



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

ANTONIO SILVA LIMA JÚNIOR

ASPECTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS E PRÁTICOS
DO RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

FORTALEZA
2017

ANTONIO SILVA LIMA JÚNIOR

ASPECTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS E PRÁTICOS
DO RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sidney Guerra Reginaldo.

FORTALEZA

2017

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

L696a Lima Júnior, Antonio Silva.

Aspectos jurídico-constitucionais e práticos do ressarcimento ao Sistema Único de Saúde / Antonio Silva Lima Júnior. – 2017.

56 f. : il. color.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2017.

Orientação: Prof. Dr. Sidney Guerra Reginaldo.

1. Ressarcimento. 2. Sistema Único de Saúde (SUS). 3. Saúde Suplementar. 4. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). I. Título.

CDD 340

ANTONIO SILVA LIMA JÚNIOR

ASPECTOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS E PRÁTICOS
DO RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovado em ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sidney Guerra Reginaldo (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. Dr^a Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Matheus Cintra Bezerra
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (Esmec)

Aos meus pais, Antonia e Antonio.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal do Ceará, pelo ensino gratuito e de excelência e por toda a estrutura física e humana de apoio aos estudantes.

Ao estimado Prof. Sidney Guerra, por toda o incentivo e boa vontade empenhados na orientação deste trabalho.

Aos meus pais, por todo o amor e esforços despendidos na criação e desenvolvimento dos filhos.

À minha irmã, por todo o seu carinho.

Ao meu querido Pedro, por todo o apoio e motivação na conclusão desta fase acadêmica e pela pessoa maravilhosa que é.

Aos meus amigos, essenciais em cada passo dessa longa caminhada.

“É preciso que eu suporte duas ou três
larvas se quiser conhecer as borboletas.”
(SAINT-EXUPÉRY, 19-- , p. 34)

RESUMO

O presente trabalho aborda a questão do ressarcimento ao SUS, analisando, em especial, o seu conceito, a sua constitucionalidade, a sua natureza jurídica e a sua relevância no Brasil. De forma sintética, o ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS) é a obrigação que têm as operadoras de planos de saúde de restituir aos cofres públicos os valores dispendidos com seus usuários na rede pública em procedimentos cobertos contratualmente pelo respectivo plano. Desde a sua instituição, em 1998, o ressarcimento ao SUS tem gerado controvérsias, inclusive em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 1.931-8/DF). Nesse sentido, buscou-se, no presente trabalho, evidenciar o conceito e os aspectos jurídico-constitucionais do ressarcimento ao SUS, com base na referida ADI e em lições doutrinárias, concluindo-se pela constitucionalidade desse instituto e pela sua natureza jurídica de obrigação de ordem civil. Ao final, apontam-se algumas informações procedimentais e estatísticas sobre a situação do ressarcimento ao SUS com base no ano de 2017, destacando-se a constante melhoria do processo do ressarcimento, a relevância social do instituto e o papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) na efetividade da cobrança dos valores devidos.

Palavras-chave: Ressarcimento. Sistema Único de Saúde (SUS). Saúde Suplementar. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

ABSTRACT

This study deals with the issue of reimbursement to SUS, analyzing, in particular, its concept, its constitutionality, its legal nature and its relevance in Brazil. Briefly, reimbursement to the Unified Health System (SUS) is the obligation of health plan operators to return to the public coffers the amounts spent with their users in the public health network in procedures contractually covered by the respective health plan. Since its establishment in 1998, reimbursement to SUS has generated controversy, including in the case of a Direct Action of Unconstitutionality (ADI nº1931-8 / DF). In this sense, it was sought, in the present study, to highlight the concept and legal-constitutional aspects of reimbursement to SUS, based on the mentioned ADI and on doctrinal lessons, concluding by the constitutionality of this institute and by its legal nature of civil obligation. At the end, some procedural and statistical information on the situation of reimbursement to SUS was pointed out based on the year 2017, highlighting the constant improvement of the reimbursement process, the social relevance of the institute and the role of the National Supplementary Health Agency (ANS) on the effectiveness of the collection of the amounts due.

Keywords: Reimbursement. Unified Health System (SUS). Supplementary Health. Health Plans. National Supplementary Health Agency (ANS). Constitutionality. Legal nature.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Fluxo do Processo de Ressarcimento	44
Figura 2 - Número médio de atendimentos notificados por ano nos períodos de 2001-2009 e 2010-2016	47
Figura 3 - Distribuição das operadoras de planos de saúde segundo os percentuais ressarcidos ao SUS até setembro/2017	48

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABI	Aviso de Beneficiário Identificado
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AIH	Autorização de Internação Hospitalar
ANVISA	Agência Nacional de Vigilância Sanitária
APAC	Autorização de Procedimento Ambulatorial
ANS	Agência Nacional de Saúde Suplementar
CADIN	Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CONSU	Conselho de Saúde Suplementar
CNS	Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços; ou Cartão Nacional de Saúde
CNSP	Conselho Nacional de Seguros Privados
CONASS	Conselho Nacional de Secretários de Saúde
CTN	Código Tributário Nacional
DATASUS	Departamento de Informática do SUS
DL	Decreto-Lei
FNS	Fundo Nacional de Saúde
GRU	Guia de Recolhimento da União
INAMPS	Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social
MC	Medida Cautelar
MP	Medida Provisória
SIB	Sistema de Informações de Beneficiários
STF	Supremo Tribunal Federal
SUS	Sistema Único de Saúde
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	SAÚDE PÚBLICA E SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL	13
2.1	O Sistema Único de Saúde (SUS)	13
2.2	A saúde suplementar	15
2.3	O ressarcimento ao SUS	18
3	A CONSTITUCIONALIDADE DO RESSARCIMENTO AO SUS E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.931-8/DF	21
4.	NATUREZA JURÍDICA DO RESSARCIMENTO AO SUS	34
4.1	Da impossibilidade de caracterização do ressarcimento ao SUS como tributo	34
4.2	Do ressarcimento ao SUS enquanto obrigação de natureza civil	37
5	ASPECTOS PRÁTICOS DO RESSARCIMENTO AO SUS	42
5.1	Procedimento do Ressarcimento ao SUS	42
5.2	A situação do ressarcimento ao SUS no ano de 2017	45
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
	REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, coexistem dois sistemas de saúde: o Sistema Único de Saúde (SUS), de natureza pública, e o sistema de saúde suplementar, que consiste na atuação dos agentes privados nesse setor.

Desde a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), sob a ótica dos direitos fundamentais, é dever do Estado assegurar a todos o acesso à saúde, de forma igualitária. Essa essencial função constitucional atribuída ao Poder Público é desempenhada pelo SUS, que é disciplinado, em especial, pela Lei nº 8.080¹, de 19 de setembro de 1990 e por atos do Ministério da Saúde.

Ressalte-se que, paralelamente à instituição desse sistema público de saúde, a CF/88 também facultou a atividade no setor à iniciativa privada, respeitados os limites legais. Cuida-se do setor de saúde suplementar, no qual atuam as operadoras de planos de saúde, que, em termos simplificados, comercializam uma cobertura médico-assistencial em troca de contraprestações pecuniárias de seus beneficiários².

Trata-se de um setor muito relevante no cenário brasileiro, tanto economicamente quanto no que diz respeito à promoção da saúde. Dada a relevância do objeto em questão (saúde), não somente na esfera pública, mas também na esfera privada, é importante que exista uma regulação consistente do setor de saúde suplementar. Nesse sentido, destaca-se a Lei nº 9.656³, de 3 de junho de 1998 e os instrumentos normativos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Da coexistência e das interfaces entre esses dois sistemas surgem alguns impasses, sendo um deles a questão do ressarcimento ao SUS, tema central deste trabalho.

O ressarcimento ao SUS, resumidamente, consiste na obrigação das operadoras de ressarcir aos cofres públicos sempre que um beneficiário de plano de saúde, coberto contratualmente, utiliza a rede pública de saúde.

1 Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. (BRASIL, 1990, *on-line*)

2 Designam-se beneficiários os consumidores de planos privados de assistência à saúde.

3 Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde (BRASIL, 1998, *on-line*).

Cuida-se de tema que ainda hoje divide opiniões e que tem suscitado polêmicas desde a sua previsão legal na Lei nº 9.656/98, sofrendo impugnações inclusive em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

É nesse contexto que se justifica a elaboração do presente trabalho, tencionando esclarecer as principais peculiaridades do instituto jurídico do ressarcimento ao SUS, especialmente no que toca aos seguintes questionamentos: Qual a natureza jurídica do ressarcimento ao SUS? Esse instituto jurídico é constitucional? Qual é a relevância social desse instrumento? Como se pode qualificar o seu grau de efetividade no cenário brasileiro?

Para a realização do mister acima designado, elegeu-se o método de pesquisa bibliográfica, especialmente por meio de sítios da Internet de entidades governamentais e de instituições de grande credibilidade referentemente à matéria aqui tratada.

Quanto à estruturação do trabalho, optou-se por introduzir, no capítulo 2, algumas noções sobre a saúde pública e a saúde suplementar no Brasil, bem como apresentar a conceituação do ressarcimento ao SUS, enquanto interface entre elas.

Em seguida, enfrenta-se, no capítulo 3, o tema da constitucionalidade do ressarcimento ao SUS, considerando, em especial, as questões suscitadas na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931-8/DF, assunto conexo com o abordado no capítulo 4, que examina com maior profundidade a natureza jurídica do instituto em comento.

No capítulo 5, apresentam-se informações de ordem prática acerca do ressarcimento ao SUS, como o seu procedimento administrativo e algumas estatísticas que manifestam a sua evolução e a sua importância nos dias atuais, procedendo-se, por fim, às conclusões extraídas desse estudo.

2 SAÚDE PÚBLICA E SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL

2.1 O Sistema Único de Saúde (SUS)

O artigo 196 da CF/88 enuncia:

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. (BRASIL, 1988, *on-line*)

O dever primário de prover as “políticas sociais e econômicas” mencionadas no artigo supracitado, relativas à saúde, é do Estado, que realiza esta atribuição constitucional através do SUS, sigla representativa do Sistema Único de Saúde, sendo esse, dentre outros, um dos principais direitos sociais conquistados pela Constituição democrática de 1988.

O SUS é o sistema público brasileiro de saúde, responsável por propiciar o acesso universal (disponível a todas as pessoas) e igualitário (sem discriminações) às ações de saúde, que envolvem não somente atividades de recuperação da saúde (a exemplo dos tratamentos cirúrgicos), mas também serviços voltados para a sua promoção e proteção, a exemplo da atuação nos campos da vigilância sanitária⁴, vigilância epidemiológica⁵, controle e fiscalização da produção de medicamentos e alimentos, dentre outros, nos termos da CF/88 e da Lei nº 8.080/90.

Impende ressaltar que a CF/88 transformou radicalmente o tratamento dispensado à saúde. Nos regimes constitucionais anteriores a 1988, o dever do Estado limitava-se a “cuidar da assistência pública, da edição de normas de proteção à saúde pública, da prestação de assistência médica e hospitalar ao trabalhador filiado ao regime previdenciário” (Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2011, p. 18).

Louvison (2016) esclarece que o sistema público de saúde instituído a partir da CF/88 é um sistema universal de garantia de direitos, voltado para toda a

4 As ações de vigilância sanitária dirigem-se, geralmente, ao controle de bens, produtos e serviços que oferecem riscos à saúde da população, como alimentos, produtos de limpeza, cosméticos e medicamentos. Realizam também a fiscalização de serviços de interesse da saúde, como escolas, hospitais, clubes, academias, parques e centros comerciais, e ainda inspecionam os processos produtivos que podem pôr em riscos e causar danos ao trabalhador e ao meio ambiente. (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 20--?, *on-line*)

5 A vigilância epidemiológica reconhece as principais doenças de notificação compulsória e investiga epidemias que ocorrem em territórios específicos. Além disso, age no controle dessas doenças específicas. (FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ, 20--?, *on-line*)

população e financiado por tributos. Anteriormente à criação do SUS, contudo, tínhamos um sistema baseado no paradigma do trabalho, isto é, trabalhadores e empregadores recolhiam parcelas previdenciárias aos cofres públicos, recebendo assistência médica em forma de benefício associado à previdência social.

O Estado, portanto, não oferecia praticamente nenhuma assistência médica àqueles que não eram trabalhadores formais. Esses não trabalhadores, em necessitando de atendimento médico-hospitalar, eram acolhidos basicamente em instituições filantrópicas, como as Santas Casas de Misericórdia.

Ilustrando a atividade do Poder Público na área de saúde antes da CF/88:

A grande atuação do poder público nessa área se dava através do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) que em 1978 passou a ser denominado Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia do Ministério da Previdência e Assistência Social.

[...] Este último tinha a responsabilidade de prestar assistência à saúde de seus associados, o que justificava a construção de grandes unidades de atendimento ambulatorial e hospitalar, como também a contratação de serviços privados nas regiões com maior desenvolvimento econômico e nos grandes centros urbanos, onde estava a maioria dos seus beneficiários.

