecida pelo SUS nos hospitais privados (filantrópicos ou não) – via de regra, enfermarias – e mesmo pela escolha de profissional particular, para determinar a internação e orientar o tratamento.

Da leitura dos autos, depreende-se que a autarquia recorrente sustenta a necessidade de tutela de um direito de escolha por parte do paciente, que não causaria ônus algum ao SUS. De outra parte, os entes públicos indicados para o polo passivo da presente demanda sustentam, grosso modo, que a pretensão contraria o princípio da isonomia de tratamento dos assistidos pelo SUS e criaria discriminação injustificável de pacientes dentro de um sistema público de saúde.

Em primeiro lugar, gostaria de louvar o eminente Relator que, para subsidiar o julgamento da presente controvérsia, em atenção à repercussão do caso, a envolver a totalidade dos cidadãos brasileiros na qualidade de usuários ou potenciais usuários do Sistema Único de Saúde, promoveu a realização de audiência pública, da qual participaram

RE 581488 / RS

diversos segmentos sociais com manifesto interesse na resolução do conflito, e que trouxeram em suas falas, um amplo espectro da situação da saúde pública em nosso País.

Portanto, cumprimento-o pelo alcance de uma pluralidade salutar e infinitamente proveitosa para o julgamento da presente lide, em verdade a consagração dos objetivos da realização de uma audiência pública como forma de efetiva participação da sociedade nos processos de relevância reconhecida no âmbito desta Suprema Corte, especialmente em atenção ao tema ora debatido.

E, nessa audiência, Vossa Excelência fixou os pontos controvertidos que demandam decisão para a correta fixação da tese a balizar os julgamentos das Cortes e Juízes inferiores. São eles: (i) acesso universal e igualitário aos serviços de saúde; (ii) complementaridade da participação do setor privado na saúde pública; (iii) funcionamento e impacto administrativo e econômico da diferença de classe no Sistema Único de Saúde; e (iv) efeitos dessa modalidade de internamento nos procedimentos de triagem e no acesso ao SUS.

São, efetivamente, os pontos essenciais ao desfecho dessa questão e sobre os quais me debrucei para firmar meu entendimento sobre o tema.

De fato, como sustenta o Recorrente, esta Corte possui diversas decisões no sentido de possibilitar aos pacientes a escolha de acomodação superior àquela ofertada pelo SUS, mediante pagamento complementar, ficando a cargo do sistema público apenas efetuar o pagamento do valor equivalente àquele da ocupação do leito inicialmente ofertado.

O precedente da Corte que fixou esse entendimento é o Recurso Extraordinário nº 226.835-6/RS, cuja ementa é a que segue:

“EMENTA: DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE PERMITIU A INTERNAÇÃO HOSPITALAR NA MODALIDADE "DIFERENÇA DE CLASSE", EM RAZÃO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO DOENTE, QUE NECESSITAVA DE QUARTO PRIVATIVO. PAGAMENTO POR ELE DA DIFERENÇA DE CUSTO DOS SERVIÇOS. RESOLUÇÃO Nº

RE 581488 / RS

283/91 DO EXTINTO INAMPS. O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. O acórdão recorrido, ao afastar a limitação da citada Resolução nº 283/91 do INAMPS, que veda a complementariedade a qualquer título, atentou para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, o de assistência à saúde. Refoge ao âmbito do apelo excepcional o exame da legalidade da citada resolução. Inocorrência de quebra da isonomia: não se estabeleceu tratamento desigual entre pessoas numa mesma situação, mas apenas facultou-se atendimento diferenciado em situação diferenciada, sem ampliar direito previsto na Carta e sem nenhum ônus extra para o sistema público. Recurso não conhecido.”

(RE 226835, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 14/12/1999, DJ 10-03-2000 PP-00021 EMENT VOL-01982-03 PP-00443)

Esse precedente serviu de fundamento para a prolação de várias decisões, nesse mesmo sentido: RE nº 261.268/RS, Rel. Min. Moreira Alves; RE nº 516.671/RS – AgRg, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; RE nº 596.445/RS, Rel. Min. Celso de Mello/ RE nº 496.244/RS, Rel. Min. Eros Grau; RE nº 428.648/RS, Rel. Min. Cezar Peluso; RE nº 601.712/RS, Rel. Min. Carlos Britto; RE nº 255.086/RS, Rel. Min. Ellen Gracie; RE nº 452.245/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE nº 334.356/RS, Rel. Min. Carlos Velloso.

Nada obstante, em detida análise da matéria, chego à mesma conclusão exposta pelo Relator quando da realização da audiência pública, ao afirmar que “[a] *jurisprudência deste Tribunal que foi formatada em determinado momento histórico e que, agora, após vinte e cinco anos de existência do SUS, está sendo novamente colocada em discussão*”.

RE 581488 / RS

E, efetivamente, vejo fundadas razões para uma mudança de rumos da Corte nessa temática.

A análise do precedente acima citado revela, de forma indubitável, que seu fundamento centra-se na questão da **necessidade do paciente à ocupação de acomodação distinta daquela fornecida pelo SUS**, a fim de ver preservada sua saúde diante da moléstia que o acometia, cujo tratamento reclamava a hospedagem em quarto privativo, e não em enfermaria.

Outra é a discussão posta nos presentes autos. Analisei integralmente as peças processuais e não encontrei nenhuma alegação no sentido de pugnar pelo provimento do pedido em razão da necessidade de preservação da saúde dos pacientes, ou evidências de que a acomodação em leitos superiores traria consigo maiores chances de cura das doenças.

A tônica do presente feito envolve **questão de conveniência dos pacientes**, já que todo o pedido exordial centra-se em alegado direito subjetivo dos pacientes à diferença de classe dentro do SUS, dentro de uma perspectiva de autonomia individual do assistido para escolher acomodação e médico de sua preferência.

E essa é a perspectiva de análise do presente caso.

Na petição inicial, o Recorrente volta-se contra a Resolução nº 283/91, do extinto Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, ao argumento de que ela viola interpretação do artigo 196 da Constituição Federal, ao vedar a possibilidade de cofinanciamento do sistema, ou de parte dele, pelo cidadão. Na atualidade, a matéria é regulada pela Portaria nº 113/97 do Ministério da Saúde, que manteve a vedação à prática da diferença de classe.

Essas disposições normativas são consequência da chamada “reforma sanitária” cujo marco regulatório é representado pelo próprio texto constitucional, ao inaugurar um sistema público de saúde, em substituição ao sistema que vigorava antes.

Com efeito, em 1974 foi criado o INAMPS, vinculado à Previdência Social, que prestava serviços de saúde aos filiados do regime de

RE 581488 / RS

previdência vigente. Logo, somente tinham acesso ao sistema os trabalhadores urbanos formalmente registrados que contribuíam regularmente ao antigo Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), e ficavam de fora da proteção estatal todos aqueles que estavam no trabalho informal, trabalhadores rurais e desempregados.

A Constituição de 1988 representou verdadeira revolução nesse paradigma, ao inaugurar o Sistema Único de Saúde, cujo acesso é universal, sendo desnecessária a condição de contribuinte para que o paciente tenha direito a atendimento médico-hospitalar por um sistema público, custeado pela integralidade dos cidadãos, por meio do pagamento de tributos.

O direito social à saúde é regulamentado pelos artigos 196 a 200 da Constituição, restando evidente que o SUS, nos termos do art. 196 do texto constitucional, tem como característica primordial o acesso universal e igualitário de todos os cidadãos no território nacional. Mesmo raciocínio ilumina a legislação reguladora dos sistemas de saúde no País, a Lei Federal nº 8.080/1990.

