

ASPECTOS INCONSTITUCIONAIS DO RESSARCIMENTO AO SUS

*Fábio Ferreira Mazza**

Sumário: 1 Introdução. 2 A agência nacional de saúde (ANS). 3 A inteligência do artigo 32 da Lei 9656/98, seu fundamento e consequências. Da inconstitucionalidade formal do ressarcimento ao SUS. 3.1 Da natureza jurídica do ressarcimento ao SUS e sua inteligência. 3.2 O procedimento administrativo de ressarcimento ao SUS. 4. Do ressarcimento como espécie de tributo. 4.1 O que é tributo? 4.2 A natureza da “taxa de ressarcimento”. 5 As inconstitucionalidades formais da “taxa de ressarcimento” de serviços de saúde. 5.1 Necessidade de lei complementar para a criação de contribuição social. 5.2 A sujeição passiva indireta. 5.3 A base de cálculo – ofensas ao princípio da legalidade. 6 O sujeito ativo da cobrança – a ausência de competência da ANS. 7 As inconstitucionalidades materiais da “taxa de ressarcimento” de serviços de saúde. 7.1 A liberdade da atividade particular de assistência à saúde. 7.2 Do enriquecimento ilícito do estado. 7.3 Objeto da relação jurídica de natureza privada. 7.4 Do não enriquecimento ilícito das operadoras. 8 Saúde: um dever do estado. 9 Conclusão.

Resumo: O ressarcimento ao SUS é em seu todo inconstitucional, não há como se falar em constitucionalidade como defendem alguns doutrinadores e juristas. Desde o surgimento da norma que regula o processo de ressarcimento ao SUS, até a forma de arrecadação e cálculo dos valores supostamente devidos, várias divergências podem ser citadas, divergências estas que afrontam, primordialmente, a Constituição Federal. Não há que se falar em ressarcimento quando a saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme o art. 196 da Constituição Federal. Na verdade, trata-se de uma nova forma de contribuição social, instituída em discordância com a Constituição Federal, razão pela qual deve ser abolida de nosso ordenamento jurídico. Com o presente estudo, por meio do método histórico e pesquisas bibliográficas, buscaremos demonstrar o caráter eminentemente tributário que referida exigência possui, bem como conceituar o ressarcimento, dando um enfoque maior à inconstitucionalidade – formal

* Bacharel em Direito pela Universidade Paulista - UNIP, Pós-Graduando em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU.

e material–, já que está expresso na Carta Magna, em seu art. 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Ressarcimento. SUS. Agência Nacional de Saúde.

Introdução

A Lei 9.656/98, em seu art. 32, estabelece que as operadoras de planos de saúde devem ressarcir ao sistema único de saúde as despesas incorridas, todas as vezes que um usuário daquelas utilizar de seus serviços. Para tanto, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, editou vários regulamentos visando instituir a denominada “taxa” de ressarcimento.

Nestes casos, o SUS identifica o beneficiário e exige da respectiva operadora o reembolso pelos serviços prestados; quando os mesmos eram objeto do contrato entre as operadoras e seus beneficiários. Como é sabido, a obrigatoriedade do ressarcimento tem sido contestada em sua constitucionalidade por diversas operadoras de planos de saúde perante o Poder Judiciário, especialmente se considerarmos a sua natureza tributária, bem assim o dever do Estado em prover à coletividade o acesso irrestrito à saúde.

A princípio, o Estado não pode cobrar das operadoras de planos de saúde uma “taxa” pela prestação de serviços a terceiros – no caso os assistidos pelos planos de saúde –, serviços esses cuja prestação, de acordo com o art. 196 da Carta Magna, é um direito de todos e dever do Estado. Ainda, há que se levar em consideração a possibilidade do ressarcimento possuir natureza de tributo: uma contribuição.

E assim, estamos diante de uma nova fonte de custeio da Seguridade Social, diferente daquelas já elencadas pela Carta Magna em seu art. 195, incisos I, II e III. Nesse sentido, como prevê o § 4º do artigo ora em comento c/c art. 154, inciso I, esta só poderia ter sido instituída por lei complementar, o que não ocorre no presente caso.

2 A agência nacional de saúde (ANS)

Com a entrada em vigor da Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, surge a ANS como Autarquia Federal de natureza especial, criada com a finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde e de regulamentar as operadoras

setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo, assim, para o desenvolvimento das ações de saúde no país.¹

Em verdade, está a ANS a regular atividade econômica destacada das demais, por envolver justamente a prestação de serviços privados de assistência à saúde, bem como os consumidores –beneficiários.

Conforme definido no art. 4º da lei de sua criação (Lei nº 9961/00), a ANS recebeu diversas competências, valendo, – para melhor compreensão do objeto deste estudo – a apresentação das seguintes, acompanhadas das respectivas regulamentações em vigor.

Art. 4 Compete à ANS: [...].

VI – estabelecer normas para o Ressarcimento ao SUS; (Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 18, de 2000, revogada pela RDC nº 62, de 20 de março de 2001).

XIX – proceder à integração de informações com os bancos de dados do Sistema Único de Saúde (RDC nº 3, de 2000).

XXX – aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, e sua regulamentação; (Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 24, de 16 de junho de 2000)

Para realizar tamanho plexo de tarefas, estruturalmente a Lei definiu que a gestão da ANS deveria ser exercida por uma Diretoria Colegiada (art. 6º), composta por até cinco diretorias.

Os Diretores, por força legal, são indicados e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação prévia do Senado Federal, para cumprimento de mandato de três a quatro anos.

3 A inteligência do artigo 32 da lei 9656/98, seu fundamento e consequências. Da inconstitucionalidade formal do ressarcimento ao SUS.

3.1 Da natureza jurídica do ressarcimento ao SUS e sua inteligência

Muitas foram as mudanças introduzidas pela Lei de Planos de Saúde, mas nada que se compare à turbulência causada pela criação do ressarcimento ao SUS. Essa obrigação decorre da previsão legal insculpida no art. 32 da Lei 9.656, de 1998.

O objetivo do ressarcimento é restituir os gastos realizados pela rede pública com o tratamento de pessoas filiadas a planos privados de

¹ ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. Taxa de Saúde Suplementar X Sistema Tributário Nacional. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*. Coordenador: Dejalma de Campos: 2006, v. 68

assistência à saúde, sempre que o tratamento for coberto pelo contrato do plano de saúde. Os serviços de assistência à saúde prestados pelo SUS a usuários de operadoras de planos de saúde que não constem do contrato correspondente, portanto, não são objeto do ressarcimento.

O artigo 32 da lei supracitada sempre foi alvo de inúmeras críticas, inclusive gerando várias ações que tramitam no judiciário nacional questionando o fundamento desta cobrança.

Na doutrina, apenas alguns se arriscaram a falar sobre o assunto, e entre estes as opiniões apresentam-se diversas.

3.2 O procedimento administrativo de ressarcimento ao SUS

A Resolução RDC 18, de 2000, regulamentou o procedimento do Ressarcimento de forma genérica, conferindo, em seu art. 10, à Diretoria de Desenvolvimento Setorial – DIDES competência para definir o fluxo de atualização, as rotinas para processamento da identificação dos usuários, para as impugnações das cobranças, além das medidas necessárias ao recebimento de valores devidos e não pagos pelas operadoras nos vencimentos estipulados.

Ainda, cabe lembrar que por se tratar de um procedimento administrativo, o ressarcimento ao SUS, encontra-se disciplinado também pela Lei nº 9.784/99, que estabelece normas gerais a serem observadas por todos os entes da Administração Pública, seja direta ou indireta.