A assistência à saúde desenvolvida pelo INAMPS beneficiava apenas os trabalhadores da economia formal, com “carteira assinada”, e seus dependentes, ou seja, não tinha o caráter universal que passa a ser um dos princípios fundamentais do SUS. Desta forma, o INAMPS aplicava nos estados, através de suas Superintendências Regionais, recursos para a assistência à saúde de modo mais ou menos proporcional ao volume de recursos arrecadados e de beneficiários existente. (SOUZA, 2002, p. 25-26, grifos nossos)

Percebe-se, assim, que não havia clareza na distinção entre previdência social e saúde. Com o advento da CF/88, abandona-se a lógica previdenciária do âmbito da saúde, passando esta a ser ofertada a todos, independentemente de contribuição para tal finalidade. Adota-se, no lugar do sistema anterior, a lógica da seguridade social. Nesse sentido:

A Constituição Federal de 1988, promulgada em 5 de outubro, pretendeu substituir o conceito de seguro (cobertura ao contribuinte direto) pelo conceito de seguridade social – cobertura ao cidadão. A Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde foram reconhecidas como direitos nos termos dos artigos 194 a 204. (BRASIL, 2013, *on-line*)

A sistemática pós CF/88 promoveu, assim, uma grande transformação na forma de se pensar o modelo de saúde pública brasileira, que, apesar das adversidades que enfrenta, passou a ter um viés muito mais humanitário e inclusivo.

2.3 A saúde suplementar

Paralelamente ao SUS, existe a saúde suplementar, que é o ramo de assistência à saúde aberto à livre iniciativa e regulado pelo Poder Público, segundo os ditames da Constituição Federal (Título VIII, Capítulo II, Seção II – Da Saúde). Em termos mais específicos, tem-se que:

A saúde suplementar pode ser definida como todo atendimento privado de saúde, realizado ou não por meio de um convênio com um plano de saúde. Estão presentes dentro do cenário da Saúde Suplementar no Brasil o governo, representado pelo Ministério da Saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) – além das operadoras de planos privados, as seguradoras e os prestadores de serviço de assistência a saúde. (FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE HOSPITAIS, *on-line*)

A CF/88, embora estabeleça a saúde enquanto direito de todos e dever do Estado, também chancela a plena atividade privada no setor de saúde, em seu artigo 199, *caput*⁶. Para o Conselho Nacional de Secretários de Saúde⁷ (2011), não há propriamente no Brasil um sistema de saúde “suplementar”⁸, e sim um sistema de saúde dito duplicado ou paralelo, visto que oferece aos seus consumidores serviços muito semelhantes àqueles ofertados no setor público.

A despeito de eventuais divergências de nomenclatura, é certo que a expressão “saúde suplementar” ficou consagrada, de modo que será a adotada neste trabalho.

Conquanto exista atualmente no Brasil um sistema público de saúde, de acesso universal e de cobertura integral, o setor de saúde suplementar cresceu sensivelmente, em simultaneidade com a implantação do SUS. Segundo a ANS (2017), atualmente 20,3% da população do Brasil possui plano de saúde. O pico, nos últimos anos, ocorreu em 2014, quando esse percentual chegou a 25,8%.

6 CF/88, art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

7 O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) é uma entidade de direito privado, sem fins lucrativos. [...] É missão do CONASS articular, representar e apoiar as Secretarias Estaduais de Saúde, no âmbito do SUS, promover a disseminação da informação, produção, difusão do conhecimento, inovação e incentivo à troca de experiências. (Conselho Nacional de Secretários de Saúde, 2016, *on-line*)

8 Um sistema verdadeiramente suplementar corresponderia, na realidade, a um sistema em que planos e seguros de saúde ofertam cobertura diversa daquela ofertada no setor público, daí o caráter de complementaridade.

Louvison (2016) atribui referido crescimento da saúde suplementar no Brasil, dentre outros fatores, à circunstância de que, com a CF/88, o sistema público de saúde passou subitamente a abarcar um colossal número de pessoas, enfrentando ainda um subfinanciamento que não lhe permite cumprir fielmente os seus propósitos. Criou-se, assim, um cenário que impulsionou o setor da saúde suplementar, cuja demanda cresceu em razão da busca de alternativas às debilidades do SUS.

Ainda conforme Louvison (2016), na saúde suplementar, são dispendidos quatro vezes mais recursos por pessoa em comparação com os usuários do SUS, situação que é influenciada inclusive pela política fiscal brasileira, que estimula a contratação de planos de saúde, até mesmo como meio de aliviar a sobrecarga do SUS.

Os principais integrantes da saúde suplementar certamente são as operadoras e seguradoras de planos de saúde, pessoas jurídicas de direito privado que oferecem cobertura ao risco assistencial dos seus beneficiários, dentro dos limites legais e contratuais, em troca de uma contraprestação pecuniária periódica.

No cotidiano do setor da saúde suplementar, é comum utilizar a nomenclatura “operadoras” para designar tanto as operadoras de planos de saúde propriamente ditas quanto as seguradoras especializadas em saúde. Em geral, a disciplina de ambas é exatamente a mesma, conforme as regras da Lei nº 9.656/98, que foi o marco legal da regulamentação do setor de planos de saúde no Brasil. Contudo, há diferenças históricas e operacionais entre operadoras e seguradoras.

Quanto ao *modus operandi*, as operadoras comercializam os chamados planos de saúde, ao passo que as seguradoras comercializam os chamados seguros-saúde. De forma simplificada, os seguros-saúde são marcados precipuamente pelo reembolso das despesas médicas efetuadas pelo consumidor, conforme estipulado contratualmente. Os planos de saúde, por seu turno, são caracterizados pela prestação de serviços de saúde por meio de uma rede própria e/ou conveniada. A esse respeito:

Para fins de fiscalização pela ANS, o seguro saúde é tratado como um plano privado de assistência à saúde, conforme a Lei nº 10.185, de 2001.

Para fins práticos, porém, existe uma grande diferença entre seguro e plano de saúde: é o reembolso das despesas médico-hospitalares. No seguro saúde, o reembolso é a regra, possibilitando livre escolha de médicos e hospitais. Nos demais planos de saúde, o reembolso é excepcional, sendo

pouco comum e muitas vezes restrito a planos adquiridos apenas pelas classes de renda mais alta.

Ambos oferecem serviços de assistência médica diferenciados, com maior ou menor abrangência, de acordo com o contrato assinado entre você e a operadora. Tanto no seguro como no plano de saúde, basicamente, você, pessoa física, pode escolher entre contratos individuais ou familiares e contratos coletivos empresariais ou por adesão. Atualmente, entretanto, as seguradoras especializadas em saúde não estão comercializando contratos individuais. (PORTAL TUDO SOBRE SEGUROS, *on-line*)

Quanto às distinções de ordem histórica, as seguradoras eram submetidas ao regime legal do Decreto Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que “dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências” (BRASIL, 1966, *on-line*). Os seguros-saúde eram, portanto, considerados produtos puramente concernentes ao mercado financeiro, assim como as demais formas de seguro.

Quanto às operadoras, não havia legislação que lhes fizesse referência expressa, de modo que atuaram no mercado brasileiro durante décadas sem a regulamentação devida. Em consequência, muitos contratos de planos de saúde eram celebrados em franco desequilíbrio entre operadoras e beneficiários, situação que foi atenuada somente com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 setembro de 1990), que ainda hoje é um importante instrumento aplicável à relação entre operadoras e beneficiários.

Inobstante o avanço legal alcançado com o CDC, o setor ainda carecia de uma regulamentação específica, especialmente perante o elevado status atribuído à saúde no texto constitucional. É nesse contexto que foi editada a Lei nº 9.656/98, que veio a solucionar o problema da falta de regulamentação das atividades das operadoras e, ao mesmo tempo, remover as seguradoras de saúde do âmbito do mercado financeiro, posicionando-as no segmento apropriado, qual seja, o da saúde.

Posteriormente, a fim conferir maior concretude à regulamentação do setor, foi criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), incumbida da regulação do setor, inclusive no que toca ao ressarcimento ao SUS, instituto jurídico objeto deste trabalho e que será melhor abordado mais adiante.

A ANS é uma pessoa jurídica de direito público, classificada como autarquia federal, da espécie agência reguladora, vinculada ao Ministério da Saúde. Em outros termos, a ANS é uma entidade governamental, dotada de personalidade jurídica própria, detentora de elevado grau de autonomia institucional, criada para a

execução atividades próprias da Administração Pública, sendo sua finalidade precípua a de regular o setor de planos privados de assistência à saúde no Brasil. Por “regulação” entenda-se:

De forma simplificada, a regulação pode ser entendida como um conjunto de medidas e ações do Governo que envolvem a criação de normas, o controle e a fiscalização de segmentos de mercado explorados por empresas para assegurar o interesse público. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, *on-line*)

Uma das principais funções regulatórias atribuídas à ANS, produzindo relevantes impactos tanto na saúde pública quanto na saúde suplementar, é regulamentar e executar os procedimentos concernentes ao ressarcimento ao SUS, sobre o qual passa-se a tratar de modo mais específico a seguir.

2.3 O ressarcimento ao SUS

Longe de serem sistemas completamente separados, o SUS e a saúde suplementar no Brasil possuem diversas interfaces⁹. A mais relevante e controversa dessas interfaces certamente reside no ressarcimento ao SUS, abaixo conceituado:

O ressarcimento ao SUS, estabelecido pelo artigo 32 da Lei nº 9.656/1998 consiste na obrigação legal das operadoras de planos privados de assistência à saúde de restituir as despesas do Sistema Único de Saúde no eventual atendimento de seus beneficiários, que estejam cobertos pelos respectivos planos. O procedimento de ressarcimento ao SUS representa a instituição de um processo administrativo que visa restituir aos cofres públicos os recursos financeiros despendidos nos atendimentos realizados no âmbito do SUS aos beneficiários de operadoras de planos privados de assistência à saúde. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2014, p. 8)

A base legal do ressarcimento ao SUS está no artigo 32, *caput*, da Lei nº 9.656/98, aqui transcrito:

Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS. (BRASIL, 1998, *on-line*)

9 São exemplos de pontos de intersecção entre o SUS e a saúde suplementar: encontros de integração, avaliação e incorporação de tecnologias em saúde, troca de informações em saúde suplementar, Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), ressarcimento ao SUS, dentre outros.

Os “produtos” mencionados no referido artigo são os planos e seguros privados de assistência à saúde.

Reitera-se que o SUS é um sistema universal, de modo que não é dado ao Poder Público restringir o acesso aos seus usuários, mesmo no caso daqueles que possuem plano de saúde. Assim, qualquer pessoa que demande a assistência do SUS tem o direito de ser atendida, sem qualquer espécie de discriminação.

Não raro encontram-se beneficiários de planos de saúde dentre os que buscam o serviço do SUS, espontaneamente ou em razão de alguma cobertura assistencial negada pela operadora. Quando o atendimento efetivado na rede pública possui cobertura contratual pelo plano, nasce para a operadora a obrigação legal de ressarcir ao SUS os valores dispendidos com o procedimento. Não sendo o procedimento de cobertura obrigatória pelo plano, não há, por óbvio, falar-se em ressarcimento.

Esse tipo de ressarcimento faz bastante sentido dentro da lógica da CF/88, ao confrontar o princípio da isonomia com o do acesso universal à saúde. Ora, se uma pessoa custeia um plano de saúde e deixa de utilizá-lo, vindo a valer-se do SUS, é razoável imaginar que há um benefício financeiro para a operadora, que deixou e arcar com os custos do atendimento, ao mesmo tempo em que há um prejuízo coletivo para uma massa de pessoas mais pobres que não podem pagar por um plano de saúde e, assim, veem no SUS a única opção de atenção à saúde.

No sistema anterior à CF/88, em que a assistência pública à saúde era restrita aos trabalhadores formais, que contribuam previdenciariamente, em uma lógica análoga à dos próprios planos de saúde, não havia, de fato, espaço para se pensar em ressarcimento, já que essa assistência era ofertada em um sistema autossustentável. A situação muda, por óbvio, quando todos podem utilizar-se do sistema público de saúde, contribuindo ou não para a sua manutenção.

O ressarcimento ao SUS foi e ainda hoje é alvo de controvérsias¹⁰. Em favor das operadoras, Batista e Bittencourt Júnior (2012) apontam, dentre outros argumentos, que a saúde é direito de todas as pessoas e dever do Estado, de modo que, ao procurar o SUS, o usuário apenas exerce um direito que lhe é constitucionalmente garantido.

¹⁰ Como já se disse, o ressarcimento ao SUS foi alvo, inclusive, de uma ação direta de inconstitucionalidade. A esse respeito, veja-se o capítulo sobre a constitucionalidade do ressarcimento ao SUS.

Alega-se ainda que o ressarcimento ao SUS importa em duplo “pagamento” efetuado pelo beneficiário, visto que, além de financiar indiretamente a seguridade social (dentro da qual está a saúde), o ressarcimento pago pela operadora acaba retornando ao beneficiário, embutido na mensalidade do plano.

De outro lado, em sentido oposto, argumenta-se que o ressarcimento ao SUS é um instrumento de regulação e de justiça social que visa a estimular as operadoras a cumprirem integralmente os contratos firmados, evitando o uso indevido do SUS para atender a propósitos unicamente particulares ou até mesmo desonestos. Nessa perspectiva, cita-se:

Instituído em um país onde toda a população tem direito a utilizar um sistema público de saúde universal e equitativo, e considerando a existência de um contrato de prestação de serviços para indivíduos que possuem planos de saúde, o ressarcimento ao SUS representa um mecanismo regulatório que visa o cumprimento integral do que foi contratado pelos beneficiários por parte das operadoras de planos de saúde. Assim, torna-se necessário um mecanismo que faça prevalecer por parte das operadoras o cumprimento dos serviços que estão contratados, sem que se utilize o sistema público como suporte a um contrato não totalmente cumprido. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2014, p. 8)

A questão acerca da juridicidade¹¹ do ressarcimento ao SUS será melhor detalhada nos capítulos subsequentes.