Nas palavras de José Afonso da Silva:

“O Sistema Único de Saúde – SUS, integrado por uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços de saúde, constitui o meio pelo qual o Poder Público cumpre seu dever na relação jurídica de saúde, que tem no polo ativo qualquer pessoa e a comunidade, já que o direito à promoção e à proteção da saúde é também um direito coletivo. O Sistema Único de Saúde implica ações e serviços de instituições e órgãos públicos federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público, regendo-se pelos princípios da descentralização, com direção única em cada esfera de governo, do atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, e da participação da comunidade, que confirma seu caráter de direito social pessoal, de um lado, e de direito social coletivo, de outro. É também por meio dele que o Poder Público desenvolve uma série de atividades de controle de substâncias de interesse para a saúde

RE 581488 / RS

e outras destinadas ao aperfeiçoamento das prestações sanitárias.” (SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 784).

O SUS, assim, cumpre importantíssima função enquanto meio realizador das políticas públicas referentes ao direito à saúde. Portanto, são ínsitos a esse sistema os requisitos da universalidade no acesso, a indicar que todos aqueles que estejam em território nacional podem usufruir de suas ações e programas de saúde, e da isonomia, a indicar que nenhuma discriminação a pacientes é permitida dentro do sistema, seja no acesso, seja na execução dos programas e no atendimento médico-hospitalar.

Um terceiro aspecto relacionado à controvérsia instaurada diz respeito à gratuidade do sistema. A Portaria nº 113/1997-MS proíbe a cobrança de quaisquer verbas dos pacientes e seus familiares, conforme item 2.1 do referido documento:

“2. A emissão da Autorização de Internação Hospitalar - AIH, garantirá o internamento em enfermaria, com sanitários e banheiros proporcionais ao número de leitos e assegurará o pagamento das despesas médico-hospitalares em conformidade com os valores estabelecidos pelo Ministério da Saúde e publicados no Diário Oficial.

2.1. A AIH garante a gratuidade total da assistência prestada, sendo vedada a profissionais e/ou às Unidades Assistências públicas ou privadas, contratadas, ou conveniadas a cobrança ao paciente ou seus familiares, de complementariedade, a qualquer título.”

Mesma vedação é repetida pela Lei Complementar Federal nº 141/2012, quando impõe como diretriz dos serviços públicos de saúde a **gratuidade**.

Portanto, considerando todo o panorama acima exposto, resta a questão principal ainda a ser respondida nos presentes autos: o panorama jurídico-constitucional pós-1988 é compatível com a diferença de classes

RE 581488 / RS

dentro do Sistema Único de Saúde e com a possibilidade de cofinanciamento do sistema diretamente pelo usuário?

Seguramente, a resposta que se afigura como a mais acertada é **não**.

Já acima foram apresentadas as premissas inafastáveis da manutenção do Sistema Único de Saúde: igualdade, universalidade e gratuidade. E, nesse ínterim, a possibilidade de instituição de modalidade de internamento que implique na criação de uma classe diferenciada de usuários, que tem condições de arcar com parte do pagamento pela utilização dos serviços públicos de saúde, parece-me afrontar, ao mesmo tempo, os três pilares de sustentação do SUS no Brasil.

Ao contrário do que expuseram os defensores dessa modalidade de copagamento, a diferença de classes dentro do SUS revela-se discriminatória, na medida em que possibilita àqueles que possam custear ao menos parte de seu tratamento, condições mais cômodas de acomodação e mesmo a eleição de profissional não vinculado ao SUS para prestar-lhes atendimento. Enquanto isso, a grande parcela da população, que utiliza os serviços públicos pela impossibilidade de custeio de tratamentos ou medicamentos sem grave comprometimento de sua subsistência e de sua família, ver-se-á compelida à precarização do ambiente hospitalar a ela destinado nos hospitais privados que recebem pacientes do SUS.

Nesse sentido, a intervenção do representante da Procuradoria-Geral da República na audiência pública realizada – instituição esta que declarou a modificação de seu entendimento para concluir pela inconstitucionalidade da pretensão exordial – é bastante esclarecedora, ao expor de que forma essa diferenciação de usuários revela-se perniciosa ao caminho republicano que a Carta Constitucional pretendeu traçar:

“Mas o que preocupa sobremaneira o Ministério Público - e já encaminho para o encerramento da nossa fala, porque temos muito a ouvir no dia de hoje - é **a problemática, que aqui se abre, se o estado democrático de direito, e republicano, pode ter serviços de base universal que envolva o pagamento e diferença, porque não se trata apenas de acesso ao hospital.**

RE 581488 / RS

Imaginemos que se possa dizer que o direito ao ensino, à educação, que é um direito universal, se possa admitir que pais que paguem algo a mais poderão ter, nas escolas públicas deste país, coisas a mais - umas turmas menos cheias, instalações mais agradáveis, professores mais qualificados. Onde há igualdade dos cidadãos na educação, se é possível que a pagamento se institua, nesse direito igual e universal, uma diferença? É o caso da educação.

Nós não precisamos ir longe, pensemos em outros deveres, outros direitos e outras prestações: aqueles que pagarem poderão ter, no universal, sufrágio; no direito ao voto, o voto com hora marcada. Por diferença de classe, eu posso pagar e votar em casa, no horário especial, porque é universal, mas pode existir diferença de classe.”

As defesas apresentadas, na mesma audiência, da pretensão buscada nos autos, em especial as intervenções do Recorrente e do representante da Federação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas do Rio Grande do Sul, explicitaram questão que permeia toda a problemática aqui enfrentada: a grave crise econômica que atinge os hospitais brasileiros e a tentativa de solução parcial do problema por meio do cofinanciamento do sistema por parcela dos usuários.

É preciso afirmar que não se fecha os olhos a esta triste realidade enfrentada primordialmente pelas entidades filantrópicas e que coloca nosso sistema público de saúde muito aquém de todo o potencial que a Carta Cidadã lhe outorgou.

Porém, a alarmante situação desses nosocômios não pode ser resolvida às custas, justamente, da população mais carente e que mais necessita do SUS enquanto único meio para preservação de sua saúde e integridade. O financiamento do sistema está disciplinado pela Constituição e pelas citadas leis de regência e organização do SUS, inexistindo autorização para a participação direta do usuário no custeio dos leitos hospitalares e dos médicos que irão atendê-lo. Franquear esta possibilidade é criar uma separação entre os assistidos, exclusivamente pelo critério econômico, que não interessa a uma ordem político-

RE 581488 / RS

constitucional que se pretende cada vez mais inclusiva e igualitária.

Ressalte-se que a participação de entidades privadas no Sistema Único de Saúde é autorizada pela Constituição Federal, a qual dispõe, em seu artigo 199, §1º, que essa participação se dará em caráter complementar, segundo diretrizes impostas pelo SUS, mediante a realização de contrato de direito público ou convênio.

Portanto, a margem de liberdade das entidades privadas para atuar no SUS é sempre delimitada por regras destinadas a assegurar a consecução dos princípios reitores do sistema público de saúde.

Nesse sentido, mesmo a escolha de leitos e a seleção de médicos para atuar no SUS depende das regras impostas pelo sistema nos contratos ou convênios firmados, restando de todo impossível que diretrizes meramente econômicas, estranhas às finalidades desse sistema público, possam ser definidoras da atenção a ser dispensada à coletividade de usuários.

Aqui, verifica-se que a alegação do recorrente em seu apelo extraordinário, no sentido de que inexistem ônus ao Sistema Único de Saúde pela adoção da coparticipação dentro do sistema público de saúde, não se revela verdadeira.

Há ônus, sim, o primeiro dele de caráter eminentemente financeiro, pois como ficou esclarecido na leitura da transcrição das contribuições na audiência pública, migrarão ao sistema pessoas hoje atendidas precipuamente por planos de saúde ou mesmo aquelas que custeiam seus tratamentos e despesas hospitalares. O sistema é para todos, isso não está em discussão. Mas, tendo sempre em mira a notória escassez de recursos para custeio do SUS, a imediata migração de um número incalculável de pessoas que hoje não se configuram como usuários primordiais do sistema, gera, a toda evidência, um custo imprevisível aos entes públicos, e que torna ainda mais complexa a alocação de recursos e o planejamento da organização dos serviços, imprescindíveis para o funcionamento mais eficiente do SUS.