Resumidamente podemos apresentar o procedimento da seguinte forma:

A primeira obrigação das operadoras é fornecer, periodicamente, à ANS *todas as informações* e estatísticas relativas às suas atividades, incluídas as de natureza cadastral, especialmente aquelas *que permitam a identificação dos consumidores e de seus dependentes*, incluindo seus nomes, inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas dos titulares e Municípios onde residem (art. 20 da LPS).

Com base nestas informações, a ANS criou um cadastro dos beneficiários dos planos de saúde.

O SUS, a seu turno, envia periodicamente à ANS as Autorizações de Internações Hospitalares (AIH), ou seja, uma lista com os dados de todas as pessoas atendidas pelo SUS durante o período.

Assim, periodicamente, a ANS cruza os dados das AIHs com o cadastro de clientes das operadoras privadas e, desta forma, identifica os atendimentos a serem ressarcidos, de forma eletrônica, conforme estabelecido pela RN 185/08.

4 Do ressarcimento como espécie de tributo

4.1 O que é tributo?

Segundo a corrente quinquipartida, da qual nos filiamos, são cinco os tipos de tributos: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições e empréstimos compulsórios. Essa corrente é sustentada por Ives Gandra da Silva Martins,² Cláudio Santos³ e José Eduardo Soares de Melo.⁴ Essa é, também, a posição do STF.

Está pacificado na doutrina e também na jurisprudência o entendimento de que as contribuições especiais têm natureza tributária, o que por muito tempo, foi objeto de discussão no âmbito do direito tributário.

A Constituição Federal outorga competência para as pessoas jurídicas de direito público instituírem diversos tipos de contribuições –doravante denominadas de contribuições especiais–, com base no seu artigo 149.

Vale destacar que, apesar de receberem a denominação genérica de contribuições, podem ser separadas em: (i) contribuições sociais; (ii) contribuições para a intervenção no domínio econômico; e (iii) contribuições de interesse das categorias profissionais ou econômicas.

Há que se destacar, ainda, a existência da previsão constitucional das contribuições para o financiamento da Seguridade Social (art. 195) – as quais iremos nos ater–, que podem ser facilmente incluídas no rol das contribuições especiais.

Deixando de lado as discussões quanto à natureza das contribuições, entendemos serem elas tributárias tendo em vista que se encaixam perfeitamente no art.3º do CTN, ou seja, são tributos – prestação pecuniária, compulsória, instituída por meio de lei, não é multa, cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Isso significa dizer que estarão sujeitas ao princípio da legalidade, da igualdade, da anterioridade – considerando que as contribuições para a Seguridade Social estão sujeitas a uma anterioridade específica – e da vedação do confisco (art. 150 da Constituição Federal). Não é possível, portanto, ao legislador ordinário, se esquivar de atender a

² MARTINS, Ives Gandra da Silva. **As Contribuições Especiais numa Divisão Quinquipartida dos Tributos**. São Paulo, Resenha Tributária, 1976

³ SANTOS, Cláudio. **As contribuições sociais na Constituição**. Caderno de Pesquisas Tributárias 2, São Paulo, Resenha Tributária, p. 70

⁴ SOARES DE MELO, José Eduardo. **Contribuições Sociais no Sistema Tributário**. 4ª ed., São Paulo : Malheiros, 2003, p. 42

tais diretrizes para instituir uma contribuição, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

Para ilustrar o entendimento da doutrina a respeito desse assunto, vale, inicialmente, transcrever um trecho da obra de Paulo de Barros Carvalho sobre a natureza tributária das contribuições especiais:

A conclusão parece-nos irrefutável: as contribuições são tributos que, como tais, podem assumir a feição de impostos ou de taxas. Excluímos, de indústria, a possibilidade de aparecerem com os caracteres de contribuição de melhoria, posto que esta espécie foi concebida em termos de estreito relacionamento com a valorização do imóvel, traço que não só prejudica como até impede seu aproveitamento como forma de exigência e cobrança das contribuições.⁵

O STF também pacificou o seu entendimento no sentido de que as contribuições especiais têm natureza tributária, sob a égide da Constituição Federal de 1988. Vale destacar que, por muitos anos, enquanto vigia a Emenda Constitucional nº 8/77, a Suprema Corte manifestou, por diversas vezes, o entendimento de que a contribuição ao PIS não teria natureza tributária.

Contudo, a partir do julgamento das questões atinentes às contribuições especiais com base na Constituição Federal de 1988, a jurisprudência daquele Tribunal foi revertida⁶.

Não há dúvidas de que as contribuições dos artigos 149 e 195 da Constituição Federal têm natureza tributária – equiparando-se, conforme a doutrina majoritária, ora a taxas, ora a impostos –, razão pela qual, em princípio, estão sujeitas aos princípios e diretrizes estabelecidos pelo Sistema Tributário Nacional.

Dessa forma, resta-nos evidente que, quando falamos em ressarcimento ao SUS, estamos diante de uma espécie tributária, mais especificamente, uma

⁵ BARROS CARVALHO, Paulo de. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 1985, 2002, p. 44

⁶ Neste sentido: AI-AgR 499730/ SP - SÃO PAULO, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma DJ 05-08-2005 PP-00043 EMENT V.-02199-20 PP-04024: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. VÍCIO DE PROCEDIMENTO. INEXISTÊNCIA. TRIBUTÁRIO. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. EXIGIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 1. A observância do disposto no parágrafo primeiro do artigo 543 do Código de Processo Civil não pode ser dissociada da previsão legal do seu caput, que prevê primeiramente a remessa do processo ao Superior Tribunal de Justiça somente na hipótese em que ambos os recursos foram admitidos pelo Presidente do Tribunal a quo. 2. Contribuição para o salário-educação. Compatibilidade com a EC-01/69 e com a Constituição do Brasil, que apenas alterou sua natureza jurídica para tributária. Precedente do Tribunal Pleno. 3. Honorários advocatícios fixados pelo acórdão recorrido. Não comporta revisão no Recurso Extraordinário. Agravo regimental a que se nega provimento.

nova contribuição social (ou seja, mais uma fonte de custeio da seguridade social), independentemente da nomenclatura que possuir, e, por isso, as ilegalidades e, principalmente, sua inconstitucionalidade, são latentes.

4.2 A natureza da “taxa de ressarcimento”

Embora não conste na lei ou em qualquer regulamento a denominação “Taxa de Ressarcimento”, estabelecendo-se apenas a forma como o SUS será ressarcido, pela natureza deste valor a única interpretação que resta plausível é que se trate de uma “taxa”,⁷ devido à sua natureza tributária.

Estando diante de uma exigência formulada pelo Estado para que o particular lhe entregue determinada quantia em dinheiro, cumpre ao jurista analisar a que título essa exigência é feita. Para que se possa reconhecer como sendo tributo uma exigência estatal, mostra-se preciosa a lição do prof. Geraldo Ataliba (1999:36):

Toda vez que se depare o jurista com uma situação em que alguém esteja colocado na contingência de ter o comportamento específico de dar dinheiro ao estado (ou a entidade dele delegada por lei), deverá inicialmente verificar se e trata de:

- a) multa;
- b) obrigação convencional;
- c) indenização por dano;
- d) tributo.

No que toca ao Ressarcimento ao SUS, esse não pode ser considerado multa, tendo em vista, não estarmos diante de um ato ilícito. O que houve foi o uso do serviço público, consagrado pela Constituição Federal, por um cidadão que possui plano de saúde.

Por esse mesmo motivo, também não se pode falar que seja indenização por dano, eis que as operadoras não praticam ato ilícito algum para serem exigido aquele valor, e por não existir qualquer relação contratual que envolva as operadoras de plano de saúde e o SUS ou a ANS.