Por fim, destaca-se a competência da ANS para regulamentar o instituto do ressarcimento ao SUS, inclusive quanto à regra de valoração dos procedimentos de saúde, o processo de glosa ou impugnação dos procedimentos encaminhados às operadoras e os procedimentos de cobrança dos valores a serem ressarcidos. Compete à ANS também a cobrança judicial dos créditos referentes ao ressarcimento.

Passa-se a seguir a analisar a constitucionalidade do ressarcimento ao SUS, consoante as questões suscitadas no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931-8/DF.

11 Juridicidade é a “conformidade com os princípios ou com as formas do Direito” (GOOGLE, *online*).

3 A CONSTITUCIONALIDADE DO RESSARCIMENTO AO SUS E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.931-8/DF

Cumpra inicialmente compreender, sinteticamente, o que significam os termos Constituição¹² e constitucionalidade. Para os fins aqui propostos, convém adotar o seguinte conceito de Constituição, apresentado por Ribeiro e Carvalho (2010, p. 15):

A Constituição é a lei fundamental de um país, já que constitui, define, apresenta, concebe o próprio Estado. É ela que estrutura e delimita os seus poderes políticos, bem como os principais aspectos da sua estrutura. Trata, assim, das formas de Estado e de governo, dos sistemas de governo e outras questões fundamentais e estruturais do Estado.

[...] o Estado, assim como seus agentes, não possui poderes ilimitados, já que estes devem ser exercidos nos limites impostos pelas normas jurídicas, encabeçadas pela Constituição Federal. Por isso é que ela tem a importante função de servir de norte, limite e guia para o exercício do poder.

Cumpra ressaltar ainda que o sistema constitucional brasileiro compreende atualmente, como um de seus princípios mais caros, o da “supremacia da Constituição”. Isto significa que todo o sistema normativo infraconstitucional (composto por leis, decretos, portarias, resoluções, entre outros) deve necessariamente conformar-se às disposições da nossa Carta Maior.

Nesse sentido, Cunha Júnior (2010, p. 30-31) esclarece:

[...] na hipótese particular das normas constitucionais, a imperatividade assume uma feição peculiar, qual seja, a da sua supremacia em face às demais normas do sistema jurídico. Assim, a Constituição, além de imperativa como toda norma jurídica, é particularmente suprema, ostentando posição de proeminência em relação às demais normas, que a ela deverão se conformar, seja quanto ao modo de sua elaboração (conformação formal), seja quanto à matéria de que tratam (conformação material).

As normas incompatíveis com a Constituição são, portanto, eivadas do que chamamos de inconstitucionalidade. Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 17) concluem que a Constituição, por sua suma relevância no ordenamento jurídico brasileiro e conseqüente posição de superioridade hierárquica, deve em qualquer hipótese prevalecer sobre os atos normativos de hierarquia inferior, nisto consistindo a supremacia constitucional.

¹² No Brasil, a Constituição é também chamada de Carta Magna, Lei Fundamental, Código Supremo, Lei Máxima, Lei Maior, Carta Política, Lei das Leis etc. (RIBEIRO; CARVALHO, 2010, p. 15)

A inconstitucionalidade de uma norma pode ser formal ou material. Para Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 1061), “os vícios formais afetam o ato normativo singularmente considerado, sem atingir seu conteúdo, referindo-se aos pressupostos e procedimentos relativos à formação da lei”. Acerca da inconstitucionalidade material, por sua vez, os mencionados autores acrescentam: “os vícios materiais dizem respeito ao próprio conteúdo ou ao aspecto substantivo do ato, originando-se de um conflito com regras ou princípios estabelecidos na Constituição” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 1.063)

O reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato normativo conduz à declaração da sua nulidade, a qual pode ser total ou parcial. Para Cunha Júnior (2010, p. 168), “a inconstitucionalidade é total quando o vício contamina todo o ato normativo”. A declaração de nulidade parcial, por sua vez, terá lugar quando “a mácula atinge o ato apenas em parte, podendo ser um artigo, um parágrafo, um inciso ou uma alínea do texto legal, ou mesmo uma expressão de qualquer um destes” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 168).

Feita esta breve explanação sobre a Constituição e a constitucionalidade das normas no ordenamento jurídico brasileiro, cumpre mencionar que a Lei nº 9.656/98, ainda no ano de sua promulgação, bem assim a Medida Provisória nº 1.730-7, de 7 de dezembro de 1998 (MP nº 1.730-7/98), que modificou aquela Lei, foram objeto de uma ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) – a ADI 1.931-8/DF, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal¹³ (STF) pela Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS), entidade sindical a quem compete a representação legal e constitucional dos estabelecimentos de serviços de saúde no Brasil.

A Lei nº 9.656/98, como já se disse anteriormente, é a lei que regulamenta a atividade das operadoras de planos e seguros de saúde no Brasil. Seu histórico pós-promulgação é marcado por diversas alterações por meio de medidas provisórias, razão pela qual a ADI 1.931-8/DF atacou também a MP nº 1.730-7/98,

13 O Supremo Tribunal Federal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição, conforme definido no art. 102 da Constituição da República. [...] Entre suas principais atribuições está a de julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro. (BRASIL, [201-?], *on-line*)

que à época era a medida provisória que mais recentemente havia alterado a Lei nº 9.658/98.

Impende registrar que, posteriormente ao ajuizamento da ADI 1.931-8/DF, diversas medidas provisórias modificadoras da Lei nº 9.656/98 sobrevieram à MP nº 1.730-7/98. A CNS aditou a sua petição inicial a cada nova edição dessas medidas provisórias.

Melhor esclarecendo, Cunha Júnior (2010, p. 189) aduz que uma ADI é “uma ação de controle concentrado-principal de constitucionalidade concebida para a defesa genérica de todas as normas constitucionais, sempre que violadas por alguma lei ou ato normativo do poder público”. Complementa o aludido autor:

Em face dela, instaura-se no Supremo Tribunal Federal uma fiscalização abstrata, em virtude da qual a Corte examina, diante do pedido de inconstitucionalidade formulado, se a lei ou o ato normativo federal ou estadual impugnado contraria ou não uma norma constitucional. Essa apreciação do Supremo, longe de envolver a análise de caso concreto, limita-se a investigar a existência da antinomia normativa apontada. Não há lide, nem partes confrontantes. Por meio dela não se compõem conflitos de interesses. O seu fim é resolver a suposta incompatibilidade vertical entre uma lei ou ato normativo e uma norma da Constituição, sempre em benefício da supremacia constitucional. Com a propositura da ação direta de inconstitucionalidade se inicia um processo objetivo destinado a eliminar do sistema jurídico a lei ou ato normativo impugnado que contraria uma norma constitucional. (CUNHA JÚNIOR, 2010, p. 189)

Salienta-se que a ADI 1.931-8/DF, até os dias de hoje, ainda carece de julgamento exauriente de mérito, de modo que as explicações aqui apresentadas referem-se fundamentalmente à decisão liminar¹⁴ proferida com base no voto do relator e ministro aposentado do STF, Maurício Corrêa, em 2003, em sede de Medida Cautelar¹⁵ pleiteada no bojo da mencionada ADI (ADI 1.931-MC/DF). Ademais, serão abordados particularmente os pontos que fazem referência direta ou indireta ao ressarcimento ao SUS, e não a totalidade dos dispositivos legais impugnados.

Dentre os pedidos formulados, a CNS suscitou a violação ao art. 192, inciso II, da CF/88, enquanto razão ensejadora da inconstitucionalidade formal da Lei nº 9.656/98 e da MP nº 1.730-7/98. Impende salientar que atualmente o inciso II

14 Decisões liminares são proferidas em juízo sumário de cognição, produzindo efeitos provisórios. Segundo Diretonet (2016, *on-line*), “deve estar claro que a demora na decisão poderá acarretar eventuais danos ao direito pretendido, bem como a presença aparente de uma situação que ainda não foi inteiramente comprovada”.

15 Segundo Rondônia [201-?, *on-line*], a ação cautelar visa resguardar um direito que será discutido em uma ação principal.

(bem como os demais incisos) do art. 192 da CF/88 está revogado, contudo, importa reproduzir a sua redação vigente à época do ajuizamento da ação, para melhor compreensão das alegações da requerente:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: [...]

II – autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, resseguro, previdência e capitalização, bem como do órgão oficial fiscalizador; (BRASIL, 1988, *on-line*)

Defendeu-se que as seguradoras e operadoras de planos de saúde praticavam atividades essencialmente idênticas (cobertura de custos de assistência médico-hospitalar), de modo que tais entidades seriam da mesma natureza jurídica (de empresas seguradoras). Aduziu-se, assim, que a Lei nº 9.656/98 tratava, na realidade, de matéria contemplada no art. 192, II, da CF/88, havendo exigência de lei complementar¹⁶.

Outro aspecto levantado no mesmo sentido foi o fato de que a Lei nº 9.656/98 e algumas medidas provisórias que lhe sobrevieram alteraram disposições do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966 (DL nº 73/66), que regia as empresas seguradoras em geral, incluindo as que comercializavam seguros-saúde, antes do advento da Lei nº 9.656/98. Registre-se que o DL nº 73/66 ainda está em vigor, contudo não mais se aplica às seguradoras especializadas em saúde.

Tais alterações tencionaram ajustar o DL nº 73/66 à nova realidade da regulamentação dos seguros e planos de saúde. Menciona-se, como exemplo, a modificação na estrutura do Conselho Nacional de Seguros Privados¹⁷ (CNSP), órgão que recebeu atribuições pertinentes ao setor de saúde suplementar quando

16 A lei complementar diferencia-se da lei ordinária desde o *quorum* para sua formação. A lei ordinária exige apenas maioria simples de votos para ser aceita, já a lei complementar exige maioria absoluta. A lei complementar, como o próprio nome diz, tem o propósito de complementar, explicar ou adicionar algo à constituição, e tem seu âmbito material predeterminado pelo constituinte; já no que se refere a lei ordinária, o seu campo material é alcançado por exclusão, se a constituição não exige a elaboração de lei complementar então a lei competente para tratar daquela matéria é a lei ordinária. Na verdade não há hierarquia entre lei ordinária e lei complementar, o que há são campos de atuação diversos. (TUDO DIREITO, 2010, *on-line*)

17 O CNSP é o órgão responsável por fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados, cuja execução e fiscalização é desempenhada pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). A Lei nº 9.656/98, em sua versão original, fixou a atuação do CNSP e da SUSEP no mercado dos seguros e planos de saúde, inclusive alterando o DL nº 73/66 para contemplar na composição do CNSP a representação do Ministério da Saúde. Atualmente, a Lei nº 9.656/98 não contém mais qualquer referência ao CNSP e à SUSEP e a maior parte das atribuições inicialmente conferidas àqueles órgãos são hoje exercidas pela ANS.

da edição da Lei nº 9.656/98, a fim de nele incluir a representação do setor de saúde.

Esclareça-se que o DL nº 73/66 já vigia à época da promulgação da CF/88, sendo por esta recepcionado com o status de lei complementar. Embora inexista a possibilidade de edição de decretos-leis na atual ordem constitucional brasileira, é certo as disposições normativas anteriores são incorporadas ao nosso ordenamento jurídico naquilo em que lhe forem compatíveis, segundo o instituto da recepção constitucional, sobre o qual esclarecem Mendes, Coelho e Branco (2009, p. 237):

É certo que o poder constituinte originário dá início à ordem jurídica. Isso, porém, significa que todos os diplomas infraconstitucionais perdem vigor com o advento de uma nova Constituição?

Uma resposta positiva inviabilizaria a ordem jurídica. Por isso se entende que aquelas normas anteriores à Constituição, que são com ela compatíveis no seu conteúdo, continuam em vigor.

Diz-se que, nesse caso, opera o fenômeno da recepção, que corresponde a uma revalidação das normas que não desafiam, materialmente, a nova Constituição.

Tendo em conta a exigência de lei complementar para a recepção do DL nº 73/66 com o status de lei complementar, a CNS argumentou que somente por aquela mesma espécie normativa poderia modificá-lo, e não lei ordinária ou medida provisória.

Com base nessas considerações, a CNS pleiteou a declaração de inconstitucionalidade formal de ambos os instrumentos legais, em sua integralidade, por tratarem de matéria que o art. 192, II, da CF/88 reservou à lei complementar. Ressalte-se que eventual provimento desse pedido impactaria, por óbvio, nas disposições relativas ao ressarcimento ao SUS (art. 32 da Lei nº 9.656/98), razão pela qual aborda-se aqui essa alegação formulada pela requerente.

Sucessivamente¹⁸, solicitou a CNS, em não sendo reconhecida idêntica natureza jurídica a operadoras e seguradas (e, conseqüentemente, não sendo declarada a inconstitucionalidade da integralidade das normas impugnadas) que fosse acatado o pedido ao menos quanto aos preceitos que considerava tratarem

18 Pedidos sucessivos são aqueles “elaborados numa ordem sucessiva, pois na eventualidade do membro do Poder Judiciário não acolher o primeiro deles, ainda resta o segundo a ser analisado” (JURISWAY, 201-?, *on-line*)

especificamente das matérias do art. 192, II, da CF/88 e aos que afetavam disposições do DL nº 73/66¹⁹.