O acolhimento do pedido inicial impõe ao Sistema Único de Saúde e aos entes federados responsáveis pelo seu custeio, a submissão à

RE 581488 / RS

organização das entidades hospitalares, dos médicos e dos pacientes, em inversão da determinação expressa contida no §1º do artigo 199 do texto constitucional.

Há também outro ônus, esse a ser suportado por toda a população, que é o risco de direcionamento de leitos, nas instituições privadas, para o atendimento dos pacientes que irão complementar os valores pagos pelo SUS. Ora, se essas entidades estão livres para a busca de lucro em sua atividade, nada impediria que a preferência fosse conferida a essa categoria de usuários, situação que vem em prejuízo da grande maioria da população brasileira.

De fato, não restou demonstrado pela parte recorrente que a autorização por ele buscada na presente demanda iria resultar no aumento do número de leitos ofertados para os pacientes do SUS. Ora, os leitos podem ser contratados em quantidade específica, em atendimento ao contrato ou convênio firmados pelos diversos entes federados; logo, a transferência de um paciente para uma acomodação superior não significa necessariamente a liberação de uma acomodação em enfermaria para utilização por outro paciente.

Na verdade, a consequência prática mais nefasta à coletividade de usuários do SUS em caso de atendimento da pretensão do Recorrente leva à preterição da fila de espera por um leito nos hospitais. Ora, se forem direcionados leitos para a acomodação daqueles que podem pagar para complementar a hospedagem no hospital, o critério da urgência como um definidor justo para a prioridade no atendimento – nos termos do artigo 11 do Decreto Federal nº 7.508/2011 – será substituído pelo critério econômico de seleção de pacientes, circunstância que não se mostra aceitável dentro de um sistema igualitário e universal.

Finalmente, o pleito para que médicos particulares, não vinculados ao SUS, eleitos e complementarmente pagos pelos pacientes, possam determinar a internação do usuário pelo SUS, sem a necessária triagem nas unidades básicas de saúde que consistem na porta preferencial de acesso dos usuários ao sistema, não encontra nenhum respaldo na legislação ou no texto constitucional, porque implica na desorganização

RE 581488 / RS

do sistema e na impossibilidade de verificação da necessidade e da urgência no atendimento, de acordo com critérios aplicados à integralidade de pacientes.

Ademais, o que pretende o Recorrente, como bem afirmou o Procurador do Município de Canela, parte recorrida na presente demanda, não se verifica nem no sistema privado de assistência à saúde, pois nem mesmo os planos de saúde conferem tamanha liberalidade aos segurados, uma vez que eles não podem se utilizar de serviços, acomodações e profissionais não credenciados pelo plano, nem aqueles não contratados pelo segurado.

Em conclusão, para concretizar a tutela adequada do direito à saúde, da forma como disciplinado pela Constituição Federal, incumbe aos intérpretes e aplicadores das normas constitucionais a defesa do Sistema Único de Saúde enquanto principal vetor das políticas públicas na área da saúde no País.

A realidade do SUS não é, ainda, aquela idealizada pelo Constituinte. As imagens de pessoas pelos corredores dos hospitais, à espera de atendimento, a luta por uma vaga nos leitos, por um atendimento digno e de qualidade, é diária e esta decisão não pretende mascarar esses fatos. O atual estado dos hospitais que prestam esse serviço público é por vezes chocante, e a calamidade financeira que acomete essas instituições não é desconhecida de ninguém.

O diagnóstico do problema está correto, no entanto a solução apontada pelo Recorrente não tem o condão de resolver, ou sequer minimizar a situação referida, porque somente se presta a aprofundar a desigualdade entre os usuários do sistema, sem nenhuma perspectiva de que os pacientes mais carentes seriam minimamente beneficiados pela institucionalização da diferença de classes dentro do Sistema Único de Saúde.

Ainda, deve-se salientar que, em se tratando da saúde de pacientes e de momentos delicados para suas famílias, de verdadeiro estado de necessidade, muitas pessoas podem ser compelidas a arcar com gastos para obter um melhor atendimento, ou mesmo uma vaga dentro do

RE 581488 / RS

sistema, circunstância esta com a qual esta Corte não pode concordar.

Uma última ressalva faz-se necessária. É preciso frisar que a questão ora analisada não envolve qualquer consideração referente à necessidade de acomodação distinta pelo paciente do SUS por questões relativas à manutenção de sua saúde. Isso porque o caso trazido à baila apenas debate a matéria de forma genérica, com fundamento – como acima já expus – na conveniência e no direito subjetivo dos pacientes. A questão de o usuário do Sistema Único de Saúde necessitar de leito distinto daquele fornecido pela rede pública, pela possibilidade de risco à própria vida ou pelo risco potencialmente causado a terceiros, não se encontra em debate nos presentes autos e deve ser resolvida nos casos singulares que chegarem ao Judiciário.

Retornando à hipótese analisada com a finalidade de fixação de tese de repercussão geral, encerro essa reflexão afirmando que o direito fundamental à saúde vem sendo concretizado pelo SUS, ainda que se reconheçam as enormes dificuldades e carências do sistema. Entretanto, da norma emanada do artigo 196 do texto constitucional, não depreendo que qualquer das dimensões desse direito consagre a possibilidade de escolha de acomodações e médicos particulares que não atendem pelo SUS, com a imposição do cofinanciamento pelo paciente. Dentre as muitas escolhas trágicas com as quais os gestores da saúde precisam lidar diariamente, a pretensão aqui exposta não pode ser uma delas.

Sendo assim, concluo pelo desprovimento do recurso extraordinário, e pela fixação da tese da repercussão geral no sentido de entender-se como inconstitucional a possibilidade de pagamento adicional pelo usuário do SUS para obtenção de acomodações superiores em hospitais privados.

03/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488 RIO GRANDE DO SUL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhor Presidente, também gostaria de cumprimentar o Ministro-Relator pela iniciativa de levar a cabo essa Audiência Pública. Tive oportunidade de ler o material que nela foi produzido e quero dizer que a mim pessoalmente foi extremamente esclarecedor.

Cumprimento-o também pelo voto. As premissas conceituais que Sua Excelência defendeu coincidem exatamente com o que tenho manifestado a esse propósito. Quando no STJ, votei em várias oportunidades nessa linha. Cito, por exemplo, o voto que proferi no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.197 no qual, para delimitar a garantia constitucional do direito à saúde, sustentei o seguinte:

2. Algumas premissas de ordem geral são indispensáveis ao exame do caso. A primeira é a que diz respeito ao conteúdo normativo do direito à saúde inscrito na Constituição. Há várias referências a respeito dele no texto constitucional. Arrolado no art. 6º entre os direitos fundamentais sociais, como a educação, a moradia, o trabalho e outros, o direito à saúde está assim especificado nos arts. 196 a 198:

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

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

RE 581488 / RS

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

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade”.

Não existe, portanto (e isso reconhece também o voto do relator), um direito subjetivo constitucional de acesso universal, gratuito, incondicional e a qualquer custo a todo e qualquer meio de proteção à saúde. Há várias razões que determinam limites ao referido direito, a começar pela identificação do que seriam os meios adequados de proteção à saúde. Não são certamente apenas os que se dirigem a recuperar a saúde já comprometida (hospitalização, atendimento médico, fornecimento de medicamentos). Para a proteção da saúde concorrem, decisivamente, as medidas preventivas de toda a natureza (alimentação, moradia, saneamento básico, educação). Ademais, conforme registram os especialistas, *“Ainda que soubéssemos exatamente que políticas são eficazes para se garantir o mais alto grau de saúde possível a toda a população, seria impossível implementar todas essas políticas. Nenhum país do mundo, nem mesmo o mais rico de todos, teria recursos suficientes para atingir esse objetivo. Isso porque, enquanto as necessidades de saúde são praticamente infinitas, os recursos para atendê-las não o são, e a saúde, apesar de um bem fundamental e de especial importância, não é o único bem que uma sociedade tem interesse em usufruir”*. (FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade, in Dados – Revista de Ciências Sociais, RJ, vol. 52, p. 226).