Essa exigência de ressarcimento das despesas efetuadas pelo Estado relativas a tratamento de saúde prestado a beneficiários de plano de saúde

⁷ Cabe ressaltar, que em nosso trabalho utilizaremos o termo “taxa” em sentido lato, apenas para indicar o ressarcimento ao SUS como espécie tributária. Como acima já apresentado, em verdade, entendemos que o ressarcimento ao SUS é uma contribuição social, por sua natureza de fonte de custeio da seguridade social.

é uma prestação pecuniária compulsória em moeda, que não constitui sanção por ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa vinculada; trata-se, portanto, de tributo, conforme dispõe o artigo 3º do CTN – Código Tributário Nacional.

No entanto, ao pretender instituir uma forma de ressarcimento das despesas que efetuou através do SUS, o Estado está na realidade, instituindo uma “taxa” de forma absolutamente desvinculada dos princípios constitucionais que regem o sistema tributário. No caso do ressarcimento não podemos ter dúvidas de que se trata de um tributo, e portanto, deve obedecer aos regramentos legais e constitucionais que a regem.

Por todo exposto, temos a seguinte assertiva, por critério de exclusão seguindo as lições de Geraldo Ataliba, entendemos que o Ressarcimento ao SUS é um tributo. Partindo dessa premissa e, pelas definições deste, entendemos ser na modalidade contribuição social⁸.

5 As inconstitucionalidades formais da “taxa de ressarcimento” de serviços de saúde

5.1 Necessidade de lei complementar para a criação de contribuição social

É de conhecimento que nossa ordem jurídica é formada por um sistema de normas dispostas hierarquicamente, de modo que as inferiores possuem como seu fundamento de validade uma norma que lhe seja superior, conforme os postulados de Hans Kelsen, ficando popularmente conhecida pela teoria da estrutura geométrica piramidal das leis.

Em nosso direito constitucional positivo, o rol do patamar hierárquico encontra-se insculpido no art. 59 da CF/88, em ordem decrescente, de modo que logo abaixo da lei complementar, encontra-se a lei ordinária, considerando-se, *in casu*, critérios formais.

Dessa forma que uma lei complementar possui especificidades quando de sua constituição, por exemplo, a necessidade de *quorum* qualificado de aprovação, e ainda o mais importante para o desenvolvimento do nosso trabalho, a constituição reserva matérias específicas para ela. Uma delas é a necessidade de Lei Complementar para instituição de nova fonte de custeio - contribuição social.

A razão pela qual as novas contribuições requerem lei complementar, ao contrário das contribuições ordinárias – que são instituídas por via

⁸ Cabe ressaltar que utilizaremos a expressão taxa em seu sentido lato, para nos referirmos à contribuição social.

normal - está estampada na CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 195, § 4º (que deve ser interpretado em sintonia com o § 5º), senão vejamos:

A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.

A expressão “outras fontes” acima guisada, no escólio de José Souto Maior Borges⁹ sinteticamente nomeia “... outras contribuições, além da contribuição para a seguridade social (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 195, inc. I a III)”.

Evidentemente que, ao criar o ressarcimento, o legislador ordinário o tratou como sendo uma verdadeira contribuição social, necessitando assim de cuidados com as especificidades para a criação de tal tributo, conforme dispõe expressamente o § 4º do artigo 195 da Carta Magna de 1988, onde, “a lei poderá instituir outra fonte destinada a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no artigo 154, inciso I”, que por sua vez, prevê:

Art. 154. A União poderá instituir:

I – mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição.

Aliás, o próprio artigo 198, Parágrafo Primeiro da Carta Magna de 1988, quando trata especificamente sobre o financiamento do Sistema Único de Saúde, prevê que:

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:

Parágrafo Primeiro. O Sistema Único de Saúde será financiado, nos termos do artigo 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Na verdade, o Sistema Único de Saúde poderá ser financiado por “outras fontes”, conforme preleciona o dispositivo constitucional supra referenciado; todavia, para a criação de tais fontes devem também ser

⁹ **Constitucionalidade Material do Salário-Educação**. Revista Dialética de Direito Tributário n.º 44, São Paulo: Dialética, p. 109.

observados os preceitos estabelecidos nos artigos 195, § 4º, e 154, inciso I, da Carta Política de 1988, supra transcritos.

Não há dúvidas, também, de que existe fundamental diferença entre tais diplomas legais. O professor Alexandre de Moraes, em sua conceituada obra, *Direito Constitucional*, 3ª Edição, 1998, Editora Atlas, pág. 464, *in verbis*, nos ensina as diferenças entre a lei complementar e lei ordinária.¹⁰

A razão da exigência de lei complementar para a criação de outras fontes para o custeio da seguridade social - além daquelas já previstas no artigo 195 da CF/88, não é outra senão a de resguardar a matéria contra alterações volúveis e constantes, ou seja, para que não seja, nunca, fruto da vontade de uma minoria ocasionalmente em condições de fazer prevalecer sua voz.

Assim, a instituição do “Ressarcimento ao SUS” é inconstitucional, sob a ótica formal, porque foi imposto por meio de diploma legal de natureza ordinária, sem respaldo em lei complementar, consoante o estatuído pelos citados artigos da Constituição da República.

Nesse sentido trilha o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

A lei ordinária que dispõe a respeito de matéria reservada à lei complementar usurpa competência fixada na Constituição Federal, incidindo no vício de inconstitucionalidade. (STJ – 2ª Turma – Resp n.º 92.508/DF – Rel. Min. Ari Pargendler, Diário da Justiça, Seção I, 25 de agosto de 1997, p. 39.337)

Impende ainda assinalar que a exigência de lei complementar *in casu* não é fortuita ou casuística. Deve-se, segundo Sacha Calmon Navarro Coelho¹¹:

[...] ao fato de se constituírem tais exações em prol da previdência, numa formidável massa de recursos. Sem dúvida, são os tributos de mais ampla base tributável, pois incidem praticamente toda as empresas do país, deixando de longe o imposto de renda, tido pela o mais geral dos impostos, tão certo que o constituinte, na parte do orçamento, criou mais um, o da seguridade social (art. 165, § 5º, III da CONSTITUIÇÃO FEDERAL).

¹⁰ São duas as diferenças entre lei complementar e lei ordinária. A primeira é material, uma vez que somente poderá ser objeto de lei complementar a matéria taxativamente prevista na Constituição Federal, enquanto todas as demais matérias deverão ser objetos de lei ordinária. Assim, a Constituição Federal reserva determinadas matérias cuja regulamentação, obrigatoriamente, será realizada por meio de lei complementar [...] A segunda é formal e diz respeito ao processo legislativo, na fase de votação. Enquanto o ‘*quorum*’ para a aprovação de lei ordinária é de maioria simples (art. 47), o ‘*quorum*’ para a aprovação da lei complementar é de maioria absoluta (art. 69).

¹¹ **Comentários à Constituição de 1988** – Sistema Tributário. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 44.

Assim, fica clara a necessidade de lei complementar para a criação de uma nova contribuição, como é o caso do ressarcimento. O não atendimento a esses preceitos constitucionais fere o princípio da legalidade, e, portanto, torna a lei criadora do tributo em exação inconstitucional.

Cabe lembrar, que a Lei complementar é aquela na qual sua aprovação se dá por maioria absoluta, a fim de evitar que ela seja “fruto da vontade de uma minoria ocasionalmente em condições de fazer prevalecer sua voz”, sendo, por conseguinte, este *quorum* qualificado o do art. 69, da Constituição Federal, um sinal certo da maior ponderação que o constituinte quis ver associada ao seu estabelecimento.