Os argumentos da requerente, nesse ponto, não prosperaram. No voto do relator, reputou-se, de plano, desarrazoada a tese da inconstitucionalidade total, entendendo-se que nem todos os dispositivos Lei nº 9.656/98 tratavam de questões relacionadas ao tema dos seguros. Cogitou-se, todavia, de possível inconstitucionalidade parcial, no tocante à afronta ao art. 192, II, da CF/88 e às modificações ao DL nº 73/66, as quais demandavam, em princípio, a edição de lei complementar. Cita-se, nesse sentido, o seguinte trecho do voto do relator:

14. De fato, na versão inicial, tanto a lei quanto a medida provisória, para ajustar a situação de funcionamento das operadoras de planos de saúde, modificaram regras contidas no Decreto-Lei n. 73, de 21 de novembro de 1996, que “dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, Regula as Operações de Seguros e Resseguros e dá outras Providências”. A meu juízo, este decreto-lei foi recepcionado como lei complementar e, assim, somente por essa modalidade legislativa poderia ser alterado. Por lei e medida provisória, por exemplo, alterou-se a estrutura de funcionamento do Conselho Nacional de Seguros Privados, que, entre várias novidades, ampliou o número de seus integrantes, nele instituindo como órgão interno a Câmara de Saúde Suplementar. (BRASIL, 2003, p. 29-30)

Entretanto, entre a propositura da ação e o julgamento liminar do feito, importantes modificações legislativas foram empreendidas, em especial com o advento da Medida Provisória nº 1.908-18, de 24 de setembro de 1999 (MP nº 1.908-18/99). Essas modificações conduziram ao improvimento da medida cautelar quanto ao aspecto da suposta inconstitucionalidade formal por violação ao art. 192, II, da CF/88. Explica-se a seguir.

A essência das aludidas modificações consistiu sobretudo em: a) transferir para o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU)²⁰ e para o Ministério da Saúde competências inicialmente atribuídas ao CNSP e à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP)²¹; e b) definir a abrangência conceitual do produto “plano privado de assistência à saúde”²², de modo que tanto os habituais planos de saúde

19 A exemplo das disposições que conferiam ao CNSP competência para dispor sobre a constituição das operadoras e à SUSEP a de autorizar-lhes o registro, dentre vários outros.

20 Órgão colegiado integrante do Ministério da Saúde e legalmente responsável, dentre outras atribuições, por estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar. Suas atividades atualmente encontram-se bastante reduzidas, em razão da substancial atuação da ANS no setor.

21 Acerca da SUSEP, vide nota de rodapé nº 17.

22 O plano privado de assistência à saúde passou a ser definido como a “prestação continuada de serviços a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por

quanto os chamados seguros-saúde passaram a enquadrar-se no novo conceito legal e a receber o mesmo tratamento.

Com a MP nº 1.908-18/99, o seguro-saúde deixou, portanto, de ser compreendido como um produto pertinente ao mercado financeiro e passou a integrar essencialmente o campo da saúde, eliminando-se, assim, a necessidade de lei complementar para tratar do tema. Nesse sentido, indica-se o seguinte excerto do voto do relator:

15. Com o advento da última Medida Provisória 1908-18/99, contudo, as operadoras de planos de saúde não guardam mais mínima semelhança jurídica com os seguros de saúde, dado que instituiu regras que submetem ao Ministério da Saúde, particularmente ao recriado Conselho de Saúde Suplementar a ele hierarquizado, a autorização, funcionamento e controle dessas empresas.

16. Essa modificação radical no sistema dos planos de medicina de grupo, desligando-os geneticamente da definição de seguro, fê-los perder a pretendia identificação, pela mesma natureza jurídica, porque o novo conceito harmoniza-se com o disposto no artigo 197 da Carta Federal, mediante o qual “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”.

17. Com essa inovação não há mais como buscar fundamento no pressuposto de lei complementar, visto que as normas objeto desta parte do pedido, em face da última edição da medida provisória, encontram pleno respaldo no artigo 197 da Constituição, que autoriza a edição de lei regulamentadora, como se deu na espécie. (BRASIL, 2003, p. 30-31).

O fragmento de texto a seguir, de autoria do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (2011, p. 32-35), elucida a importância da MP nº 1.908-18/99 e a profundidade das modificações por ela determinadas, no sentido de convalidar e preservar a constitucionalidade dos dispositivos legais impugnados:

Desta forma, o seguro de assistência à saúde, sem limite financeiro e com rede referenciada, mesmo sendo comercializado por seguradora, passa a estar incluído na abrangência legal. Seu objeto não é a simples indenização, como seu nome diz. O seguro de assistência à saúde, desde sua constituição, garante o acesso aos serviços de saúde e, de certa forma, interfere e participa da assistência à saúde de seu segurado. Mesmo sendo comercializado por uma seguradora, este contrato foi definido sob o ponto de vista desta Lei, como um contrato diferente de uma apólice tradicional – financeira – de seguros. Trata-se, portanto, de cuidar de todos os contratos de assistência à saúde da mesma forma, sem, no entanto, impedir que as seguradoras continuassem a vender seus contratos.

profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, e ou integrantes ou não de rede referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e ou odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso e ou pagamento direto ao prestador” (BRASIL, 1999, *on-line*).

Faz-se neste ponto uma observação. No julgamento da ADI 1.931-MC/DF, o ministro aposentado do STF, Nelson Jobim, pediu vistas²³ dos autos, após proferido o voto do relator. Em seu voto-vista, acompanhou o entendimento do relator quanto a sua conclusão, fazendo, contudo, uma ressalva no plano da fundamentação: no seu entender, a matéria disciplinada na Lei nº 9.656/98, ainda em seu conteúdo originário, não estaria sujeita a lei complementar, mesmo no que tocava à questão do seguro-saúde. Isto porque a própria CF/88, em seu art. 197²⁴, já haveria deslocado implicitamente os seguros-saúde da rubrica “Sistema Financeiro Nacional” para a rubrica “serviços privados de saúde”. Nos termos do seu voto:

Fica, assim, claro que a Constituição Federal deslocou para a área exclusiva da “Saúde” os planos privados de prestação desses serviços – de saúde.

Por força desse regramento constitucional de 1.988, aquilo que se denominava “seguro-saúde” deixou de integrar as regras relativas ao que se possa entender como “Sistema Financeiro Nacional”. [...]

Entendo, por isso, que a matéria disciplinada pela L. 9.656/98, desde sua edição original – porque trata de planos privativos de saúde – não estava sujeita à lei complementar.

Foi a CF que, já na redação original, fez a diferença.

Tenho que as mudanças introduzidas pela MP 1.908-18/99, nesse ponto, foram restritas ao aprimoramento técnico. [...]

Os Planos Privados de Saúde e, por consequência, as empresas que prestam esses serviços, integram, desde 1.988, isto sim, as “ações e serviços de saúde”, definidos em título próprio da Constituição (Título VIII, Capítulo II, Seção II - “DA SAÚDE”). (BRASIL, 2003, p. 86-87)

Na mesma ADI 1.931-MC/DF, a CNS alegou a inconstitucionalidade de uma série de outros artigos isolados da Lei nº 9.656/98 e da MP nº 1.730-7/98, com fundamento na violação ao princípio do devido processo legal (em sua vertente material).

Dentre os diversos preceitos legais impugnados, cabe destacar especificamente, para o escopo deste trabalho, que estavam particularmente incluídos aqueles concernentes ao ressarcimento ao SUS (artigo 32 e parágrafos, da Lei nº 9.656/98), sobre o que se discorrerá adiante.

Convém aqui uma breve explicação sobre o princípio do devido processo legal. Para Vasconcelos (2011, p. 134), este princípio é “um postulado de onde

23 Segundo Neves (2015), considerando o princípio do livre convencimento do magistrado, costuma-se pedir vistas dos autos de um processo quando há a necessidade de uma inteligência mais detida sobre a questão de direito debatida.

24 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.

emanam várias garantias específicas, como direito ao contraditório e ampla defesa, inadmissibilidade de provas ilícitas, razoável duração do processo, dentre outras”. Conforme o mesmo autor, esse princípio pode ser compreendido sob dois enfoques: formal e material.

Em seu aspecto formal, o princípio do devido processo está relacionado ao acesso à justiça, em consonância com um processo materialmente justo. De outro lado, acerca do aspecto material do princípio do devido processo legal, invocado pela requerente na ADI 1.931-MC/DF, salienta-se:

O aspecto material do princípio, conhecido como substantive due process, tem recebido forte acolhida por parte da doutrina, mas é na jurisprudência que encontra guarida, atribuindo-lhe o mesmo sentido dado pelos norte-americanos, quando extraem o princípio da razoabilidade do princípio do devido processo legal. Trata-se de uma limitação material à atividade normativa do Estado, manifestada na chamada proibição do excesso, qualificada como instituto verificador da razoabilidade dos atos estatais, objetivando a contenção dos excessos do Poder Público. (VASCONCELOS, 2011, p. 134)

Partindo da pretensa inconstitucionalidade do ressarcimento ao SUS por ofensa ao devido processo legal, passa-se à análise dos argumentos específicos levantados pela CNS para justificar tal alegação, quais sejam: a) a violação aos arts. 195²⁵, 196²⁶ e 199²⁷ da CF/88 e aos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade; e b) a suposta natureza tributária do ressarcimento ao SUS.

Quanto ao primeiro argumento (violação aos arts. 195, 196 e 199 da CF/88 e à proporcionalidade/razoabilidade), a requerente o justificou sustentando haver indevida transferência para a iniciativa privada do dever estatal de prover a saúde.

Essa transferência seria resultado não exclusivamente do ressarcimento ao SUS, mas também da grande abrangência de cobertura obrigatória²⁸ imposta na

25 Art. 195, *caput*. 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, e das seguintes contribuições sociais: [...]

26 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.

27 Art. 199, *caput*. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

28 Uma relevante questão arguida na ADI 1.931-8/DF foi referente à instituição do chamado plano ou seguro referência, com cobertura assistencial (salvo algumas exceções e respeitada a segmentação do plano) de todas as doenças relacionadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), da Organização Mundial de Saúde. Procurava-se evitar, assim, a celebração de contratos com coberturas e exclusões arbitrárias, o que, por outro lado, foi objeto de grande insatisfação por parte das operadoras.

Lei nº 9.656/98. Em síntese, sustentou-se que, ao impor à iniciativa privada a obrigação de prover a cobertura de quase todas as doenças conhecidas e ainda ressarcir ao Poder Público quando da utilização do SUS pelos seus usuários, haveria o deslocamento do encargo público para o setor privado na área da saúde, em malferimento aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade (e, por consequência, ao princípio do devido processo legal).

A requerente enumerou, como se disse, os artigos 195, 196 e 199 da CF/88 para corroborar suas razões, nos termos que seguem. O art. 196 da CF/88 firma a saúde enquanto dever do Estado, de modo que seria inconstitucional transferir esse encargo a outrem. O art. 199 abre à iniciativa privada a faculdade de atuar na área da saúde, de modo que seria inconstitucional um regramento legal tão exaustivo de tal atividade. O art. 195, por fim, determina que a seguridade social, na qual se inclui a saúde, será financiada por toda a sociedade, sendo inconstitucional que tal financiamento fosse atribuído a um único setor social (o da saúde privada).

A tese levantada pela CNS, quanto à argumentação exposta supra, foi de todo rejeitada. O voto do relator, acolhendo esclarecimentos técnicos acostados aos autos, de autoria do Dr. João Luiz Barroca de Andréa (à época Diretor do Departamento de Saúde Suplementar do Ministério da Saúde), manifestou a concepção de que a norma do art. 196 da CF/88 é de conteúdo programático, isto é, “se perfaz com as políticas públicas que são implementadas de acordo com as disponibilidades de custeios oficiais, sem deixar, todavia, de realizar-se também com a partilha dessa atribuição com a iniciativa privada” (BRASIL, 2003, p. 56). Acrescenta o referido relator, em arremate:

24. Não me parece, por isso, correta a assertiva inicial. O artigo seguinte – 197 do Texto constitucional – é positivamente claro ao estabelecer que “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.”

25. Ora, ao regulamentar a forma pela qual essa delegação se opera, por meio de lei, nela não se vislumbra nenhuma inconstitucionalidade em face do preceptivo que atribui ao Estado a observância ao princípio de que a saúde é direito de todos e seu dever.

26. Essa disposição, ao estabelecer que a execução desses serviços pode ser feita também por meio de terceiros, por pessoa física ou jurídica de direito privado, não deixa qualquer dúvida de que o Estado pode disciplinar sua realização.

[...]