RE 581488 / RS

A promessa constitucional, portanto, não se traduz em garantia de prestações desde logo identificáveis objetiva e concretamente, razão pela qual o conteúdo do direito à saúde, previsto na Constituição, não tem a configuração linear e singela que não raro lhe é atribuída. Mais consentânea com nossa realidade é a formulação a esse respeito adotada pelo Comitê de Especialistas das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que, ao interpretar o artigo 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992 - cujo § 1º assegura o “direito de toda a pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental” -, observou que “o direito à saúde não deve ser entendido como direito a estar sempre saudável”, mas, sim, como o direito “a um sistema de proteção à saúde que dá oportunidades iguais para as pessoas alcançarem os mais altos níveis de saúde possíveis” (FERRAZ & VIEIRA, op. cit., p. 242).

O que a Constituição prevê, textualmente, é direito à saúde (e correspondente dever do Estado) “*garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*” (art. 196). Essa é a garantia constitucional. Tem esse mesmo conteúdo, conforme já referido, o direito à saúde previsto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil em 1992 (art. 12, §§ 1º e 2º).

O conceito de políticas públicas está associado a ações governamentais, especialmente no que se refere à efetivação dos direitos fundamentais a prestações (= direitos fundamentais sociais), podendo ser definidas como “*programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados*” (BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas, Saraiva, 2002, p. 241). Nesse sentido, são também pressupostos essenciais de qualquer política pública a existência de estrutura

RE 581488 / RS

organizativa e de fonte de custeio.

3. A segunda premissa conceitual importante é justamente a que diz respeito ao papel do Poder Judiciário nesse domínio jurídico. É tema igualmente complexo, especialmente em face da própria natureza e do conteúdo do direito à saúde. É sabido que os direitos fundamentais sociais (v.g., saúde, educação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência, todos assegurados de modo explícito na Constituição – art. 6º), não se revestem, do ponto de vista institucional, de tutela de intensidade semelhante à que têm, por exemplo, os direitos de liberdade. Isso se deve fundamentalmente à sua natureza típica de direitos a prestações, que supõe, necessariamente, atuações positivas do Estado, e, mais ainda, atuações que dependem, em regra, da perspectiva autônoma de conformação politicamente assumida pelo legislador e, na maioria dos casos, da existência ou da disponibilidade de recursos materiais. É o que se colhe da doutrina, entre outros, de José Carlos Vieira de Andrade (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pp. 395-398). Daí afirmar-se que a conformação político-administrativa dos direitos fundamentais sociais é função reservada ao legislador e ao administrador, que detém a faculdade de estabelecer os modos e as condições de atendimento do dever estatal, de acordo com a capacidade orçamentária e as demais prioridades de gastos. Nessa perspectiva, fora das hipóteses resultantes dessa conformação emanada dos órgãos legislativos e administrativos, não se pode, em regra, antever a existência de dever estatal a prestações, nem pode daí resultar, como contrapartida necessária e imediata, direito subjetivo universal e incondicionado que possa ser reclamado e efetivado por via judicial.

Todavia, isso não significa que a garantia constitucional seja absolutamente destituída de eficácia. Há certos deveres estatais básicos que são imediatamente identificáveis e, pelo menos em relação a eles, o poder de conformação não é carta de

RE 581488 / RS

alforria ao Poder Público para justificar seu descumprimento. Sob essa perspectiva, em relação ao direito fundamental à saúde, é possível afirmar, na linha também da doutrina especializada (v.g.: MILANEZ, Daniela. "O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial", Revista de Direito Administrativo, 237, p.198), que as obrigações do Estado consistem, antes de mais nada, no (a) dever de *respeito* (= o Estado não pode tomar medidas prejudiciais à saúde, nem mesmo a de suprimir garantias à saúde já asseguradas, conforme enuncia o princípio da proibição do retrocesso social) e no (b) dever de *proteção* (= o Estado deve inibir ações de terceiros que possam comprometer a saúde, por exemplo, exigindo que as empresas propiciem ambiente de trabalho e equipamentos de segurança para preservar a saúde dos trabalhadores, impedindo a produção, a importação e a comercialização de medicamentos que possam ser nocivos, mediante políticas de prevenção e assim por diante; mas também no (c) dever de *implementação*, mediante o estabelecimento e a execução de políticas públicas que importem em fornecer bens e serviços de saúde.

O cumprimento dos deveres de respeito e de proteção são, de um modo geral, suscetíveis de tutela jurisdicional imediata, já que têm como contrapartida natural a existência de direitos subjetivos individuais. A dificuldade reside na terceira classe de deveres, de implementação de políticas públicas. Já se disse que, no tocante à política de saúde, a sua implementação não se traduz no dever de fornecer gratuita e incondicionalmente, a qualquer pessoa, independentemente da sua condição, todo e qualquer serviço ou prestação médica ou farmacêutica, mas sim os considerados mais adequados do ponto de vista técnico, social e de saúde pública, que sejam compatíveis com a força da nação e que permitam acesso universal e igualitário. Bem se vê, portanto, que a concretização dessa política não é uma questão singela, já que supõe, necessariamente, juízos científicos e políticos, com formulação de escolhas, que importam inclusões e exclusões.

RE 581488 / RS

Não cabe certamente ao Judiciário, já se disse, formular e executar políticas públicas, em qualquer área, inclusive na de saúde. São atividades típicas e próprias dos Poderes Executivo e Legislativo. Entretanto, inexistindo políticas públicas estabelecidas ou sendo elas insuficientes para atender prestações minimamente essenciais à efetividade de direito fundamental social, abre-se espaço para a atuação jurisdicional. Configura-se, por exemplo, a possibilidade de recorrer à ação de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º) ou ao mandado de injunção (CF, art. 5º - LXXI). Mas há, igualmente, o direito de reclamar, pelas vias jurisdicionais comuns, o que se costuma denominar de mínimo existencial. Considera-se mínimo existencial, para esse efeito, o direito a uma prestação estatal que (a) pode ser desde logo identificada, à luz das normas constitucionais, como necessariamente presente qualquer que seja o conteúdo da política pública a ser estabelecida; e (b) é suscetível de ser desde logo atendida pelo Estado como ação ou serviço de acesso universal e igualitário. É o que decorre também dos princípios democrático, da isonomia e da reserva do possível: não há o dever do Estado de atender a uma prestação individual se não for viável o seu atendimento em condições de igualdade para todos os demais indivíduos na mesma situação.

4. À luz dessas premissas conceituais básicas, examine-se o caso concreto. O que se pede no mandado de segurança é uma prestação de assistência farmacêutica. Conforme resultou claro dos autos e, ademais, atestado pela doutrina especializada (v.g.: BARROSO, Luiz Roberto. “Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para atuação judicial”. *Revista Bimestral de Direito Público* . Editora Fórum, v. 46, p. 31 a 61, nov./dez.2007) existe, nesse domínio, uma política pública formalmente estabelecida. A Lei 8.080/90, em cumprimento aos artigos 196 a 198 da Constituição, organizou o Sistema Único de Saúde - SUS, em cujo campo de atuação está “a formulação da

RE 581488 / RS

política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção” (art. 6º, VI). Entre os órgãos integrantes do SUS está o Conselho de Saúde, assim caracterizado no art. 1º, § 2º da Lei:

§ 2º. O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

Com o beneplácito dos órgãos colegiados do SUS, inclusive do Conselho Nacional de Saúde, foi expedida, assim, a Portaria 3916/98, do Ministério da Saúde, definindo a “Política Nacional de Medicamentos” e institucionalizando a RENAME – Relação de Medicamentos Essenciais, com a finalidade de indicar os produtos considerados básicos e indispensáveis para atender a maioria dos problemas de saúde da população, que devem estar continuamente disponíveis aos segmentos da sociedade que deles necessitem.