Não há como conceber, repita-se, que uma nova fonte de custeio – contribuição social – tenha sido criada por Lei Ordinária, e que, ainda, sua regulamentação se dê por normativas e regulamentos de uma autarquia federal.

Ademais, em se tratando de um tributo, a base de cálculo deve obrigatoriamente estar definida em lei, em razão dos princípios da estrita legalidade tributária (o art. 150, inciso I, da Constituição) e da tipicidade (art. 97, do CTN). No caso (ou seja, a Lei Ordinária 9.656/98) essa condição também não foi respeitada, já que os valores a serem ressarcidos pelas operadoras são definidos pela Agência Nacional de Saúde – ANS – por meio de suas resoluções.

5.2 A sujeição passiva indireta

A inconstitucionalidade formal do ressarcimento ficou evidente com o acima exposto, restando inegável a conclusão de que houve clara afronta ao princípio da legalidade, quando da criação de tal contribuição por lei ordinária. Mas ainda que assim não se entenda, o dever de reembolso ao SUS não deverá ser das Operadoras, porquanto se trata de sujeito passivo indireto; ou seja: não foi, não é, e não será a Operadora a responsável pelo fato gerador de tal contribuição.

O sujeito passivo direto será sempre o usuário do plano privado de saúde que fez uso de um direito seu, ou seja, usar e ser atendimento pelo SUS.

Em regra, o sujeito passivo da obrigação tributária é o titular da riqueza descrita da hipótese de incidência da norma que instituiu o tributo. No caso em análise, contribuinte é aquele que foi favorecido pela prestação do serviço.

Assim, caso fosse possível ao Estado pretender obter ressarcimento pelos serviços referentes a assistência à saúde, poderia fazê-lo diretamente

do contribuinte, mas não de terceiro que não tem qualquer relação com o fato gerador.

Como não é prestado qualquer serviço diretamente às operadoras de plano de saúde, nem colocado à sua disposição, e tampouco se trata de exercício de poder de polícia, nada justifica a cobrança desta “taxa de ressarcimento” do plano de saúde.

Vê-se, assim, uma completa desvinculação entre a hipótese de incidência da norma –prestação de serviço do Estado ao particular– e o mandamento –obrigação de um terceiro ressarcir o Estado por este serviço.

No máximo, estaríamos diante, de uma responsabilidade tributária; contudo, o Estado estaria intervindo de forma direta nos contratos assinados entre a Operadora e seus usuários, o que não se admite pela garantia constitucional da livre iniciativa.

Quanto a esta exigência de ressarcimento, os planos de saúde não têm a mínima vinculação com o fato gerador, que é a prestação de serviço médico pelo SUS a um cidadão que seja beneficiário do plano.

A operadora em nada contribui para a caracterização do fato gerador, de modo que não se lhe poderia imputar a responsabilidade tributária, a não ser que esta deixe de, deliberada e comprovadamente, cumprir alguma das obrigações delineadas no contrato.

Não há dessa forma, em que se falar em sujeição passiva indireta, posto que a Operadora não é responsável tributária, não possui ligação com o fato gerador da exação e, pior, não tem qualquer poder de interferir nessa escolha por parte de seus usuários.

5.3 A base de cálculo – ofensas ao princípio da legalidade

Ainda que se reputasse constitucional a instituição de uma exação visando o ressarcimento do Estado em relação às despesas que este efetuou quando da prestação de serviços de assistência médica, mesmo assim esta exação, da forma como foi instituída, ofende moralmente o princípio da legalidade.

A exigência de ressarcimento dos custos referentes à prestação de serviços de assistência médica pelo SUS ao beneficiário de plano de saúde, entretanto, não respeitou o princípio da legalidade.

Pelo que dispõe a Lei 9.656/98, o valor do ressarcimento é aquele fixado em “tabela de procedimentos a ser aprovada pela ANS” (art. 32, § 1º), limitando esse valor da seguinte forma: “não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras (§ 5º)”.

Contudo, não é dado à lei fixar apenas limites entre os quais a Administração fixará a base de cálculo do tributo. Este tipo de liberdade atribuída ao Executivo só é possível no que pertine às alíquotas dos impostos expressamente mencionados no art. 153, § 1º da CF/88.

Para a validade da exigência de um tributo, é imprescindível que a sua base de cálculo esteja expressamente instituída na lei, sendo absolutamente inconstitucional esta outorga de competência para que a ANS estabeleça esta tabela.

Ademais, ainda que estivesse definida em lei, o valor da taxa deveria, obrigatoriamente, guardar relação com o efetivo custo do serviço prestado, não podendo de forma alguma, ser superior a ele.

No caso, o custo do serviço prestado pelo Estado é facilmente verificado pela tabela do SUS: é este o valor despendido pelo Estado para custear os serviços de assistência médica.

Entretanto, pretende-se ser ressarcido utilizando-se outra tabela, denominada TUNEP (Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos), instituída pela Resolução RDC nº 17, de 30 de março de 2000, pela ANS. Verifica-se que os valores constantes nesta tabela são muito superiores àqueles constantes na tabela do SUS, ou seja, o Estado, deliberadamente, objetiva cobrar muito mais do que efetivamente despendeu pelo serviço por ele prestado.

Em relação às taxas, alguns doutrinadores afirmam que a análise de suas bases de cálculo deverá exibir, forçosamente, a medida da intensidade da participação do Estado. O prof. Roque Carrazza leciona que:

conquanto não seja necessária uma perfeita correlação entre o custo da atividade estatal e o montante exigido a título de taxa, deve, no mínimo, haver uma proporcionalidade entre ambas. Queremos com isso destacar que, ao contrário do que acontece com os impostos, as pessoas políticas não podem criar taxas com o fito exclusivo de carrear dinheiro para os cofres públicos.¹²

Verificada a ausência de correlação entre o valor do serviço prestado pelo Estado (facilmente apurável através da tabela do SUS, utilizada para cálculo do valor a ser pago ao médico ou à instituição credenciada que efetivamente prestou o serviço) e aquele que está sendo cobrado a título de “ressarcimento”, é imperioso reconhecer-se a ilegalidade desta exação.

¹² CARRAZZA, Roque. Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 275 a 280.

Se a ANS pretende cobrar, a título de ressarcimento, importância superior àquela que efetivamente o SUS despendeu, não estará compensando o “prejuízo”, mas obtendo lucro com a operação. O lucro pode até ser lícito em algumas atividades estatais, mas no caso em tela verifica-se o enriquecimento sem causa do Estado.

Nota-se, destarte, que ainda que fosse possível a cobrança de valores para ressarcimento do Estado pelos serviços de assistência médica prestado pelo SUS, é absolutamente ilegal e inconstitucional a fixação de valores evidentemente desconformes com os custos do serviço, fixados por ato regulamentar de uma autarquia e não por lei, além da configuração de enriquecimento desarrazoado pelo Estado.

6 O sujeito ativo da cobrança – a ausência de competência da ANS

Como se sabe, a atividade administrativa é estritamente vinculada: o agente administrativo só pode fazer o que a lei expressamente lhe determina.

Além disso, a cobrança de qualquer tributo só pode ser feita pela pessoa jurídica a quem a lei expressamente outorgue essa competência.

No caso desta “taxa de ressarcimento”, a lei fala que os serviços de atendimento à saúde conveniados ao SUS serão ressarcidos pelas operadoras de planos de saúde (art. 32, *caput* da Lei 9.656/98), especificando que “o ressarcimento a que se refere o caput será efetuado pelas operadoras à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, e ao SUS.”

Em nenhum momento a lei outorga competência para a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS cobrar os valores referentes a esse ressarcimento.