Não vejo, dessa forma, que essa outorga redunde em inconstitucionalidade. (BRASIL, 2003, p. 56-57)

Em sequência, quanto ao segundo argumento, tem-se que a CNS alegou que o ressarcimento ao SUS possuía evidente natureza tributária, cujo produto seria destinado ao financiamento da seguridade social (contribuição de seguridade social). Destacam-se as razões suscitadas:

115. Acresce, ainda, que a exigência do ressarcimento – que apresenta nítido caráter tributário – só pode ser entendido como fonte destinada a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social. Ocorre que tais fontes, segundo o §4º do artigo 195 da Constituição Federal, devem ser criadas com respeito ao disposto no artigo 154, I, do Texto Maior, que exige lei complementar. Como a imposição se fez por lei ordinária e medida provisória, também por esta razão são inconstitucionais o artigo 32 e §§. (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE, 1998, p. 43)

A possibilidade ou não de enquadramento do ressarcimento ao SUS enquanto tributo será analisada em detalhes no capítulo subsequente. Por ora, cumpre salientar que essa teoria também restou rejeitada, consoante o trecho a seguir do voto do relator:

45. Não vejo atentado ao devido processo legal em disposição contratual que assegurou a cobertura desses serviços que, não atendidos pelas operadoras no momento de sua necessidade, foram prestados pela rede do SUS e por instituições conveniadas e, por isso, devem ser ressarcidos à Administração Pública [...]

46. Também nenhuma consistência tem a argumentação de que a instituição dessa modalidade de ressarcimento estaria a exigir lei complementar nos termos do artigo 195, § 4º da Constituição Federal, que remete sua implementação ao artigo 154, I da mesma Carta. Como resulta claro e expresso na norma, não impõe ela a criação de nenhum tributo, mas exige que o agente do plano restitua à Administração Pública os gastos efetuados pelos consumidores com que lhe cumpre executar. (BRASIL, 2003, p. 61-62)

Em não se entendendo o ressarcimento ao SUS como tributo, ele não poderia, por óbvio, ser considerado como uma contribuição de seguridade social, posto que esta é espécie daquele gênero. Decorre logicamente, portanto, que sua instituição não exige lei complementar, não havendo, por consequência, inconstitucionalidade formal nesse aspecto.

Nesse ponto, observa-se que as palavras do relator foram sucintas, porém precisas o suficiente, possibilitando antever como mais adequado o entendimento de que o ressarcimento ao SUS não se reveste de caráter tributário. Essa parte do voto foi integralmente acompanhada pelo voto-vista do ministro aposentado do STF, Nelson Jobim.

Em complemento, destacam-se também as declarações do Dr. João Luiz Barroca de Andréa, que, como já mencionado, era Diretor do Departamento de Saúde Suplementar do Ministério da Saúde à época da ADI 1.931-8/DF:

57. [...] Na regulamentação da matéria [...] já permanece claro que o ressarcimento é devido dentro dos limites de cobertura contratuais. E significa somente que os estabelecimentos hospitalares com financiamento público poderão cobrir seus gastos com os eventos relacionados aos usuários de planos e seguros. [...] Pois a cada vez que um consumidor se interna em um hospital público tendo adquirido um produto que dava direito a internação em hospital particular, podemos afirmar que estão acontecendo dois fenômenos: a operadora não honrou com seu compromisso contratual e não disponibilizou leito hospitalar em clínica privada, e todo o custo dessa internação desaparece da balança de pagamentos da empresa.

58. De forma mais direta: o consumidor é logrado e a empresa lucra de forma abusiva, mais uma vez. Trata-se, portanto, de fazer com que as operadoras apenas honrem seus compromissos, independentemente da natureza jurídica do prestador de serviço, se público ou privado. Certamente a máxima de parte – cada vez menor, acreditamos – do empresário brasileiro que afirma: “o lucro é privado, e o prejuízo é do estado”, no caso em tela se aplicaria de forma um pouco adaptada: “a receita é do empresário e a despesa do estado”. Desta forma o ressarcimento ao SUS não é apenas justo socialmente, como se transformará em importante ferramenta de organização do sistema de saúde, pois cada vez que ocorrer estará significando que alguma operadora deixou de prestar o serviço adequado (e contratado) a seus clientes. (BRASIL, 2003, p. 54-55)

Em decisões posteriores, o STF tem mantido o entendimento adotado na ADI 1.931-MC/DF, no que respeita à constitucionalidade do ressarcimento ao SUS, inclusive firmando como cabível o julgamento imediato de outras causas atinentes à mesma matéria com base naquele *leading case*²⁹, a exemplo do teor da seguinte ementa, referente aos Embargos de Declaração³⁰ interpostos no Recurso Extraordinário³¹ nº 500.306/RJ:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) - ART. 32 DA LEI Nº 9.656/98 – CONSTITUCIONALIDADE – MEDIDA CAUTELAR APRECIADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO IMEDIATO DE OUTRAS CAUSAS, VERSANDO O MESMO TEMA, PELAS TURMAS OU JUÍZES DO

29 *Leading case* é uma decisão que tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras gravitam e ao nascer para o mundo jurídico cria o precedente, com força obrigatória para casos futuros. (CAVALCANTE; NERY, 2014, *on-line*)

30 Os embargos de declaração são espécie de recurso que tem por finalidade a integração da sentença, por meio do saneamento dos vícios de obscuridade, contradição, omissão ou erro material nela contidos (DIREITONET, 2016, *on-line*)

31 O Recurso Extraordinário é um mecanismo processual que viabiliza a análise de questões constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. [...] A decisão do STF no recurso extraordinário produzirá os mesmos efeitos da ADI, ou seja, por regra, erga omnes, ex tunc e vinculante, podendo o STF, nos termos do artigo 27 da Lei nº 9.868/99, modular os efeitos da decisão. (DIREITONET, 2015, *on-line*)

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COM FUNDAMENTO NO “LEADING CASE” – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A DENEGAÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR, EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO, NÃO IMPEDE QUE SE PROCEDA AO JULGAMENTO CONCRETO, PELO MÉTODO DIFUSO, DE IDÊNTICO LITÍGIO CONSTITUCIONAL. - A existência de decisão plenária, proferida em sede de controle normativo abstrato, de que tenha resultado o indeferimento do pedido de medida cautelar, não impede que se proceda, desde logo, por meio do controle difuso, ao julgamento de causas em que se deva resolver, “incidenter tantum”, litígio instaurado em torno de idêntica controvérsia constitucional. Precedentes. (BRASIL, 2009, *on-line*)

A jurisprudência de outros tribunais também tem se consolidado no sentido ora exposto, a exemplo da súmula nº 51 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que dispõe, inequivocamente: “O art. 32, da Lei nº 9.656/98, que trata do ressarcimento ao sistema único de saúde (SUS), é constitucional” (BRASIL, 2008, *on-line*).

Conclui-se, portanto, que, inobstante a falta de julgamento definitivo da matéria e as controvérsias ainda existentes sobre o assunto, prevalece a compreensão do ressarcimento ao SUS enquanto instrumento legítimo de realização de justiça social, seguramente afinado com os princípios que orientam a atenção à saúde no Brasil, sob a égide da Constituição Federal de 1988.

4 NATUREZA JURÍDICA DO RESSARCIMENTO AO SUS

4.1 Da impossibilidade de caracterização do ressarcimento ao SUS como tributo

A questão do ressarcimento ao SUS enquanto obrigação tributária foi discutida, como se viu, no bojo da ADI 1.931-MC/DF³², ação na qual o STF rejeitou aquela tese. Passa-se agora a um exame mais aprofundado das razões pelas quais o ressarcimento ao SUS não pode ser compreendido como um tributo. Para isto, faz-se necessário reproduzir novamente o respectivo excerto da petição inicial da CNS:

115. Acresce, ainda, que a exigência do ressarcimento – que apresenta nítido caráter tributário – só pode ser entendido como fonte destinada a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social. Ocorre que tais fontes, segundo o §4º do artigo 195 da Constituição Federal, devem ser criadas com respeito ao disposto no artigo 154, I, do Texto Maior, **que exige lei complementar**. Como a imposição se fez por lei ordinária e medida provisória, também por esta razão são inconstitucionais o **artigo 32 e §§.** (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE, 1998, p. 43, grifos do autor)

Pode-se inferir do trecho acima que a CNS pretendeu identificar o ressarcimento ao SUS enquanto uma contribuição de seguridade social³³, espécie do tributo contribuição especial – daí a justificativa da necessidade de lei complementar para a sua instituição.

Cumprе ressaltar, assim, que, em sendo o ressarcimento ao SUS considerado contribuição de seguridade social, conforme tencionou a CNS em sua tese jurídica, forçoso seria convir que a sua instituição exigiria lei complementar, dado o teor do §4º do art. 195 da CF/88, que prescreve: “A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I” (BRASIL, 1988, *on-line*).

32 Conforme destacado anteriormente, trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta em face da Lei nº 9.656/98 e normativos posteriores que a alteraram, inclusive no que toca ao ressarcimento ao SUS. Um dos argumentos levantados para justificar a inconstitucionalidade formal do ressarcimento foi a sua suposta natureza de tributo (contribuição de seguridade social), cuja instituição exigiria lei complementar.

33 A contribuição de seguridade social é espécie de contribuição especial. Esta “tem como fundamento constitucional uma finalidade que deve ser por ela atendida. É cobrada como forma de financiar determinadas finalidades que devem ser concretizadas” (Hack, 2008, p. 296). A finalidade almejada pelas contribuições de seguridade social é o financiamento da seguridade social, que “compreende a previdência social (aposentadorias e pensões do INSS), saúde (SUS) e assistência social (benefícios aos mais pobres)” (Hack, 2008, p. 297)

Ora, o dispositivo mencionado (art. 195, § 4º, da CF/88), como se vê, faz expressa remissão à sistemática adotada no art. 154, I, da CF/88, cujo teor preconiza: “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 [...]” (BRASIL, 1988, *on-line*, grifos nossos). Daí exigir-se lei complementar para instituir novas contribuições de seguridade social.

Para uma adequada compreensão da matéria, imperioso destacar, inicialmente, algumas noções sobre os tributos. Seu conceito é expresso no art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN – Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966): “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (BRASIL, 1966, *on-line*). Explana-se a seguir os termos dessa definição legal.

Para Alexandre (2016), prestação pecuniária significa, a despeito da redundância da lei, justamente aquela dada em moeda ou, excepcionalmente, por outro meio alternativo legalmente facultado, a exemplo da dação em pagamento de bens imóveis³⁴.

O caráter compulsório da prestação tributária, para Machado (2010), indica que o nascimento da obrigação jurídico-tributária independe da vontade do sujeito. Diferentemente das obrigações contratuais, a tributária prescinde completamente do elemento volitivo, sendo suficiente a ocorrência fática da hipótese prevista na norma de tributação.

Afirmar que o tributo não constitui sanção de ato ilícito, por sua vez, significa dizer que “O tributo se distingue da *penalidade* exatamente porque esta tem como hipótese de incidência um ato ilícito, enquanto a hipótese de incidência do tributo é sempre algo lícito” (MACHADO, 2010, p. 64, grifos do autor). Alexandre (2016) acrescenta que é justamente a natureza do ato, enquanto lícito ou ilícito, que determina a diferença entre tributo e multa. O primeiro (tributo), aliás, tem finalidade arrecadatória e interventiva, ao passo que aquela (multa) tem a finalidade precípua de coibir a prática de atos ilícitos.

Quanto à necessidade de instituição em lei, Hack (2008) pontifica que trata-se do princípio da legalidade tributária, significando que a existência de um

34 Vide Lei Complementar 104, de 10 de janeiro de 2001.

tributo depende da sua instituição por meio de lei, em sentido estrito. Outras espécies normativas são inaptas a criar tributos, mas podem destinar-se a sua regulamentação, a exemplo dos decretos³⁵.

Por fim, tem-se que a cobrança do tributo deve se dar necessariamente mediante atividade administrativa plenamente vinculada, sobre a qual ensina Alexandre (2016, p. 41):

A vinculação da atividade de cobrança do tributo decorre do fato de ele ser instituído por lei e se configurar como uma prestação compulsória. A autoridade tributária não pode analisar se é conveniente, se é oportuno cobrar o tributo. A cobrança é feita de maneira vinculada, sem concessão de qualquer margem de discricionariedade ao administrador. Mesmo que o fiscal, o auditor ou o procurador se sensibilizem com uma situação concreta, devem cobrar o tributo.

Analisados os termos da definição legal de tributo, conforme o art. 3º do CTN, cumpre, então, realizar um juízo de comparação entre o ressarcimento ao SUS e esses mesmos elementos que compõem aquele conceito legal, a fim de afirmar ou descartar a natureza tributária do ressarcimento.

Carvalho (2003, p. 18) assevera, quanto ao ressarcimento ao SUS, que “trata-se de prestação pecuniária compulsória que não configura sanção por ato ilícito, o que, em uma análise superficial, poderia levar à equivocada ideia de estar-se diante de tributo”.

Embora não se afigure um ato ilícito imediatamente aferível, Carvalho (2003) entende que do ato lícito consistente na utilização do SUS por um beneficiário de plano de saúde decorrem efeitos ilícitos, consubstanciados no enriquecimento sem causa³⁶ das operadoras, situação que dá ensejo à reparação patrimonial, que é de natureza civil e não tributária.

O enriquecimento sem causa, por seu turno, “é fato jurídico ilícito, no sentido de não ser juridicamente permitido, podendo decorrer não apenas de atos ilícitos, mas também de ocorrências lícitas” (CARVALHO, 2003, p. 15). E complementa: “não é tributo a figura da reparação patrimonial decorrente de efeitos ilícitos (ainda que o ato ocasionador de tais efeitos seja lícito), presente nas hipóteses de responsabilidade civil por enriquecimento sem causa” (CARVALHO,

35 O decreto é o instrumento pelo qual se manifesta o chefe do Poder Executivo (federal, estadual ou municipal) para dar fiel cumprimento às leis.