Especificando ainda mais essa mesma política, foram editados pelo Ministério da Saúde outros atos normativos secundários importantes, como, *v.g.*, a Portaria 1.318/02, tratando do fornecimento de medicamentos excepcionais de alto custo, e a Portaria SAS 863/02, estabelecendo protocolo de tratamento para certas enfermidades e definindo critérios para inclusão ou exclusão.

Pois bem, justamente nesse protocolo (item 4) está expressamente excluída a indicação do medicamento aqui reclamado (Interferon peguilado) para o tratamento da enfermidade do impetrante, no estágio e na situação em que se

RE 581488 / RS

encontra. A respaldar a ineficiência do medicamento para o caso, milita, além da posição dos órgãos técnicos oficiais, a opinião da comunidade científica nacional e estrangeira abalizada nessa área da medicina, conforme reconhecido nos autos (fls. 283). Além do mais, conviria lembrar o elevadíssimo custo do medicamento pleiteado, fato reconhecido até pelo recorrente, circunstância que tem servido como exemplo de inviabilidade de fornecimento gratuito e universal para todos os pacientes (FERRAZ & VIEIRA, op. cit., p. 235; BARROSO, cit., p. 31 a 61). Justamente em razão da sua duvidosa eficácia e do se elevado custo, a Corte Especial do STJ teve oportunidade de suspender a execução de liminar que determinara fornecimento generalizado do medicamento Interferon Peguilado a pacientes do SUS em situação semelhante à do aqui impetrante (AgRg na Pet 1996, Corte Especial, Min. Nilson Naves, DJ de 05.04.04).

5. Em suma, não se pode ter como existente direito líquido e certo de obter do Estado, gratuitamente, o fornecimento de medicamento de alto custo, não incluído nas listas próprias expedidas pelos órgãos técnicos de formulação da política nacional de medicamentos e, ademais, considerado pelos órgãos técnicos do Poder Público (Ministério da Saúde e órgãos colegiados do Sistema Único de Saúde – SUS) e pela opinião da comunidade científica como ineficaz para o tratamento da enfermidade, na situação apresentada pelo Impetrante. Acertada, portanto, a decisão do tribunal recorrido, de denegar a ordem.

Esse conceito e esses limites do Direito Constitucional à Saúde devem ser considerados também quando se está diante de uma questão como essa que estamos examinando, relacionada ao pretense direito subjetivo a obter uma diferenciação de classe no atendimento hospitalar.

Comungo com o eminente Relator ao sustentar que não há inconstitucionalidade alguma na vedação estabelecida como política de Sistema Único de Saúde de negar tratamento diferenciado no

RE 581488 / RS

atendimento hospitalar. Atribuir preferências acarretaria uma situação ainda pior para os que já têm dificuldade de obter aquele mínimo necessário garantido pelo sistema.

Cumprimentando mais uma vez o eminente Relator, eu acompanho Sua Excelência.

03/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488 RIO GRANDE DO SUL**VOTO**

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, eu também começo louvando o eminente Ministro-Relator, não só pela beleza do seu voto, mas também pela iniciativa de sua Excelência em fazer a Audiência Pública sobre o tema. Tive oportunidade de comparecer a parte dos trabalhos. O assunto se reveste de extrema importância para o nosso Sistema de Saúde, e diz com a forma como nós o visualizamos e tratamos, em especial diante da jurisprudência firmada nesta Suprema Corte, a partir das premissas fáticas e teóricas colocadas no voto do eminente Ministro Dias Toffoli.

Neste processo que vem do Rio Grande do Sul, as reflexões feitas nos remetem a um maior estudo e à tentativa de pelo menos avançar no tema. Especialmente se reveste, para mim, de significado particular porque vi que a peça inicial e várias peças dos autos desta ação civil pública estão firmadas por um colega de Turma da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, desembargador aposentado e hoje advogado, Jorge Perrone de Oliveira, pelo qual tenho o maior apreço e que se revelou, ao longo desses anos todos, um jurista de escol.

Por outro lado, na Audiência Pública, manifestou-se a Professora Doutora Ana Luiza D'Ávila Viana, que integra o Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, minha colega de infância. Reencontrei-a pelo nome, ao fazer, depois da Audiência, a leitura dos depoimentos, e a identifiquei. Ela defendeu, falando pela ABRASCO – Associação Brasileira de Saúde Coletiva, a linha do voto agora trazido pelo Ministro Dias Toffoli.

Tenho considerações escritas sobre a matéria, mas vou me eximir de lê-las, porque o voto do Ministro Toffoli é abrangente e traduz o meu pensamento, ainda mais com as complementações agora feitas pelo Ministro Fachin e pelo Ministro Teori.

Apenas pontuo, de forma breve, que se discute, na espécie, a

RE 581488 / RS

possibilidade de o paciente, se assim o desejar (e puder!), ser internado pelo SUS em melhores condições, arcando com os custos resultantes desta opção, quer quanto ao hospital, quer quanto aos médicos.

Foi dito da tribuna que o número de leitos já é insuficiente, e, como visto, a sentença de improcedência, proferida em ação civil pública ajuizada pelo CREMERS, foi mantida em segundo grau. O TRF da 4ª Região, por sua 4ª Turma, em decisão por maioria de votos, negou provimento à apelação, ao entendimento – expresso no voto vencedor do Juiz Márcio Antônio Rocha, Redator designado –, de que **“possibilitar a opção pela diferença de classe, ainda que sem ônus para o Estado, é conferir tratamento especial, diferenciado aos pacientes dentro de um sistema que prevê o acesso universal e igualitário da população carente às ações e serviços do SUS, conforme disposto no art. 196 da CF (“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”)”**. Acresceu, na oportunidade, em seu voto, a Des. Marga Barth Tessler, que “no serviço público de saúde – SUS –, não há possibilidade de se atender por classe social, seja ela qual for. O serviço é único (...)”. Restou vencido o Relator, que provia em parte o apelo para reconhecer o direito de pacientes internados pelo SUS optarem pela chamada diferença de classe.

À luz do art. 196 da CF, e endossando os percutientes fundamentos do eminente Relator, cujo voto louvo mais uma vez, **nego provimento ao recurso extraordinário**.

03/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, senhores Advogados, estudantes e presentes, em primeiro lugar, também gostaria de louvar a profundidade com que o Ministro Dias Toffoli enfrentou o tema e o compromisso que ele assumiu em relação a um tema tão relevante, realizando tão proveitosa Audiência Pública.

Não fosse a existência, Senhor Presidente, de uma jurisprudência antiga do Supremo Tribunal Federal sobre este tema, eu sinceramente consideraria essa proposta; uma proposta absolutamente dissociada de lealdade, de boa-fé e de legitimidade, porque ela se propõe, num país onde a Constituição promete uma sociedade justa e solidária, com erradicação das desigualdades, uma desigualação entre os pobres e os mais pobres ainda.

Eu anotei aqui, pelo que eu pude entrever do voto de Sua Excelência, que, com a Constituição Federal de 1988 - uma lauda só que eu anotei -, em seus artigos 202 e seguintes, assegurou a garantia dos indivíduos de acesso à saúde, a qual seria ampla e irrestrita, prestada a todos os cidadãos em caráter universal e sobretudo igualitário, cumprindo aquela promessa embrionária da Constituição.

Com efeito, sendo o direito à saúde uma garantia constitucional, independentemente de contraprestação pecuniária, estando dissociada da ideia do sistema de seguro, sua prestação há de ser efetivada de forma universal e igualitária a todos os indivíduos do território nacional, como preconiza o voto do eminente Ministro-Relator.