Nem mesmo a lei que criou essa agência estabelece essa competência, limitando-se a afirmar que compete à ANS “estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS” (art. 4º, VI, da Lei 9.961/2000).

Com isso verifica-se facilmente a ilegalidade da pretensão da ANS em cobrar esses valores, já que a autarquia não detém competência para cobrar qualquer tipo de verba a título de ressarcimento de despesas efetuadas em decorrência de atendimentos pelo SUS.

A pretensa competência da ANS teria sido instituída pela Resolução – RE nº 01, de 30 de março de 2000, da própria ANS. Ora, é mais do que sabido que a competência administrativa tem de ser outorgada por lei. A

autarquia jamais pode, através de regulamento por ela mesma editada, atribuir-se competência para cobrança de qualquer tipo de verba, sob pena de usurpar competência privativa do poder legislativo, contrariando cláusula pétrea da constituição federal, haja vista que fere a tripartição dos poderes.

7 As inconstitucionalidades materiais da “taxa de ressarcimento” de serviços de saúde

Muito controverso é a questão do ressarcimento ao SUS, não somente no aspecto de suas inconstitucionalidades formais, mas também em suas inconstitucionalidades materiais, objeto deste estudo.

Como mencionado anteriormente, o Estado pretende ser ressarcido por um serviço que tem o dever de prestar de forma gratuita a todos os cidadãos, independentemente do fato de serem esses cidadãos usuários ou não de planos de saúde.

A Constituição garante, em seu art. 196, o seguinte:

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 o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, prestação e recuperação.

Vê-se, desde logo, que todos cidadãos têm o direito à assistência à saúde, a ser prestada pelo próprio Estado, independente de qualquer forma de remuneração direta paga pelo contribuinte ou por quem quer que seja. Ou seja, determinados impostos, contribuições ou outras fontes de custeio deverão subsidiar tal serviço, e nada mais.

Prevalecendo a exigência desta taxa de ressarcimento, somente os serviços médicos prestados àqueles que não têm nenhum plano de saúde estariam sendo financiados diretamente pelo orçamento da seguridade social. Cabe ressaltar que na maioria das vezes, os “provedores” do orçamento estatal são os usuários de plano de saúde, sendo que estes também têm impostos e contribuições a recolher.

Ora, mesmo aqueles que possuem plano de saúde têm o direito de exigir que o Estado lhes preste serviços de atendimento médico de forma gratuita e digna, até mesmo para que o cidadão entenda justificável arcar com toda a carga tributária que lhe é exigida.

7.1 A liberdade da atividade particular de assistência à saúde

Afora os aspectos tributários, a malsinada pretensão da ANS em pretender cobrar valores a título de ressarcimento por serviços de saúde prestados pelo SUS a beneficiários de planos de saúde fere a liberdade do exercício da atividade das operadoras.

A Constituição garante, em seu art. 199, que: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Trata-se de especificação do princípio maior insculpido no art. 170 da Carta Magna que garante que a ordem econômica será fundada na livre iniciativa.

Com isso, permite-se que a iniciativa privada institua planos de saúde e os opere, dentro, obviamente, das estipulações legais. No entanto, não pode a lei tolher esta liberdade, como está acontecendo no caso ora em análise.

Ainda, da análise do texto constitucional, verifica-se que o próprio legislador constituinte previu a possibilidade da prestação de assistência à saúde pela iniciativa privada, não criando qualquer empecilho para sua atuação, além daqueles decorrentes da legislação reguladora, sendo oportuno destacar a regra insculpida no Art. 199, § 1º, que assim dispõe:

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 público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Ademais, é certo que a saúde encontra-se visceralmente ligada aos objetivos da República Federativa do Brasil, eis que se encontra inserida no contexto da promoção do bem de todos (Art. 3º, IV).

Nesse diapasão, tem-se que as atividades desenvolvidas pelas empresas de saúde são consideradas de interesse público, pelo que compete ao Estado tomar as providências cabíveis no sentido de evitar eventuais negligências por parte de tais pessoas jurídicas, nos termos do dispositivo a seguir transcrito:

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

Portanto, cabe ao Estado a fiscalização da exploração da assistência à saúde pela iniciativa privada, fazendo com que não só a legislação pertinente à questão, como também os contratos firmados sejam fielmente

cumpridos; porém não deve o Estado interferir na livre iniciativa, na relação entre particulares, interferindo no direito de escolha e causando maiores prejuízos entre as partes (usuários e operadoras).

O complexo cálculo atuarial necessariamente leva em conta este dado: se a operadora somente possui médicos e hospitais credenciados em uma unidade da Federação, por exemplo, pode prever, ainda que de forma genérica, um número médio de exames e consultas que terá de pagar.

É por isso que os valores dos planos de saúde são diferentes dos de seguro de saúde: no primeiro, a operadora sabe quantos médicos credenciados tem e, no segundo caso, a existência do risco é que é levada em conta, já que a operadora terá de ressarcir os atendimentos feitos por qualquer médico.

A Lei 9.656/98 ao permitir que o SUS cobre dos planos de saúde os valores referentes a atendimentos feitos por qualquer de seus credenciados está tolhendo por completo a margem de liberdade que as operadoras detêm de credenciar livremente seus médicos e hospitais.

A operadora deixa de ter qualquer controle do número médio de atendimentos que terá de custear, já que todos os médicos, clínicas, hospitais e instituições de todo o país que sejam credenciados ao SUS passam, automaticamente, a ser credenciados dos planos de saúde, na medida em que estes terão de arcar com as despesas referentes a atendimentos a seus beneficiários levadas a cabo por qualquer dos credenciados do SUS.

Ao exigir que as operadoras de planos de saúde arquem com os custos de atendimento efetuados por todo e qualquer médico credenciado do SUS, a Lei está desvirtuando por completo a liberdade garantida pelo art. 199 da Constituição Federal, vale dizer, não são mais as regras da ordem econômica que regem a matéria, eis que o particular que explora esta atividade não tem mais nenhum controle sobre sua atividade.

A liberdade das operadoras de plano de saúde também implica o estabelecimento de formas de liberação de consultas e exames. Existem casos em que a operadora exige liberação prévia, aprovada por Junta Médica, por exemplo. Nestes casos, se o beneficiário não atender aos requisitos contratuais, não obterá a liberação da consulta ou do exame. Já se ele recorrer ao SUS, a operadora sequer terá como estabelecer este controle prévio como lhe seria possível.

7.2 Do enriquecimento ilícito do estado

Transferiu-se às operadoras de plano de saúde o ônus de arcar com as despesas efetuadas pelo Estado referentes a todos os outros atendimentos, intervindo dessa forma na atividade empresarial privada que, de acordo com a Constituição Federal, deve ser livre.

Não se pode alegar que as operadoras recebem pela cobertura de agravos à saúde de seus beneficiários e que os atendimentos feitos pelo Estado, a estes eventos cobertos, acarretariam enriquecimento ilícito por parte das empresas privadas. Além disso, as operadoras, já contribuem com o Estado quando do pagamento de contribuições e outros tributos.

A problemática vai além, pois, sendo as operadoras de planos de saúde obrigadas a ressarcir os valores impostos pela ANS, decorrentes dos atendimentos a seus beneficiários, em unidades hospitalares pertencentes à rede pública de saúde, certamente os consumidores dos planos de saúde é que acabariam por suportar o ônus financeiro decorrente da abusividade de tal norma. Isso porque as operadoras de planos de saúde baseiam o preço dos seus serviços em cálculos atuariais, que levam em conta diversos fatores, entre os quais o custo da atividade.