36 Acerca da vedação ao enriquecimento sem causa como fundamento jurídico do ressarcimento ao SUS, vide tópico seguinte.

2003, p. 36). Para o referido autor, portanto, resta prejudicado o requisito segundo o qual o tributo não deve constituir sanção de ato ilícito.

Reis (2005), por sua vez, considera que o ressarcimento ao SUS perfaz os requisitos de ser uma prestação pecuniária, compulsória e que não constitui sanção de ato ilícito. Entende, entretanto, que não está configurado o requisito de ser instituído em lei. Isto porque o dever de ressarcir ao SUS não fora propriamente instituído pela Lei nº 9.656/98, sendo-lhe, na verdade, anterior, e seu fundamento residiria na obrigação geral de restituir, assentada na vedação ao enriquecimento sem causa, de modo que a Lei nº 9.656/98 veio, assim, apenas a instituir em favor do Poder Público um meio de obtenção do ressarcimento que já era devido.

Nesse sentido também se coloca Carvalho (2003, p. 16-17):

Não obstante a simples ocorrência do enriquecimento sem causa faça nascer o direito do prejudicado reclamar a reparação do dano, a forma como essa recomposição do patrimônio deve se verificar é regulada pelo próprio direito positivo. [...] O direito à restituição, decorrente de enriquecimento sem causa, não é, portanto, indeterminado e sem limites. Sua ocorrência justifica a propositura de ação *in rem verso* pelo prejudicado, ou outro meio de ressarcimento previsto em lei. São hipóteses alternativas, significando que o direito de ação é assegurado a quem sofreu dano em virtude de enriquecimento sem causa alheio, mas que, se a lei prescrever outros meios de ressarcimento do prejuízo sofrido, referido direito de ação deve restringir-se aos termos legais. [...]

Não restam dúvidas de que a lei pode fixar a forma de exigência e apuração do valor indenizatório devido. E é exatamente isso o que se verifica no caso concreto, submetido à presente Consulta. A Lei nº 9.656/98, em seu art. 32, disciplinou o modo de ressarcimento do Sistema Único de Saúde relativamente às operadoras de planos de saúde que dela fazem uso.

Em conclusão, descartando-se a natureza tributária do ressarcimento ao SUS, fica prejudicada, por consequência, a sua caracterização enquanto contribuição de seguridade social, motivo pelo qual não há razão de exigir-se lei complementar instituidora.

4.2 Do ressarcimento ao SUS enquanto obrigação de natureza civil

Rejeitando energicamente a tese da natureza tributária do ressarcimento ao SUS, a doutrina afinada com o entendimento esposado na ADI 1.931-MC/DF converge ao indicar que o seu fundamento, na verdade, repousa na vedação ao enriquecimento sem causa, o que atesta a sua natureza indenizatória. Transcreve-se novamente o trecho do julgamento da ADI 1.931-MC/DF atinente ao tema:

45. Não vejo atentado ao devido processo legal em disposição contratual que assegurou a cobertura desses serviços que, não atendidos pelas operadoras no momento de sua necessidade, foram prestados pela rede do SUS e por instituições conveniadas e, por isso, devem ser ressarcidos à Administração Pública [...]

46. Também nenhuma consistência tem a argumentação de que a instituição dessa modalidade de ressarcimento estaria a exigir lei complementar nos termos do artigo 195, § 4º da Constituição Federal, que remete sua implementação ao artigo 154, I da mesma Carta. **Como resulta claro e expresso na norma, não impõe ela a criação de nenhum tributo, mas exige que o agente do plano restitua à Administração Pública os gastos efetuados pelos consumidores com que lhe cumpre executar.** (BRASIL, 2003, p. 59-60, grifos nossos)

A adequada apreensão do assunto exige alguns esclarecimentos acerca do enriquecimento sem causa. Esse instituto jurídico consiste em situação repudiada no ordenamento jurídico brasileiro, conforme o artigo 884 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – CC/2002), que preceitua: “Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários” (BRASIL, 2002, *on-line*). Para Tartuce (2017, p. 52):

De acordo com o Direito Civil Contemporâneo, concebido na pós-modernidade e de acordo com os ditames sociais e éticos, não se admite qualquer conduta baseada na especulação, no locupletamento sem razão. Desse modo, o enriquecimento sem causa constitui fonte obrigacional, ao mesmo tempo em que a sua vedação decorre dos princípios da função social das obrigações e da boa-fé objetiva.

O atual Código Civil brasileiro valoriza aquele que trabalha, e não aquele que fica à espreita esperando um golpe de mestre para enriquecer-se à custa de outrem. O Código Civil de 2002 é inimigo do especulador, daquele que busca capitalizar-se mediante o trabalho alheio.

A doutrina clássica, segundo Tartuce (2017), indica que o enriquecimento sem causa apresenta os seguintes pressupostos: a) locupletamento de quem recebe; b) empobrecimento de quem paga; c) nexos causal entre o enriquecimento e o empobrecimento; d) inexistência de causa jurídica convencional ou legal para o enriquecimento. Ressalva o citado autor, entretanto, que o Enunciado nº 35 da I Jornada de Direito Civil³⁷ entende dispensável que haja efetivo empobrecimento de uma parte, bastando o enriquecimento do receptor.

³⁷ Segundo Tartuce (2011), as Jornadas de Direito Civil consistem em um sistema de aprovação de enunciados, visando a elucidar o conteúdo do Código Civil Brasileiro. Esses enunciados servem de referências doutrinárias na interpretação dos artigos do CC/2002.

Carvalho (2003, p. 15-16) acrescenta ainda que, em sede de enriquecimento sem causa, não se perquire culpa³⁸, de forma que “o relevante, para o ordenamento jurídico, é o restabelecimento do equilíbrio patrimonial, desestruturado por causas não acolhidas juridicamente”. É por esta razão que, para fins do ressarcimento ao SUS, não se perquire se o beneficiário de fato procurou a operadora demandando pelo atendimento desejado.

Feitas essas explanações, passa-se à conformação do ressarcimento ao SUS dentro das noções apresentadas.

De acordo com Figueiredo (2003, p. 30), “encarta-se o ressarcimento diretamente dentro da obrigação assumida pelas Operadoras de Planos de Assistência à Saúde com seus contratados e, entretanto, implementada pelo Estado, que teria feito as vezes da Contratada (a Operadora)”. E ainda:

1. A quantia paga ao Serviço Único de Saúde – SUS ou diretamente aos hospitais contratados ou conveniados do SUS, nos termos do artigo 32 da Lei nº 9.656/98, pelas Operadoras de Planos de Assistência à Saúde é ressarcimento pelos serviços prestados ao detentor do contrato. Se não fora assim, haveria enriquecimento sem causa das empresas privadas, que já receberam dos contratantes do plano segundo os termos contratuais e de acordo com os cálculos atuariais, previamente feitos pelas próprias contratadas. (FIGUEIREDO, 2003, p. 28)

Identifica-se, com base nos excertos acima, que o primeiro requisito indicado (locupletamento de quem recebe) se perfaz na medida em que as operadoras de planos de saúde recebem contraprestações pecuniárias dos seus consumidores, assumindo-lhes o risco assistencial, e, no momento em estes necessitam de cobertura para determinado procedimento previsto contratualmente, recorrem ao sistema público de saúde. Nesse caso, o aumento patrimonial corresponde à devida redução que se evitou haver.

Ao mesmo tempo em que as operadoras enriquecem nessa operação, perfaz-se o segundo requisito, uma vez que o SUS é levado a dispender recursos financeiros com o atendimento de um paciente que possuía o direito de ser atendido por meio do seu plano de saúde, de modo que percebe-se quanto ao SUS uma redução patrimonial (empobrecimento).

³⁸ A culpa, em sentido estrito, traduz-se em negligência, imprudência e imperícia. Em sentido amplo, envolve o dolo, que é a intenção deliberada de causar dano.

Em decorrência lógica, resta configurado também o terceiro requisito (nexo causal), dado que enriquecimento de uma parte e empobrecimento da outra são situações concomitantes e interdependentes, uma existindo em razão da outra.

Quanto ao quarto e último requisito, nas palavras de Figueiredo (2003, p. 31), “não há realmente causa jurídica para que as entidades privadas recebam as quantias referentes aos planos de saúde, não prestem o serviço e o Estado tenha dispêndios, que irão diretamente beneficiar essas empresas”.

Salienta-se que, além de inexistir causa justa para o enriquecimento das operadoras de planos de saúde, há, isto sim, um dever constitucional de evitar que agentes privados obtenham ganhos às custas do patrimônio público, fundado no art. 199, §2º³⁹, da CF/88, como se pode inferir das palavras de Carvalho (2003, p. 40-41):

O §2º do art. 199 da Carta Magna veda a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções a instituições privadas com fins lucrativos. Em observância a tal proibição, a exigência do “ressarcimento ao SUS” deixa de ser apenas um direito para se tornar um dever. Isso porque, se determinada pessoa jurídica de direito privado assume a responsabilidade de arcar com os custos de procedimentos médicos e hospitalares realizados em seus usuários, sendo remunerado para tanto, mas deixa de executar referido atendimento, fincando tal encargo incumbido ao Estado, mediante recursos públicos, o Estado estará custeando serviços contratados por aquele ente privado, em manifesta violação ao dispositivo constitucional acima referido.

Além de efetivar o comando constitucional do art. 199, §2º, Figueiredo (2003) compreende ainda o ressarcimento ao SUS como instrumento apto à realização material do princípio da isonomia, uma vez que não se trata, em hipótese alguma, de recusar ao cidadão o atendimento médico na rede pública de saúde, mas tão somente de promover o ressarcimento quando do cumprimento de obrigação alheia. Dessa forma, possibilita-se ao SUS melhor cumprimento de suas funções para com aqueles que não dispõem de outros meios de obter acesso à saúde.

Conforme aduzido anteriormente, convém frisar que, para Reis (2005), a Lei nº 9.656/98 não instituiu propriamente o ressarcimento ao SUS, mas tão somente um regramento legal que disciplinou a sua cobrança. Nesse sentido, mesmo antes da Lei nº 9.656/98 já seria possível ao Poder Público buscar o

39 CF/88, art. 199, §2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

ressarcimento, o que poderia se dar pela via judicial (ação *in rem verso*), já que faltava disposição legal dispendo de modo diverso.

É nesse sentido que Carvalho (2003) esclarece que a lei pode, com base no art. 946⁴⁰ do CC/2002, instituir disciplinas específicas visando à restituição, como o fez a Lei nº 9.656/98. Tartuce (2017, p. 54) destaca ainda a subsidiariedade da ação reparatória: “Caso a lei forneça ao lesado outros meios para a satisfação (ressarcimento) do prejuízo, não caberá a restituição por enriquecimento, segundo o art. 886⁴¹ do CC. O dispositivo realça o caráter subsidiário da ação de enriquecimento sem causa”.

Entende-se, assim, mais ajustado o entendimento que atribui natureza civil ao ressarcimento ao SUS, com fundamento na vedação ao enriquecimento sem causa, sendo insustentável a tese da natureza tributária. Outrossim, convém salientar que a Lei nº 9.656/98 não instituiu propriamente a possibilidade do ressarcimento ao SUS, mas uma forma especial de obtenção desse ressarcimento, de modo a conferir maior racionalidade e eficácia ao instituto.

40 CC/2002, art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

41 CC/2002, art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

5 ASPECTOS PRÁTICOS DO RESSARCIMENTO AO SUS

5.1 Procedimento do Ressarcimento ao SUS

Tratou-se, em capítulos anteriores, das questões atinentes à constitucionalidade e à natureza jurídica do ressarcimento ao SUS. Convém, então, apresentar, de forma simplificada, o modo como o ressarcimento ocorre na prática administrativa.

O fluxo do ressarcimento inicia-se quando o SUS disponibiliza⁴² à ANS a sua base de dados, contendo o detalhamento de todos os procedimentos realizados na rede pública de saúde, desde internações a procedimentos ambulatoriais diversos⁴³. A ANS, então, cruza os dados recebidos do SUS com os dados dos beneficiários de planos de saúde constantes de suas próprias bases⁴⁴.

O objetivo desse cruzamento de dados (chamado “batimento”) é identificar beneficiários de planos de saúde que realizaram no SUS procedimentos cobertos pelo contrato firmado com as suas respectivas operadoras. O batimento ocorre da seguinte forma:

Esse relacionamento das bases pode ser definido como o processo de comparação de dois ou mais registros que contêm informações de identificação para determinar se estes registros referem-se a um mesmo indivíduo. Dados como nome do beneficiário, nome da mãe do beneficiário, data de nascimento, CPF, sexo, UF e número do Cartão Nacional de Saúde são cruzados, entre outros. Quanto maior a completude e a qualidade do preenchimento da AIH maiores serão as chances de identificação de um atendimento. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, 2014, p. 10)

Realizado o batimento, a ANS encaminha o seu resultado às operadoras por meio de Aviso de Beneficiário Identificado (ABI), um ofício administrativo que agrupa todos os atendimentos constatados no período considerado, abrindo à operadora duas possibilidades: apresentar defesa administrativa ou efetuar desde logo o pagamento.

Apresentando defesa e sendo esta julgada improcedente, a ANS notifica a operadora da decisão e emite uma Guia de Recolhimento da União (GRU). O não

42 Esta tarefa é realizada pelo DATASUS (Departamento de Informática do SUS).

43 Identificam-se as internações por meio da emissão das AIHs (Autorizações de Internações Hospitalares) e os procedimentos ambulatoriais por meio das APACs (Autorizações de Procedimentos Ambulatoriais).