Com a instituição dessa pretensa diferença de classe, é que se anula essa ideia pela própria bastardia da origem, fatalmente criar-se-iam, no mínimo, duas categorias dos pacientes: os que pagariam complemento

RE 581488 / RS

para utilizar-se do SUS e aqueles que nada pagariam. E, por conseguinte, gerariam-se diferenças no atendimento. Ou seja, àqueles que mais precisam do atendimento gratuito, seria oferecido um serviço de mais baixa qualidade, conferindo, aos que podem pagar pela diferença de classe, serviços melhores subsidiados pelos valores pagos pela tabela do SUS. Quer dizer, isso não se encaixa em nenhuma promessa do nosso ideário, que é a nossa Constituição.

Além disso, desse dispositivo constitucional da saúde, a que Vossa Excelência se referiu reiteradas vezes, extrai-se o princípio da gratuidade do direito de acesso à saúde, que seria, como Vossa Excelência muito bem destacou, amplamente violado. Sem embargo, a diferença de classe atenta contra a Constituição Federal e contra a própria Lei nº 8.080/90, uma vez que gera regimes de tratamento diferenciados no âmbito do próprio SUS, o que, além de ferir o princípio da igualdade de assistência à saúde sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, afronta a unicidade, mesmo, do sistema de saúde.

E já concluindo, nesse diapasão, eu destaco que o paciente tem direito ao serviço e não ao crédito perante o SUS. A lógica da diferença de classe é totalmente equivocada, por reforçar a desigualdade social já existente, aumentando as distorções do sistema com tratamento privilegiado de alguns, com a utilização dos escassos recursos públicos destinados aos mais humildes. Tais recursos passariam a custear o pagamento de saúde de pessoas que poderiam arcar com a totalidade de tais gastos por sua conta, retirando, dessarte, recursos que serviriam aos menos favorecidos, como também o Ministro Toffoli destacou.

Com efeito, com o reconhecimento da diferença de classe, tal sistema acabaria por tornar-se obrigatório, pois os hospitais, fatalmente, reduziriam o número de leitos do SUS. Então, necessariamente, quem faz jus e mais precisa do SUS precisaria efetivamente pagar para se internar. De outra parte, o reconhecimento da diferença de classe pelo Poder Judiciário abriria um perigoso caminho no sentido de gerar cobranças de todas as naturezas no âmbito do hospital sem atendimento prestado pelo SUS.

RE 581488 / RS

Então, com essas diminutas palavras, Senhor Presidente, mais uma vez enaltecendo o brilhante voto do Relator, um voto comprometido com a função social do Estado em relação ao direito da saúde de todos, eu o acompanho integralmente.

03/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488 RIO GRANDE DO SUL

ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, também não posso deixar de iniciar louvando o voto do Ministro Dias Toffoli, não apenas pela profundidade, mas pela pertinência das colocações feitas, até mesmo lembrando uma jurisprudência, que eu também tinha citado num breve voto escrito.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Nós precisamos, Ministra **Cármem**, se me permite, ao fazer uma viragem de jurisprudência, declará-la de maneira bem explícita.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Essa tem sido uma dinâmica.

E, neste caso até, esta tem sido uma diretriz deste Supremo Tribunal. Lembro-me que, como advogada, o Ministro Marco Aurélio e o Ministro Sepúlveda Pertence, eu, ainda sentada na plateia esperando a minha vez ou o meu processo, sempre ouvi isto: o Supremo pode e deve mudar, porque a Constituição é viva, a sociedade é viva. Porém, tem de avisar que está mudando.

E, neste caso, portanto, também citei julgados da Primeira Turma, relatados pelo Ministro Ilmar Galvão, por exemplo, o Ministro Moreira Alves, exatamente no sentido que prevalecia até então.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Mas se justifica pela transição do modelo anterior para um novo modelo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - E independente disso, Ministro, pode-se ter outra visão. A vida é dinâmica.

Mas também tenho, Senhor Presidente, que aceitar a capacidade econômica do paciente deste sistema, como um discrimen, diante de todas as dificuldades de gestão largamente demonstradas nas audiências públicas realizadas, representa, efetivamente, a meu ver, inegável violação ao princípio da igualdade, sem resguardo nenhum da

RE 581488 / RS

Constituição.

Há dois ou três meses, talvez, um grande jornal internacional fazia análise das mudanças havidas na sociedade brasileira desde a Constituição de 88. E dizia que nós passamos por um processo de igualação. No caso da saúde, com o Sistema de Saúde, evidentemente, isso se tem. O acesso, hoje, é muito diferente do que era na década de 50 ou de 40.

Estou acompanhando a compreensão do Ministro Dias Toffoli e de todos que votaram até agora no sentido da inconstitucionalidade, razão pela qual, Presidente, eu o acompanho também para negar provimento ao recurso.

03/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (vogal):

1. Recurso extraordinário interposto com base na al. *a* do inc. III do art. 102 da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional da Quarta Região:

“ADMINISTRATIVO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DIFERENÇA DECLASSE. ACESSO UNIVERSAL E IGUALITÁRIO.

Possibilitar a opção pela diferença de classe, ainda que sem ônus para o Estado, é conferir tratamento especial, diferenciado aos pacientes dentro de um sistema que prevê o acesso universal e igualitário da população carente às ações e serviços do Sistema único de Saúde, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal” (fl. 149, doc. 11, vol. 2).

2. O Recorrente alega ter o Tribunal *a quo* contrariado o art. 196 da Constituição da República (fls. 173-189, doc. 11, vol. 2), ao manter a política do Sistema Único de Saúde impeditiva da diferença de classe.

Argumenta que

“É fato notório e, pois, dispensa qualquer tipo de prova, que a diferença de classe era possível até 1991, quando o antigo INAMPS editou a Resolução n. 283 proibindo-a. Hoje, o SUS, gerido no território deste Estado pelo apelado, enquanto sucessor do extinto INAMPS, continua a política instituída pela Resolução n. 283, que impedia o segurado do INAMPS, hoje a pessoa que recorre ao SUS, de buscar a chamada ‘diferença de classe’, ou seja, o paciente pretende internar-se pelo SUS, mas, querendo melhores acomodações nos hospitais, propõe-se a pagar por elas de seu bolso ou mediante o uso

RE 581488 / RS

conjunto de outro convênio que lhe possibilite tal atendimento diferenciado. Mas não contentou-se somente com isto, em prejuízo do usuário do sistema: aumento as restrições.

Com efeito, da mesma maneira, o SUS, cujo gestor neste Estado é o próprio ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, ATRAVÉS DA SECRETARIA DA SAÚDE, salvo nos municípios que aderiram à Municipalidade Plena do SUS, não admite que paciente atendido inicialmente por seu médico busque internar-se DIRETAMENTE pelo SUS, obrigando-o a procurar um Posto de Saúde, para uma 'triagem'.

Na primeira situação o apelado VIOLA O DIREITO DO PACIENTE, criando-lhe, por mera burocracia, embaraço ao pronto acesso aos serviços de saúde, e, na segunda, o DIREITO DO PACIENTE DE PROCURAR MÉDICO DE SUA CONFIANÇA E DO MÉDICO NA SUA AUTONOMIA PROFISSIONAL, ASSEGURADA PELA LEI E PELAS NORMAS DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, que têm o 'status' de lei em MATÉRIA DE ÉTICA (COMO É O CASO DA AUTONOMIA" (fls. 181-182, doc. 11, vol. 2).

Pede o provimento do recurso.

3. Em 31.8.2012, o Plenário Virtual deste Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da questão debatida no presente recurso extraordinário:

"DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACESSO DE PACIENTE À INTERNAÇÃO PELO SUS COM A POSSIBILIDADE DE MELHORIA DO TIPO DE ACOMODAÇÃO RECEBIDA MEDIANTE O PAGAMENTO DA DIFERENÇA ENTRE OS VALORES CORRESPONDENTES. INTELIGÊNCIA E ALCANCE DA NORMA DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA" (RE 581.488-RG/RS, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe 12.9.2012).