Ressalte-se que, atualmente, na elaboração desses cálculos, não estão incluídos os preços dos atendimentos constantes da TUNEP. Certamente, o Ressarcimento ao SUS irá onerar o desenvolvimento das atividades empresariais do setor de saúde suplementar e por sua vez, passarão a compor os cálculos atuariais das operadoras de planos de saúde.

Sendo assim, certamente, o consumidor que já financia a saúde pública através do pagamento dos seus tributos, passará a fazê-lo também, por conta do pagamento absurdo das prestações do plano de saúde.

Por oportuno, cabe lembrar, a própria Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, por meio do inciso I, de seu artigo 7º, prevê que os serviços públicos ou privados de saúde, contratados ou conveniados do SUS, devem ser desenvolvidos em obediência ao princípio da “(universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência).”

Além de inconstitucional, pode-se verificar, que através do ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, há enriquecimento ilícito do Estado, tendo em vista que este receberá por um serviço que deveria ser prestado a título gratuito, posto que já é financiado por outras dotações

orçamentárias, e ainda, que os valores pagos a título de ressarcimento (TUNEP), são consideravelmente superiores aos valores gastos nos atendimentos à saúde, e, inclusive à tabela do SUS.

7.3 Objeto da relação jurídica de natureza privada

Como acima demonstrado, o direito subjetivo público à saúde é o objeto da relação jurídica estabelecida constitucionalmente entre o Estado e o indivíduo. No que tange à assistência privada, a relação jurídica se estabelece mediante contrato privado de assistência à saúde.

Constitui objeto destes contratos, portanto, a assistência à saúde. Ou seja, na relação jurídica de direito privado não existe um direito público subjetivo à saúde –esta compete ao Estado prestar–, havendo, tão somente, um direito à assistência à saúde pelo indivíduo, consubstanciada em prestação que será por ele remunerada; trata-se, portanto, de relação obrigacional de direito privado.

Quando uma pessoa contrata um serviço de assistência privada à saúde, está contratando apenas os serviços expressamente arrolados no instrumento contratual correspondente.

Na seara do direito privado, não há que se observar os princípios da *universalidade* (apenas o contratante e seus dependentes, caso previsto em contrato, poderão usufruir os serviços contratados) e da *integralidade* –o contratante só tem direito aos serviços efetivamente contratados. Interessará ao presente estudo a discussão acerca dos contratos firmados entre particulares e operadoras de planos de saúde, razão pela qual passasse, em seguida, a discorrer sobre essa forma de prestação de serviços de assistência à saúde privada.

Nesse sentido, e para uma melhor compreensão, importa primeiramente se definir o que é Plano Privado de Assistência à Saúde:

é a prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com finalidade de garantir, sem limite financeiro, assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da Operadora contratada, mediante reembolso e pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.¹³

¹³ SILVA, José Luiz Toro da. Manual de Direito do Saúde Suplementar. A Iniciativa Privada e os Planos de Saúde. São Paulo: M.A. Pontes Editora, 2005. 59p.

Todavia, uma vez que, com o advento da lei 10.185/01, as seguradoras de saúde passaram ao campo de incidência da Lei de Planos de Saúde e, conseqüentemente, ao jugo do poder regulador da ANS, cumpre, destacar em separado, os conceitos e características, mesmo que superficialmente, do contrato de plano privado de assistência a saúde e do contrato de seguro-saúde.

a) *Contrato de Plano Privado de Assistência à Saúde*: é o pacto celebrado entre a entidade e o beneficiário, no qual este se obriga ao pagamento de contraprestação pecuniária e periódica, ao passo que aquele se obriga a disponibilizar atendimento em rede médica específica, bem como a arcar com o ônus financeiro, tão somente, nas hipóteses em que ocorram eventuais enfermidades contratualmente cobertas. Resumidamente, paga-se uma mensalidade e, quando necessário, faz-se uso do plano de saúde, não havendo ônus para o doente / usuário. Todos os gastos ficarão a cargo da Operadora.

b) *Contrato de Seguro-Saúde*: pacto celebrado entre a seguradora de saúde e o respectivo segurado, no qual este se obriga ao pagamento do valor pecuniário de contratação estipulado na apólice e do valor de franquia quando estiver previsto, ao passo que aquele se obriga a pagamento de prêmio, quando da ocorrência de enfermidades contratualmente cobertas.

A fim de evitar abusos, os produtos de assistência à saúde oferecidos no mercado seguem as diretrizes estabelecidas na Lei 9.656/98, cuja comercialização deve ser precedida de registro junto a Diretoria de Normas e Habilitação de Produtos da ANS, sendo a outorga de tal ato negocial condição *sine qua non* para que o produto seja comercializado. Ainda, nesta senda, a Lei de Planos de Saúde institui um plano-referência, ditando a cobertura mínima que as operadoras de planos de saúde devem assegurar.

O próprio plano-referência possui limitações, excluindo de sua cobertura, dentre outros, os procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos e as inseminações artificiais.

Ora, se o contratante não tem direito a uma assistência integral e gratuita, conclui-se que o objeto da relação contratual privada não é o direito subjetivo à saúde, mas tão somente o direito à *assistência à saúde*, nos moldes estipulados no contrato. A esse respeito, perspicaz é a observação do prof. Antonio Joaquim Fernandes Neto (2002:121) para quem:

O setor privado, mesmo por meio das grandes empresas que atuam no setor de planos e seguros de saúde, não poderia assumir a responsabilidade atribuída ao Estado de reduzir as doenças e outros agravos e promover o acesso de

todos às ações e aos serviços de saúde. Tampouco seria possível exigir que as operadoras de planos de saúde se obrigassem a garantir o completo bem-estar, físico, psíquico e social, de todos os seus clientes.

Tal entendimento vem corroborar a tese defendida ao longo desse trabalho, onde fica evidente a inconstitucionalidade do ressarcimento e, não há que se falar em enriquecimento ilícito das operadoras como demonstraremos abaixo.

7.4 Do não enriquecimento ilícito das operadoras

A assistência privada à saúde se dá mediante contratos privados de prestação de serviços, por meio dos quais a operadora do plano se compromete a prestar assistência à saúde, dentro dos limites estipulados pelo contrato e, em contraprestação, os contratantes pagam uma mensalidade à operadora.

Para caracterizar o – *enriquecimento ilícito* – é necessário que a operadora tenha um enriquecimento, o que consiste no aumento de seu patrimônio ou diminuição evitada, quando o seu usuário usufrui do SUS.

O “enriquecimento” das operadoras tem uma causa, qual seja, o contrato celebrado com o beneficiário do plano. A simples existência do contrato justifica o “enriquecimento” das operadoras.

Assim, quando uma operadora de plano de saúde celebra um contrato de prestação de serviços, tem o direito às mensalidades do usuário e o dever de prestar os serviços. Se assim proceder (recebendo as mensalidades e prestando os serviços), todo o lucro auferido com essa atividade será um enriquecimento justo, independentemente de terem seus usuários usufruído ou não dos serviços contratados. Tanto é assim que compete às operadoras de planos de saúde apenas colocar à disposição de seus contratantes o acesso a tais serviços para que estes, querendo, venham a utilizá-lo.

O beneficiário não é obrigado, mesmo pagando as prestações do plano de saúde, a usufruir da cobertura que este oferece; é optativo utilizar os serviços do plano de saúde contratado, tanto quanto os da rede pública!.

Não há que se falar em enriquecimento ilícito das operadoras, quando as mesmas nada podem fazer quanto à vontade de seus beneficiários em utilizar seus serviços ou não.