44 O sistema de informática da ANS que contém essas informações é o SIB (Sistema de Informações de Beneficiários).

pagamento dessa GRU no prazo legal acarreta a inscrição do débito na Dívida Ativa da ANS e da operadora no Cadastro Informativo de Créditos Não Quitados do Setor Público Federal⁴⁵ (CADIN). Uma vez inscrito o débito em Dívida Ativa, cabe à ANS a cobrança judicial do respectivo crédito, nos termos do § 5º do art. 32 da Lei nº 9.656/98⁴⁶.

Conforme a Resolução Normativa da ANS nº 367, de 18 de dezembro de 2014, o valor do ressarcimento será aquele lançado no documento do SUS multiplicado pelo Índice de Valoração do Ressarcimento, fixado em 1,5 (um vírgula cinco), respeitada a regra do § 8º⁴⁷ do art. 32 da Lei nº 9.656/98, segundo o qual “os valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras” (BRASIL, 2001, *on-line*). Todos os valores recolhidos, inclusive a título de juros e multa são repassados ao Fundo Nacional de Saúde⁴⁸ (FNS), nos termos da Lei nº 9.656/98.

Observe-se na figura abaixo o atual fluxo do ressarcimento ao SUS:

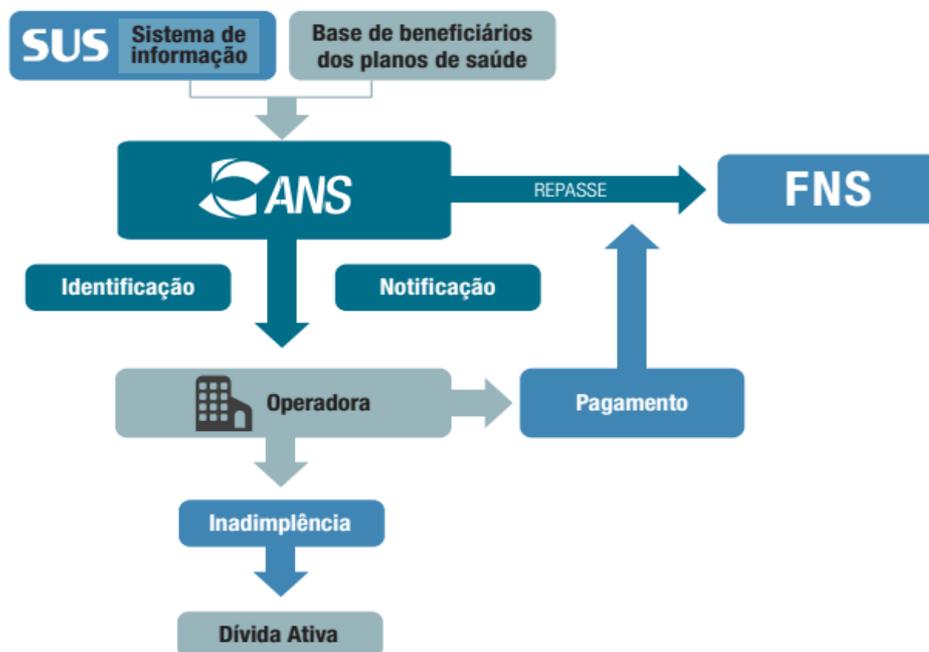
45 Nos termos da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, a inscrição no CADIN tem o condão de obstar, dentre outros, a realização de operações de crédito que envolvam a utilização de recursos públicos, a concessão de incentivos fiscais e financeiros e a celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos.

46 Art. 32, §5º Os valores não recolhidos no prazo previsto no §3º serão inscritos em dívida ativa da ANS, a qual compete a cobrança judicial dos respectivos créditos.

47 Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto 2001.

48 Instituído pelo Decreto Nº 64.867, de 24 de julho de 1969, como um fundo especial, o Fundo Nacional de Saúde (FNS) é o gestor financeiro dos recursos destinados ao Sistema Único de Saúde (SUS), na esfera federal. (BRASIL, 2014, *on-line*)

Figura 1 – Fluxo do Processo de Ressarcimento



Fonte: Agência Nacional de Saúde Suplementar (2017, p.10)

O processo do ressarcimento vem sendo aperfeiçoado, desde a sua instituição até os dias de hoje. Observa-se o esforço da ANS em garantir um processo célere, buscando, para este fim, uma integração cada vez mais intensa com os órgãos do SUS. Destaca-se, por exemplo, a implantação do Cartão Nacional de Saúde (CNS), uma criação do Ministério da Saúde com a participação da ANS. Acerca do CNS, salienta-se:

Tal instrumento possibilita a vinculação dos procedimentos executados no âmbito do SUS e da saúde suplementar ao usuário, ao profissional que os realizou e também à unidade de saúde onde foram executados, para que o processo se torne mais ágil, seguro e menos oneroso. (AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, *on-line*)

Ao longo do tempo, algumas medidas, como o incremento da capacidade operacional da ANS, e providências, a exemplo da melhoria de fluxos e processos de trabalho e o aperfeiçoamento das normas existentes, também contribuíram no avanço do ressarcimento ao SUS quanto a sua efetividade.

Não se pode olvidar ainda a menção aos avanços no âmbito da tecnologia da informação, que, incorporados ao processo do ressarcimento, possibilitaram que o batimento de dados se tornasse cada vez mais preciso e que,

portanto, mais atendimentos de beneficiários de planos de saúde na rede pública pudessem ser identificados. É de se destacar, nesse sentido, a Resolução Normativa da ANS nº 185, de 30 de dezembro de 2008, que instituiu o procedimento eletrônico do ressarcimento ao SUS, sendo posteriormente substituída pela Resolução Normativa nº 358, de 27 de novembro de 2014, que promoveu novos aprimoramentos.

5.2 A situação do ressarcimento ao SUS no ano de 2017

Segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar (2017, *passim*), nos primeiros anos da cobrança do ressarcimento pela ANS, especificamente de 2001 a 2009, a média de procedimentos notificados às operadoras foi de aproximadamente 88.333 (oitenta e oito mil, trezentos e trinta e três) atendimentos por ano.

Impende registrar, segundo o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (2011), que a Resolução CONSU⁴⁹ nº 9, de 3 de novembro de 1998, determinava que o processamento dos atendimentos identificados era de competência dos gestores do SUS, em cada esfera de governo. Em 2001, contudo, a Resolução da Diretoria Colegiada/ANS nº 62, de 20 de março de 2001, centralizou os procedimentos do ressarcimento naquela mesma Agência, facilitando a cobrança do ressarcimento.

Em 2006, todavia, houve um retrocesso, quando “o Ministério da Saúde promoveu a descentralização do processamento das AIHs⁵⁰ para estados e municípios, o que acarretou dificuldades de consolidação das bases de dados até então enviadas rotineiramente à ANS” (Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2011, *on-line*). Em razão disso, a rotina de identificação de beneficiários de planos de saúde que utilizaram o SUS ficou interrompida durante um ano e nove meses, entre 2008 e 2010⁵¹. No ano de 2009, saliente-se, nenhum atendimento foi notificado.

49 Acerca do CONSU, vide nota de rodapé nº 20.

50 Autorizações de Internações Hospitalares.

51 Embora a norma do Ministério da Saúde tenha sido editada em 2006, seus efeitos só foram sentidos pela ANS a partir de 2008, considerando a defasagem entre o atendimento feito pelo SUS e os trâmites administrativos da ANS até a identificação de beneficiários.

A situação da identificação dos atendimentos só veio a ser normalizada em 2010, em virtude de acordo celebrado, em 2008, entre o Ministério da Saúde e a ANS, como se extrai do seguinte excerto:

Já em 2007, a Agência, buscando reaver o processamento da identificação dos atendimentos, encaminhou uma minuta de Acordo de Cooperação Técnica ao Ministério da Saúde, propondo a transferência das bases de dados dos atendimentos efetuados pelo SUS e faturados através do SIH/SUS e do Sistema de Informações Ambulatoriais – SIA/SUS – acordo celebrado em 15 de janeiro de 2008. A partir dessa data, o Ministério da Saúde, por meio do Datasus, fornece mensalmente à ANS as bases de dados das AIHs e Apacs necessárias para o batimento. (CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE, 2011, p. 127)

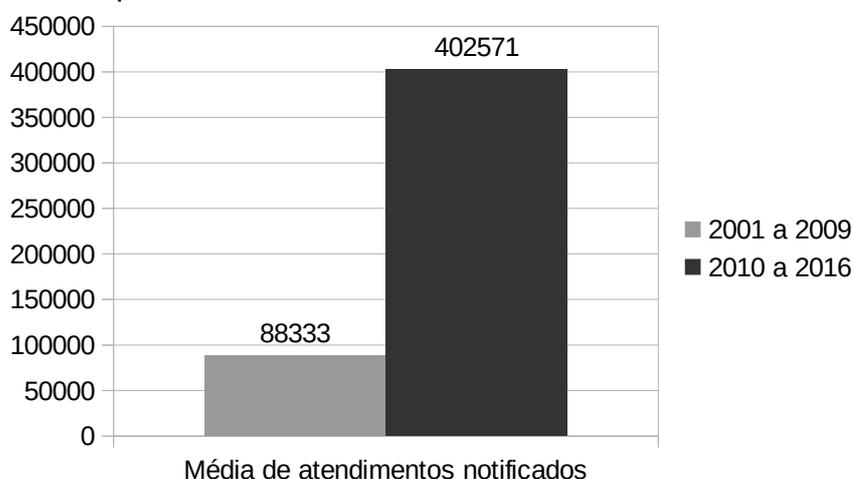
No ano de 2010, percebeu-se um sensível aumento no número de atendimentos notificados às operadoras, mantendo patamar semelhante nos anos subsequentes, de modo que, no período de 2010 a 2016, a média foi de 402.571 (quatrocentos e dois mil, quinhentos e setenta e um) atendimentos notificados.

Atribui-se esse incremento a diversas medidas adotadas entre 2009 e 2010, dentre as quais, segundo a Agência Nacional de Saúde Suplementar (2011, *on-line*): a retomada da rotina de identificação de atendimentos, melhoria e simplificação dos sistemas de informação, padronização de procedimentos, homogeneização de entendimentos, contratação de servidores temporários para tratamento do passivo pendente de análise, além de outras alterações de ordem técnica e operacional no âmbito interno da ANS.

É importante ressaltar também que, até 2016, a ANS emitia ABIs contendo apenas AIHs (Autorizações de Internações Hospitalares). Daquele ano em diante, a ANS passou a notificar também APACs (Autorizações de Procedimentos Ambulatoriais), inclusive retroativamente, até o ano de 2012, o que contribuiu para o aumento no quantitativo de atendimentos identificados desde então.

Feitas estas explicações, apresenta-se o gráfico abaixo, no qual se pode observar a grande diferença entre a média de atendimentos notificados nos primeiros anos de cobrança do ressarcimento pela ANS (2001 a 2009) e a média de atendimentos nos anos subsequentes (2010 a 2016). Optou-se pela delimitação desses lapsos temporais em razão das importantes medidas promovidas entre 2009 e 2010, conforme mencionado supra.

Figura 2 – Número médio de atendimentos notificados por ano nos períodos de 2001-2009 e 2010-2016



Fonte: Agência Nacional de Saúde Suplementar (2017)

Em termos de valores notificados às operadoras, a proporção entre as médias dos dois períodos considerados mantém-se semelhante. No primeiro período (2001–2009), o valor médio notificado foi de R\$ 128.000.000,00 (cento e vinte e oito milhões de reais), ao passo que, no segundo período (2010–2016), o valor médio notificado por foi de R\$ 654.250.000,00 (seiscentos e cinquenta e quatro milhões, duzentos e cinquenta mil reais).

Como se vê, trata-se de valores de grande monta, de modo que o atendimento a usuários de planos de saúde na rede pública de fato importa em grande impacto aos cofres públicos e, por via reflexa, às milhões de pessoas que dependem exclusivamente do atendimento à saúde realizado por meio do SUS. Daí depreende-se o significativo papel da cobrança do ressarcimento.

Apesar das melhorias quanto à atuação da ANS, ainda há um longo caminho a se percorrer no sentido do efetivo adimplemento por parte das operadoras quanto aos valores notificados a título de ressarcimento ao SUS.