RE 581488 / RS

4. O Procurador-Geral da República, após reconhecida a repercussão geral da matéria e realizada audiência pública neste Supremo Tribunal, alterou o seu posicionamento anterior e proferiu parecer pelo desprovimento do recurso extraordinário, assim resumido:

“O tema ora em debate não é novo na jurisprudência pátria, mas continua suscitando calorosos debates, em razão dos fortes impactos que produz para a sociedade como um todo, porquanto ligado, em última análise, à própria subsistência do indivíduo e à sua dignidade.

A audiência pública realizada perante a Suprema Corte, na medida em que oportunizou a exposição de opiniões divergentes sobre o tema, forneceu importantes subsídios para uma tomada de decisão que prestigie os valores essenciais insculpidos no texto constitucional.

E certo que o sistema de saúde, nos moldes em que praticado atualmente, é bastante deficiente e está muito longe do que almejado pelo legislador constitucional quando previu a criação de um sistema público de saúde universal e igualitário.

Não obstante, é preciso enfrentar a questão em sua real perspectiva. O problema da saúde no Brasil decorre de causas estruturais, dentre elas o subfinanciamento do setor, a má gestão do orçamento destinado às ações e serviços de saúde, a distribuição geográfica dos profissionais e de estruturas físicas, enfim, carência de diversas ordens — materiais e humanas — necessários ao bom atendimento da população.

Em tal contexto, verifica-se que a grave crise que assola o sistema público de saúde não será solucionada com a mera possibilidade de se ressuscitar o antigo regime de diferença de classes. Na verdade, essa possibilidade de pagamento por condições diferentes de acomodações acarretará não o que pretendido pelo CREMERS, mas acirrará ainda mais a precária realidade do SUS, na medida em que conferirá tratamento especial e diferenciado a pacientes dentro de um mesmo sistema que se pretende universal e igualitário.

Conforme bem expôs o Diretor-Presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar, André Longo Araújo de Melo, ao mencionar o desafio do Ministério da Saúde de procurar harmonizar todas as forças envolvidas na atenção à saúde no país, a diferença de classes, nos

RE 581488 / RS

moldes em que pretendida, aumentará a desigualdade no atendimento aos usuários do SUS da pior forma, pois "apoiará a iniciativa de dar mais leitos a quem pagar mais, e não àquele que necessita de maior atenção", aprofundando a odiosa desigualdade entre os indivíduos e agravando, ainda mais, a crise no acesso aos serviços de saúde públicos.

E foi exatamente com olhos postos nesse contexto que o Ministério Público Federal alterou o seu posicionamento anterior para sustentar, na audiência pública realizada, a impossibilidade de se admitir a diferença de classes:

Todos são iguais perante a lei e perante a dor. A dor da falta de saúde é idêntica, e não é possível que, quanto o Estado se responsabilize por isso, a capacidade de pagamento de alguém possa produzir qualquer diferença. Todos somos iguais, e, se sim, se deve e se deseja adquirir saúde à base em pagamento, a Constituição diz: existe um sistema privado puro, dirija-se a ele. Mas não permitamos que o sistema de saúde seja discriminatório, preconceituoso e criador de privilégios, fazendo com que aqueles que podem pagar tenham do Estado prestações diversas daqueles que não podem pagar.

Conforme preconiza a Constituição, o SUS é regido, dentre outros, pelos princípios da universalidade e da equidade. Como tal, o Poder Público tem por missão adotar políticas que reafirmem essas diretrizes, guiando os seus esforços no sentido de ampliar cada vez mais o atendimento público à população. Jamais pode o Estado adotar diretrizes que esvaziem o sentido da universalidade da cobertura do SUS, ou restrinjam o seu acesso.

Nesse sentido, o que importa é prestigiar a lógica do funcionamento do Sistema Único de Saúde, que dá concreção 'ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação', na forma a que alude o artigo 196 da Constituição Federal, sendo, portanto, irrelevante a fonte de custeio da diferença de classe, pois seria um mecanismo de subversão do sistema em si mesmo.

Assim, se ao cidadão não é vedado buscar, por seus próprios meios, a iniciativa privada, uma vez inserido no Sistema Único de Saúde há de receber tratamento que seja igualitário e universal.

RE 581488 / RS

Ante o exposto, o parecer é pelo desprovimento do recurso extraordinário” (fls. 3-6, doc. 31).

5. O que se põe em foco no presente recurso extraordinário é se a política atual do Sistema Único de Saúde que impede a diferença de classe, mesmo que o paciente suporte o ônus daí decorrentes, contraria o art. 196 da Constituição da República.

6. Como exposto pelo Relator, o Tribunal Regional Federal da Quarta Região decidiu que *“Possibilitar a opção pela diferença de classe, ainda que sem ônus para o Estado, é conferir tratamento especial, diferenciado aos pacientes dentro de um sistema que prevê o acesso universal e igualitário da população carente às ações e serviços do Sistema Único de Saúde, conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal”* (fl. 149, doc. 11, vol. 2).

7. O direito à vida compreende o direito à saúde, para que seja possível dar concretude ao princípio do viver digno. A Constituição da República assegura o direito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) e, em sua esteira, todos os meios de acesso aos fatores e condições que permitam a sua efetivação. Esse princípio constitui, no sistema constitucional vigente, um dos fundamentos mais expressivos sobre o qual se institui o Estado Democrático de Direito.

O direito de todos à saúde, *“garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*, conforme se contém no art. 196 da Constituição da República, compatibiliza-se, ainda, com o princípio constitucional da igualdade, daí a norma constitucional assecuratória do acesso universal e igualitário a todos os recursos disponíveis para garantia de condições de saúde.

8. Este Supremo Tribunal Federal assentou a obrigatoriedade de o Poder Público (União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios)

RE 581488 / RS

fornecer, gratuitamente, a pessoas carentes, portadoras de doenças graves, medicamentos e tratamentos destinados a assegurar condições do direito à continuidade da vida digna e a preservação da saúde: AI 604.949-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, DJ 24.11.2006; AI 486.816-AgR, Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 6.5.2005; RE 242.859-AgR, Relator Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 17.9.1999; e RE 509.569, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 14.3.2007.

9. O Supremo Tribunal assentou também a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas, especialmente quando se cuida de adoção de providências específicas, garantidoras de direitos constitucionais fundamentais impossíveis de serem usufruídos pela ausência de condições materiais imprescindíveis: SL n. 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Plenário, DJe 30.4.2010, AI n. 734.487-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 20.8.2010, ARE n. 639.337-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 15.9.2011 e AI n. 808.059-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 2.12.2010.

10. Se por um lado o direito à vida compreende o direito à saúde, para que seja possível dar concretude ao princípio do viver digno (art. 1º, inc. III), de outro lado, a Constituição da República previu como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil a promoção *“do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação* (art. 1º, inc. IV).

No que concerne aos direitos e garantias fundamentais, a Constituição estabelece:

“Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:”

RE 581488 / RS

Quanto ao direito à saúde, a Constituição da República dispõe:

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

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

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

11. Logo, a pretensão do Recorrente para o reconhecimento do direito a pacientes à internação seletiva pelo SUS, obtendo melhores acomodações ao pagar a chamada “diferença de classe” ao hospital o mesmo ao médico ou de se eximirem da prévia triagem em posto de saúde para autorização de internação, contraria diretamente os princípios constitucionais da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços de saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde, e mesmo o princípio da legalidade.