Se por ventura a operadora, por **motivo injustificado**, se recusar a prestar determinado serviço estipulado no contrato, poderíamos ter nesse caso uma discussão acerca do enriquecimento ilícito, mas frise-se: somente

em casos onde **não há justificativas** para a recusa de prestação de serviços, pois em todos os demais casos, não há que se falar em enriquecimento ilícito.

Se a operadora age de acordo com a lei, respeitando o contrato firmado com seus associados, não é apropriada a invocação de enriquecimento ilícito ou de enriquecimento sem causa. Com efeito, ao procurar o SUS, o associado apenas está fazendo uso da faculdade dessa escolha, que não lhe foi contratualmente proibida. Diferentemente, sim, pode haver tal alegação, se o Estado, procurado por alguém, eximir-se de prestar o serviço constitucionalmente a ele atribuído.

8 Saúde: um dever do Estado

Como se sabe, não pode a Lei instituir uma relação de direito material sem um fato abstrato que o motive, pois, a lei, como manifestação de vontade humana, surge de fatos no seio da sociedade para consubstanciar seus dogmas e princípios que insculpe. Sendo criada por homens, parte de situações ocorridas no meio social, variando apenas o lugar e o tempo em que se expõe. Portanto, para fixar um dever jurídico de um lado e um subjetivo de outro, a Lei precisa ser baseada em alguma situação factível que a justifique.

Desta feita, é inaceitável pensar que a utilização do hospital da rede pública – legítimo direito de todos e de cada qual – por quem tenha contratado um plano de saúde particular faça brotar relação jurídica de direito material entre as operadoras, a ora requerente, e o Estado (SUS).

Não é porque a saúde pública se encontra num estágio calamitoso que poderá ser criado qualquer dever jurídico de um terceiro para com o Estado, sem que este terceiro realize qualquer fato que denote uma relação jurídica de direito material com o referido Estado.

Nesse passo, indaga-se: qual a relação de direito material entre as empresas operadoras de planos privados de assistência à saúde e o Estado? A resposta é simples: nenhuma. Daí, a impropriedade e inconstitucionalidade do artigo 32 da Lei nº 9.656/98.

Outrossim, vale dizer que o indivíduo que contratou um plano de saúde suplementar pode querer ser atendido pela rede pública de saúde ao invés de utilizar o hospital particular credenciado ao plano.

São profundas, por exemplo, as considerações postas pelo Eminentíssimo Desembargador Castro Aguiar, em seu voto – que resultou vencedor – no seio da E. Segunda Turma, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 2001.51.01.016417-2, na sessão de 15 de setembro de 2004, *in verbis*:

Em primeiro plano, o malsinado art. 32 transfere, unilateralmente, à esfera privada o dever constitucional e originário do Estado de prestar, em caráter universal, serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde dos cidadãos, como prescrito no art. 196 da Constituição. É evidente que essa transferência de encargos terminará por resultar em aumento desordenado e incontrolável de despesas às operadoras de planos de saúde, recaindo tais aumentos, é claro, sobre os seus contratados, sobre os valores de suas prestações. Dessa forma, chega-se, facilmente, à primeira nefasta realidade: o cidadão, que já não conta com a saúde pública, por ele financiada através do pagamento de tributos, tanto que se sente obrigado a contratar planos privados de saúde, terminará tendo por financiar, por via indireta, através das suas prestações, o próprio sistema público de saúde. Assim, todos os usuários de planos privados de saúde terminarão financiando a saúde pública, ainda que jamais se utilizem dos seus mecanismos. Em verdade, não se pode conceber que as operadoras privadas de tais planos, diretamente, e seus consorciados, indiretamente, passem, com isto, a suprir a deficiência estatal, desconsiderando os tributos que já pagam para isto. Claro que o ressarcimento ao SUS, como determinado pelo citado art. 32, constitui fórmula nova de custeio da saúde, imposta apenas a uma classe de pessoas jurídicas e não de modo igual para toda a sociedade, o que implica violência ao princípio constitucional de isonomia. Não me convence o argumento segundo o qual os planos de saúde, em casos como os dos autos, estariam tendo enriquecimento ilícito, porquanto o pressuposto desse enriquecimento haveria de necessariamente ser a prática de ato ilícito causador de enriquecimento de alguém em detrimento de outrem. Se a agravante age de acordo com a lei, respeitando o contrato firmado com seus associados, não é apropriada a invocação de enriquecimento ilícito ou de enriquecimento sem causa. Com efeito, ao procurar o SUS, o associado apenas está fazendo uso da faculdade dessa escolha, que não lhe foi contratualmente proibida. Diferentemente, sim, pode haver tal alegação, se o Estado, procurado por alguém, eximir-se de prestar o serviço constitucionalmente a ele atribuído. Observe-se, por oportuno, e isto é muito importante, que o associado de planos de saúde não tem a obrigação de utilizar, exclusivamente, os serviços dos referidos planos, mas a liberdade de utilizá-los. Destarte, se o associado utilizar-se de serviços não credenciados, deverá remunerá-los diretamente, se for a hipótese, e se utilizar-se do SUS, nada pagará, porque assim este funciona.

Consoante as belas palavras do nobre desembargador, o Estado não pode, de forma alguma, intervir na manifestação de vontade do indivíduo particular (art. 5º caput CF/88).

Do mesmo modo, o Estado não pode obrigar o indivíduo a utilizar os serviços médico-hospitalares particulares, e não pode recusar o atendimento ao mesmo na rede pública. Isto porque, beneficiário ou não de um plano de saúde, **todos** têm direito à saúde e este é um **dever do estado**, como preceitua o artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

9 Conclusão

1) A Constituição Federal define a saúde como um direito dos cidadãos brasileiros, a ser implementada sob os princípios da universalidade e da igualdade, a fim de garantir a todos um tratamento isonômico, assim como, a redução de doenças e outros agravos.

Em nossa Carta Magna, o princípio da dignidade da pessoa humana, encontra-se positivado no inciso III, de seu art. 1º, pelo que se impõe indispensável atuação pública no setor da saúde, direito social inserto em seu no art. 6º. Já a promoção à saúde é um processo de aperfeiçoamento social que se constrói e que se modifica ao longo do tempo, e sofre influência de todos os demais sistemas sociais, é uma meta a ser alcançada e varia de acordo com sua própria evolução e com o avanço do Estado e da sociedade.

2) O Sistema Público rege-se pelo art. 198 da Constituição e foi concebido para o desenvolvimento de suas ações e serviços, um sistema único–SUS, por uma rede hierarquizada e regionalizada, com receitas orçamentárias de todos os entes da federação (§ único do art. 198 da Constituição), a fim de conceder aos cidadãos um serviço de saúde com qualidade.

3) O Sistema Suplementar, pelo art. 199 da Constituição, faculta à iniciativa privada o exercício da assistência à saúde como atividade econômica.

Com a deterioração do serviço público de saúde, e a crescente demanda das atividades médicas, houve a necessidade do desenvolvimento do sistema suplementar de saúde, ganhando força assim as operadoras de planos de saúde.

Nessa senda, o Governo viu-se obrigado a regulamentar o setor, e o fez através das leis 9.656/98 e 9.961/00, sendo respectivamente, a lei dos planos de saúde e a outra a criação da ANS– Agência Nacional de Saúde Suplementar– agência reguladora.

4) A função regulatória é uma forma de intervenção do Estado na economia, isto é, um condicionamento normativo e material da atividade econômica privada por lei ou algum instrumento infralegal. Cabe lembrar que o art. 174 da Constituição prevê as funções de fiscalização, incentivo e planejamento para o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. É de se ressaltar que o processo de desestatização iniciado nos anos 90 foi o passo inicial dessa nova fase de nosso Estado.