12. Há julgados da Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal a prestigiar a pretensão do Recorrente, mesmo após a edição da Resolução nº 283/91 do extinto INAMPS, a qual vedou a complementariedade a qualquer título:

“DIREITO À SAÚDE. ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE PERMITIU A INTERNAÇÃO HOSPITALAR NA MODALIDADE ‘DIFERENÇA DE CLASSE’, EM RAZÃO DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO DOENTE, QUE NECESSITAVA DE QUARTO

RE 581488 / RS

PRIVATIVO. PAGAMENTO POR ELE DA DIFERENÇA DE CUSTO DOS SERVIÇOS. RESOLUÇÃO Nº 283/91 DO EXTINTO INAMPS. O art. 196 da Constituição Federal estabelece como dever do Estado a prestação de assistência à saúde e garante o acesso universal e igualitário do cidadão aos serviços e ações para sua promoção, proteção e recuperação. O direito à saúde, como está assegurado na Carta, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas, no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. O acórdão recorrido, ao afastar a limitação da citada Resolução nº 283/91 do INAMPS, que veda a complementariedade a qualquer título, atentou para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, o de assistência à saúde. Refoge ao âmbito do apelo excepcional o exame da legalidade da citada resolução. Inocorrência de quebra da isonomia: não se estabeleceu tratamento desigual entre pessoas numa mesma situação, mas apenas facultou-se atendimento diferenciado em situação diferenciada, sem ampliar direito previsto na Carta e sem nenhum ônus extra para o sistema público. Recurso não conhecido” (RE 226.835, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 10.3.2000).

“Direito à saúde. ‘Diferença de classe’ sem ônus para o SUS. Resolução n. 283 do extinto INAMPS. Artigo 196 da Constituição Federal. - Competência da Justiça Estadual, porque a direção do SUS, sendo única e descentralizada em cada esfera de governo (art. 198, I, da Constituição), cabe, no âmbito dos Estados, às respectivas Secretarias de Saúde ou órgão equivalente. - O direito à saúde, como está assegurado no artigo 196 da Constituição, não deve sofrer embaraços impostos por autoridades administrativas no sentido de reduzi-lo ou de dificultar o acesso a ele. Inexistência, no caso, de ofensa à isonomia. Recurso extraordinário não conhecido” (RE 261.268, Relator o Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 5.10.2001).

Entretanto, aceitar a capacidade econômica do paciente como ‘discrímen’ no Sistema Único de Saúde, diante de todas as dificuldades de gestão desse sistema largamente demonstrada nas audiências públicas

RE 581488 / RS

realizadas neste Supremo Tribunal Federal, representa inegável violação ao princípio da igualdade, e nenhum dispositivo constitucional, nem mesmo o art. 196 da Constituição dá sustentação à pretensão do Recorrente.

Quanto conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma:

“A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Em suma, dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, pág. 10).

Conforme assente na doutrina e também na jurisprudência deste Supremo Tribunal, o princípio da isonomia consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

No que concerne ao fator de discriminação, Celso Antônio afirma:

“As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição. (...) Com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas”

RE 581488 / RS

(MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, págs. 17-18).

Sobre a concretização do princípio da igualdade, esse Supremo já decidiu:

“AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA N 213/2004, CONVERTIDA NA LEI N. 11.096/2005. PROGRAMA UNIVERSIDADE PARA TODOS PROUNI. AÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO. CUMPRIMENTO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA. (...) 5. Não há outro modo de concretizar o valor constitucional da igualdade senão pelo decidido combate aos fatores reais de desigualdade. O desvalor da desigualdade a proceder e justificar a imposição do valor da igualdade. A imperiosa luta contra as relações desigualitárias muito raro se dá pela via do descenso ou do rebaixamento puro e simples dos sujeitos favorecidos. Geralmente se verifica é pela ascensão das pessoas até então sob a hegemonia de outras. Que para tal viagem de verticalidade são compensadas com esse ou aquele fator de supremacia formal. Não é toda superioridade juridicamente conferida que implica negação ao princípio da igualdade. 6. O típico da lei é fazer distinções. Diferenciações. Desigualações. E fazer desigualações para contrabater renitentes desigualações. A lei existe para, diante dessa ou daquela desigualação que se revele densamente perturbadora da harmonia ou do equilíbrio social, impor uma outra desigualação compensatória. A lei como instrumento de reequilíbrio social. 7. Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos” (ADIs 3.314 e 3.330, Relator o Ministro Ayres Britto, Plenário, Dje 22.3.2013).

Ou seja, a desigualdade reconhecida como concretizadora do princípio da igualdade é aquela tendente a tutelar os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, e não aquela que almeja privilegiar os mais favorecidos economicamente, os quais poderiam pagar pela

RE 581488 / RS

denominada “diferença de classe” para obter tratamento ou acomodações diferenciados junto ao Sistema Único de Saúde.

13. A Constituição previu a participação da iniciativa privada, de forma complementar, no sistema único de saúde:

“Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

(...)

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;”

Além de todo esse disciplinado pela Constituição da República, a Lei n. 8.080/1999, que dispôs sobre “as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes”, além de também disciplinar no § 1º do seu art. 2º ter o Estado dever de estabelecer condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção da saúde, previu a participação complementar no SUS nos seguintes termos:

“CAPÍTULO II

Da Participação Complementar

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.”

RE 581488 / RS

A lei determina que a participação complementar no SUS ocorra por contrato ou convênio, observando normas de direito público, sem trazer qualquer hipótese de alteração das regras existentes por iniciativa do próprio particular interessado.

Não se pode ignorar, portanto, a impossibilidade jurídica de a Administração Pública agir de forma contrária ao que prevê a legislação quanto à participação complementar no sistema de saúde, sob pena de afronta ao princípio da legalidade.

Quanto ao tema, Hely Lopes Meirelles afirma:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza” (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 19ª ed. São Paulo: Malheiros).

14. Pelo exposto, voto pelo desprovimento do presente recurso extraordinário.

03/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488 RIO GRANDE DO SUL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, é a primeira vez que me defronto com a matéria, porque não participei do julgamento procedido pela Primeira Turma, com composição por mim formada – já que não estava presente. O meu convencimento, considerado o disposto no artigo 196 da Constituição Federal, quanto ao atendimento universal e igualitário, coincide com o do Relator.

Não trouxe voto escrito, Presidente, porque entendi até mesmo simples a matéria, para chegar-se a essa conclusão.

Acompanho Sua Excelência, desprovendo o recurso.

03/12/2015

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488 RIO GRANDE DO SUL

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu também inicio cumprimentando o eminente Relator pelo denso e sensível voto que traz.

Eu o acompanho integralmente, porque entendo que, em uma República, não é possível fazer qualquer distinção de acesso aos serviços públicos, sobretudo, ao serviço público de saúde, educação, que têm uma natureza essencialmente igualitária, como já foi mencionado pelos Ministros que me antecederam. A essência da República é fundamentalmente a igualdade, porque república vem de *res publica* - aquilo que é de todos -, e aquilo que é de todos deve ter um acesso absolutamente imparcial, sem qualquer distinção.

Portanto, acompanho Vossa Excelência, parabenizando-o pelo magnífico voto. Acho que é um momento importante de transição na jurisprudência desta Casa, avançando exatamente no sentido de se prestigiar a coletividade relativamente aos privilégios de uma minoria.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 581.488

PROCED. : RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI

RECTE.(S) : CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ADV.(A/S) : JORGE ALCIBÍADES PERRONE OLIVEIRA E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RECDO.(A/S) : MUNICÍPIO DE CANELA

ADV.(A/S) : GLADIMIR CHIELE E OUTRO(A/S)

RECDO.(A/S) : ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 579 da repercussão geral, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso. Em seguida, o Tribunal, por unanimidade, fixou tese nos seguintes termos: "É constitucional a regra que veda, no âmbito do Sistema Único de Saúde, a internação em acomodações superiores, bem como o atendimento diferenciado por médico do próprio Sistema Único de Saúde, ou por médico conveniado, mediante o pagamento da diferença dos valores correspondentes". Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Roberto Barroso, este representando o Supremo Tribunal Federal no evento "O poder das cortes constitucionais no mundo globalizado", na Universidade de Nova York. Falou, pelo recorrido Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Victor Herzer da Silva. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 03.12.2015.

Presidência do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Edson Fachin.

Vice-Procurador-Geral da República, em exercício, o Dr. Eugenio José Guilherme de Aragão.

p/ Fabiane Pereira de Oliveira Duarte
Assessora-Chefe do Plenário