5) As agências reguladoras – autarquias sob regime especial – editam normas para regular determinados setores da sociedade brasileira tendo em vista cada peculiaridade, cada tecnicismo, por meio de aprovação de reajustes, aplicação de sanções, emissão de outorgas, sempre preocupadas em manter a devida imparcialidade e a observância do interesse público.

6) A Lei 9.656, de 1998 (LPS), em seu art. 32, inova no mundo jurídico com uma obrigação das operadoras de restituir ao SUS os valores despendidos por beneficiários que fizeram uso do sistema público de saúde.

7) Conforme regem os arts. 196 e 199 da Constituição, a saúde é dever do Estado e este não pode intervir na atividade empresarial privada, que deve ser livremente praticada. Desta forma, o Ressarcimento acarreta um enriquecimento ilícito por parte do Estado, além de intervir na atividade empresarial privada.

8) O ônus da obrigação de ressarcir, diante de seu caráter tributário – uma nova contribuição para a seguridade social – deveria ocorrer por meio de lei complementar, e não ordinária.

Ademais, deveria recair sobre os consumidores de planos de saúde e não sobre as operadoras, pois são eles os sujeitos passivos da exação. Vê-se assim, uma completa desvinculação entre a hipótese de incidência da norma – prestação de serviço do Estado ao particular – e o mandamento – obrigação de um terceiro ressarcir o Estado por este serviço.

No máximo, estaríamos diante de uma responsabilidade tributária, contudo o Estado estaria intervindo de forma direta nos contratos assinados entre a Operadora e seus usuários.

9) Ainda que se reputasse constitucional a instituição de uma exação visando o ressarcimento do Estado em relação às despesas que este efetuou quando da prestação de serviços de assistência médica, mesmo assim, esta exação da forma como foi instituída, ofende moralmente o princípio da legalidade.

Como se sabe, a atividade administrativa é estritamente vinculada: o agente administrativo só pode fazer o que a lei expressamente lhe determina.

10) Afora esses apontamentos, a cobrança de qualquer tributo só pode ser feita pela pessoa jurídica a quem a lei expressamente outorgue essa competência. A competência administrativa da ANS para cobrança do ressarcimento, deveria ter sido outorgada por lei, e jamais, através de regulamentos por ela mesma editada, usurpando assim a competência privativa do poder legislativo, contrariando cláusula pétrea da constituição federal, haja vista que fere a tripartição dos poderes.

11) A Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos – TUNEP viola o Princípio da Legalidade, na medida em que foi instituída por norma regulamentar expedida pela ANS e não por lei, bem como promove um enriquecimento ilícito pelo Estado quando cobra das operadoras de planos de saúde valores não inferiores aos praticados pelo SUS e não superiores aos praticados pelas operadoras.

Ainda, sendo as operadoras de planos de saúde obrigadas a ressarcirem os valores impostos pela ANS decorrentes dos atendimentos a beneficiários, em unidades hospitalares pertencentes à rede pública de saúde, certamente os consumidores dos planos de saúde é que acabam por suportar o ônus financeiro decorrente da abusividade de tal norma, com o aumento do valor das prestações dos planos de saúde. Isso ocorre tendo em vista, que os valores das mensalidades se baseiam em serviços de cálculos atuariais, que levam em conta diversos fatores, entre os quais o custo da atividade.

Sendo assim, certamente o consumidor que já financia a saúde pública através do pagamento dos seus tributos, passará a fazê-lo, também, por conta do pagamento das prestações do plano de saúde.

Verifica-se, assim que, “ressarcimento” significa “compensação” e o Estado pretende ver-se não só compensado, mais ainda, obter lucro às custas de seu dever constitucional, já devidamente financiado.

12) O Estado não pode, de forma alguma, intervir na manifestação de vontade do indivíduo particular (art. 5º caput CF/88); tampouco as operadoras de planos de saúde. Do mesmo modo, o Estado não pode obrigar o indivíduo a utilizar os serviços médico-hospitalares particulares e não pode recusar o atendimento ao mesmo na rede pública. Isto porque, beneficiário ou não de um plano de saúde, todos têm direito à saúde e esta é um dever do Estado, como preceitua o artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

13) A Lei 9.656/98, que obriga as operadoras ao ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS, somente passou a vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação, ou seja, somente a partir de 3 de setembro de 1998, não se pode exigir, como estão fazendo, que o disposto no artigo 32 da referida Lei, atinja as relações jurídicas contratuais firmadas anteriormente à essa data.

Tal prática viola o princípio constitucional da irretroatividade das normas jurídicas previsto no inciso XXXVI, do artigo 5, da Constituição da República.

Portanto, que a lei nova não pode incidir sobre a relação jurídica que foi constituída sob a égide da lei anterior. Ou seja, não poderá a ANS cobrar

a Taxa de ressarcimento ao SUS, primeiro por suas inconstitucionalidades formais e materiais, e, mesmo que não entendam os legisladores, e doutos magistrados dessa forma, os planos contratados anteriormente a Lei dos Planos de Saúde, não poderão ser objeto do ressarcimento.

Por todo o exposto, entendemos que o ressarcimento ao SUS é de inconstitucionalidade, como fora demonstrado ao longo de nosso trabalho. E, portanto, não há como exigir o pagamento dessa taxa de ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos de saúde.

UNCONSTITUTIONAL ASPECTS OF SUS'S COMPENSATION

Abstract: The SUS compensation is unconstitutional in its all, it is not possible to comprehend constitutionality as some authors and jurists sustain. Since the regulation norm about the process of SUS compensation emergence, until the form of collection and calculation of the values allegedly due, some divergences can be cited; divergences that confront, primordially, the Federal Constitution. It isn't necessary to talk about compensation itself when the health is a right granted for all and a State's duty, according to art. 196 of the Federal Constitution. Actually, one is about a new form of social contribution, instituted in disagreement with the Federal Constitution, reason by which must be abolished of our legal system. With the present study, through the historical method and bibliographical research, we seek to eminently demonstrate tributary character that the related requirement ostentate, as well as appraising the compensation, giving a bigger approach to unconstitutionality (formal and material), since it is expressed in the "Magna Carta", in its art. 196, that the health is a right granted to all and a State's duty.

Keywords: Unconstitutionality. Compensation. SUS. National Agency of Health.

REFERÊNCIAS

ABUJAMRA, Ana Carolina Peduti. **Taxa de saúde suplementar X sistema tributário nacional**, em Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 68, São Paulo: LTr: junho 2006.

ATALIBA, Geraldo. **Hipóteses de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 35. ed. São Paulo: Globo, 1996.

BAÚ, Marilise Kosteknaki. **O contrato de assistência médica e a responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Estado governo sociedade**. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos planos e seguros de saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2007

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Lisboa: Almedina, 1997.

CARRAZZA, Roque. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de saúde suplementar**. Manual jurídico de planos e seguros de saúde. São Paulo: MP Editora, 2006.

LAZZARI, João Batista. **As Fontes de Financiamento do Sistema Único de Saúde**. São Paulo: Ed. LTr, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2004.

MARQUES, Claudia Lima, **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2002, p. 412

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri, SP: Editora Manole Ltda, 2003.

NETO, Antonio Joaquim Fernandes Neto. **Plano de saúde e direito do consumidor**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

Resoluções Normativas: <<http://www.ans.gov.br/legislação.htm>>

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

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, 9. ed. 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

SILVA, José Luiz Toro da. **Manual de direito da saúde suplementar**. A iniciativa privada e os planos de saúde. São Paulo: M.A. Pontes Editora, 2005.

☰ Recebido: junho/2010

Aprovado: novembro/2010