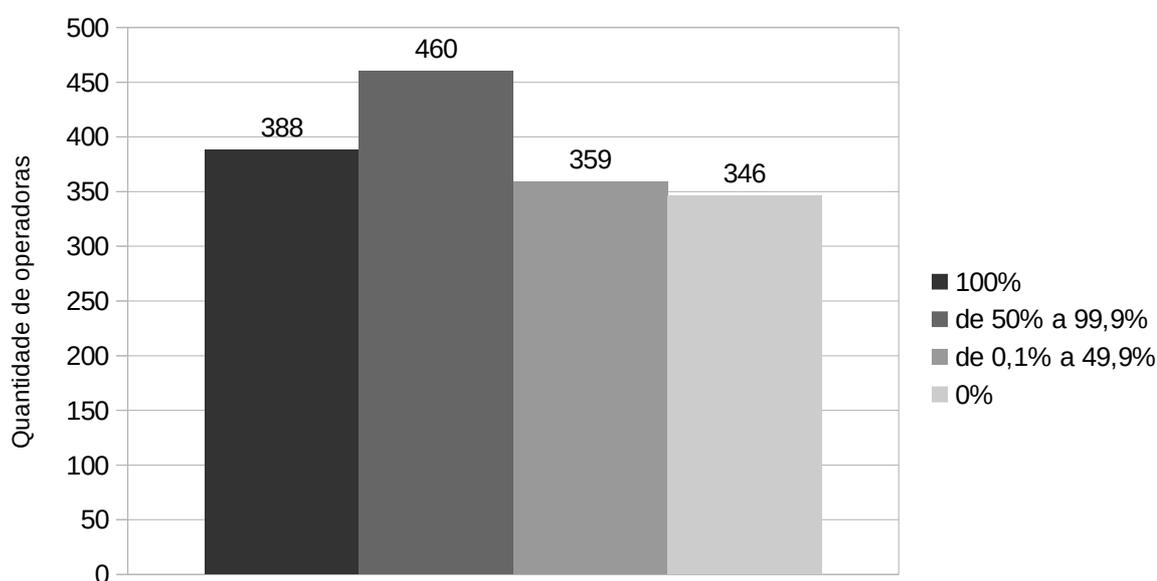
Os registros dos índices de pagamento do ressarcimento passaram a ser publicados somente a partir de 2014, razão pela qual serão analisados a seguir somente dados recentes, de forma isolada e não comparativa, optando-se, para esse fim, pelo exame dos dados estatísticos, constantes de planilha divulgada pela ANS, referentes aos pagamentos efetuados até o mês de setembro de 2017.

Embora dessa análise não se possa aferir a evolução do posicionamento das operadoras relativamente à obrigação de ressarcir ao SUS, será possível minimamente observar e realizar constatações acerca do cenário atual.

Para o período em questão (setembro/2017), percebe-se grande disparidade no comportamento das operadoras diante da obrigação de ressarcir ao SUS: algumas cumprem fielmente o seu dever ao passo que outras não satisfazem adequadamente a sua obrigação de ressarcir.

Considerando o universo de operadoras que já tenham sido cobradas na história do ressarcimento, chega-se ao total de 1.553 (mil quinhentas e cinquenta e três), incluindo ativas e inativas. Até o período considerado, tem-se que 388 (trezentas e oitenta e oito) quitaram inteiramente seus débitos referentes ao ressarcimento; 460 (quatrocentas e sessenta) quitaram entre 50 e 99,99% dos seus débitos com o ressarcimento; as demais 705 (setecentas e cinco) quitaram valores inferiores a 50% do débito, sendo que, destas, 346 (trezentas e quarenta e seis) não efetuaram qualquer pagamento. Nesse sentido, observe-se o gráfico:

Figura 3 – Distribuição das operadoras de planos de saúde segundo os percentuais ressarcidos ao SUS até setembro/2017



Faixas de classificação das operadoras segundo os percentuais ressarcidos (até set/2017)

Fonte: Agência Nacional de Saúde Suplementar (2017)

Ressalta-se que o percentual de adimplência é calculado da seguinte forma: $(\text{valores pagos} + \text{valores em parcelamento}) \times 100 / \text{valores cobrados}$. Débitos suspensos judicialmente não entraram no cálculo.

Aduz-se, portanto, que o cenário atual ainda está distante do esperado, dado o alto índice de inadimplemento do ressarcimento ao SUS. Cancian (2016) esclarece que as operadoras são resistentes em solver os débitos do ressarcimento. Apontam-se variadas razões para essa resistência, dentre elas a discordância quanto à constitucionalidade do instituto ou sobre quais atendimentos podem ser legalmente cobrados das operadoras, além da desaceitação em ressarcir um sistema público cuja cobertura tem caráter universal. Em muitos casos, observa-se ainda a impugnação judicial do ressarcimento ao SUS.

Inobstante as dificuldades enfrentadas pela ANS, é de se destacar, contudo, a tendência crescente de aperfeiçoamento, sendo certo ainda, na esteira do que salienta Santos (2006), que o ressarcimento ao SUS é um instrumento regulatório essencial, não somente no que toca a evitar ou reduzir os danos aos cofres públicos e o conseqüente prejuízo social, mas também no sentido de elevar o conhecimento do órgão regulador (no caso, a ANS) sobre a esfera regulada (da saúde suplementar). Esse conhecimento possibilita a adoção de medidas e políticas visando à higidez do setor, o que, por sua vez, produz impactos positivos tanto para o governo quanto para a sociedade.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Constata-se, a partir dos elementos apresentados neste trabalho, a relevância que tem no Brasil um sistema público de saúde com cobertura integral e acesso universal e igualitário, especialmente em comparação com o período que antecedeu a promulgação da Constituição Federal de 1988, no qual o direito à saúde apresentava feições muito mais restritivas e excludentes.

Em paralelo a esse sistema público de saúde, que manifesta inúmeras dificuldades, salienta-se a relevância da saúde suplementar, mercado que constitui importante coadjuvante na promoção da saúde à população brasileira e cujos principais atores são as operadoras de planos privados de assistência à saúde.

Os contratos firmados entre essas operadoras e os seus beneficiários não excluem o direito que estes têm ao atendimento na rede pública. Contudo, observa-se nessa hipótese enriquecimento injustificado das operadoras, ao receberem contraprestações pecuniárias dos consumidores e não lhes fornecer o atendimento a que se obrigaram.

É nesse sentido que a Lei nº 9.656/98 trouxe a previsão do ressarcimento ao SUS, um meio administrativo de reaver das operadoras de planos de saúde os valores despendidos na rede pública com os seus beneficiários.

Trata-se de instituto sobre o qual recaiu grande polêmica quanto a sua constitucionalidade, desde a sua positivação, inclusive sendo impugnado em sede de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 1.931-8/DF) perante o STF, na qual restou fixada, em sede de medida cautelar, a constitucionalidade do ressarcimento ao SUS, tanto no que toca aos requisitos formais quanto aos requisitos materiais.

O ressarcimento ao SUS, como se concluiu, não possui natureza jurídica de tributo, razão pela qual independe das regras constitucionais acerca das espécies tributárias. Trata-se, isto sim, de obrigação de natureza civil de restituição, fundada no enriquecimento sem causa, como se pretendeu demonstrar.

A ADI nº 1.931-8, ajuizada em 1998, ainda carece de julgamento até os dias atuais. Entretanto, diante do posicionamento já esposado cautelarmente, da evolução dos debates jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema e das constatações acerca da relevância social do ressarcimento ao SUS, reputa-se

completamente improvável que o STF venha a entender pela inconstitucionalidade desse instituto.

Impende salientar ainda que, diante dos fartos argumentos expendidos naquela ADI e das lições examinadas por ocasião da pesquisa aqui realizada, este trabalho filia-se às razões adotadas na decisão do STF, reputando-a acertada e condizente com o espírito da Constituição Federal.

Constatam-se ainda os esforços empreendidos pela ANS, desde os primórdios do ressarcimento, no sentido de conferir eficácia e eficiência a sua cobrança. Muitos avanços podem ser observados nesse campo, influenciados por fatores regulamentares, técnicos e operacionais, o que se pode observar com base no incremento histórico dos atendimentos notificados às operadoras, de acordo com as estatísticas apresentadas.

Apesar do relevante papel que vem sendo desempenhado ANS no procedimento do ressarcimento, é notável que muitas operadoras ainda se mantêm resistentes quanto ao seu efetivo adimplemento, lançando mão de artifícios para protelar os processos administrativos instaurados e recorrendo à judicialização descabida da matéria. Avanços substanciais, além dos já alcançados nos últimos anos, ficam, portanto, além das possibilidades inerentes às competências da ANS, dependendo de fatores externos, a exemplo da celeridade do Poder Judiciário.

Pode-se inferir, com base no que aqui se expôs, que o ressarcimento ao SUS, além de constitucional, consiste em instrumento de justiça social, plenamente afinado com os mais caros princípios adotados explícita e implicitamente na CF/88. A cobrança do ressarcimento, além de reverter em proveito dos mais necessitados, estimula a adoção de boas práticas pelas operadoras de planos de saúde, favorecendo a saúde brasileira em sua totalidade.

Por fim, conclui-se que, apesar das dificuldades enfrentadas, o ressarcimento ao SUS tem demonstrado relevância grandiosa em ambos os setores da saúde (pública e suplementar), na medida em que promove diversos benefícios sociais, a exemplo do estímulo ao cumprimento dos contratos de planos de saúde, o acesso mais equitativo ao SUS, o retorno dos valores ressarcidos às populações mais carentes, a promoção do direito à saúde, o incremento do conhecimento no campo da saúde pública e do mercado de saúde suplementar, entre outros.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Boletim Informativo**: Utilização do Sistema Público por Beneficiários de Planos de Saúde e Ressarcimento ao SUS. Rio de Janeiro, 2017. 38 p. Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/boletim_ressarcimento_abril_2017.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Quem Somos**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/aans/quem-somos>>. Acesso em: 22 out. 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Ressarcimento ao SUS. In: **Integração com o SUS**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/aans/sala-de-noticias-ans/integracao-com-o-sus/317-ressarcimento-ao-sus>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Taxa de crescimento (%) do número de beneficiários em relação a dezembro do ano anterior (Brasil – 2007 2017). In: **Dados Gerais**. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em: 22 out. 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Utilização do Sistema Público de Saúde por beneficiários da saúde suplementar**. Rio de Janeiro, 2014. 242 p. Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/beneficiarios_sus_2014.pdf>. Acesso em: 03 set 2017.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário esquematizado**. 10 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. 977 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 6 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em: 08 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 22 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 22 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Financiamento do SUS. *In: Portal da Saúde*. Brasília, 2 out. 2013. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/siops/mais-sobre-siops/5983-financiamento-do-sus-introducao>>. Acesso em: 18 set. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Sobre o FNS. *In: Fundo Nacional de Saúde*. Brasília, 4 jul. 2017. Disponível em: <<http://portalfns.saude.gov.br/sobre-o-fns>>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário RE nº 500.306/RJ, de 19 maio 2009. *In: Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RESSARCIMENTO+E+SUS%29&pagina=3&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/gnwa8w2>>. Acesso em: 13 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Institucional**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfInstitucional>>. Acesso em: 9 out. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.931-8 Distrito Federal**. Requerente: Confederação Nacional de Saúde. Advogados: Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira e outra. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, DF, 21 de agosto de 2003. p. 266. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347335>>. Acesso em: 05 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. **Súmulas do TRF2**. Disponível em: <<http://www10.trf2.jus.br/consultas/jurisprudencia/sumulas-do-trf2/>>. Acesso em: 2 nov. 2017

CANCIAN, Natália. **3 em cada 10 planos de saúde não pagam nem 1% da dívida com SUS**. Brasília: Folha de São Paulo, 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/08/1805940-3-em-cada-10-planos-de-saude-nao-pagam-nem-1-da-divida-com-sus.shtml>>. Acesso em: 4 nov. 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. Parecer. *In: Pareceres juntados aos autos da ADI nº 1.931-8/DF pela ANS*. Rio de Janeiro, RJ, 6 jun. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1741189>>. Acesso em: 15 out. 2017.

CAVALCANTE, A.; NERY, V. **O “Leading Case” José Riva**. Disponível em: <<http://www.mtagora.com.br/coluna/o-leading-case-jose-riva/77149472>>. Acesso em: 13 out. 2017.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE. **Petição Inicial**. Dá origem à ADI 1.931-8/DF. Brasília, DF, 9 dez. 1998. 126 p. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1741189>>. Acesso em: 08 out. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. **Para entender a gestão do SUS**: Saúde Suplementar. Brasília, v. 12, 2011. 148 p. Disponível em: <http://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/colecao2011/livro_12.pdf>. Acesso em: 7 set. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de Constitucionalidade**: Teoria e Prática. 4 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010. 360 p.

DIREITONET. Embargos de Declaração – Novo CPC (Lei nº 13.105/2015). *In*: **Dicionário**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/739/Embargos-de-declaracao-Novo-CPC-Lei-no-13105-2015>>. Acesso em: 13 out. 2017.

DIREITONET. Liminar – Novo CPC (Lei nº 13.105/2015). *In*: **Dicionário**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/208/Liminar-Novo-CPC-Lei-no-13105-2015>>. Acesso em: 9 out. 2017.

DIREITONET. Recurso Extraordinário. *In*: **Dicionário**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1494/Recurso-extraordinario>>. Acesso em: 13 out. 2017.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE HOSPITAIS. **O que é saúde suplementar?** Disponível em: <<http://fbh.com.br/home-institucional/o-que-e-saude-suplementar/>>. Acesso em: 22 out. 2017.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Parecer. *In*: **Pareceres juntados aos autos da ADI nº 1.931-8/DF pela ANS**. Rio de Janeiro, RJ, 6 jun. 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=1741189>>. Acesso em: 15 out. 2017.

FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. **Vigilância em saúde**. Disponível em: <<https://pensesus.fiocruz.br/vigilancia-em-saude>>. Acesso em: 22 out. 2017.

GOOGLE. Juridicidade. *In*: **Dicionário**. Disponível em: <<https://www.google.com.br/search?q=juridicidade&oq=juridicidade&aqs=chrome..69i57j0l5.2207j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>>. Acesso em: 28 out. 2017.

HACK, Érico. **Noções preliminares de direito administrativo e direito tributário**. 2 ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Ibpex, 2008. 315 p.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. rev. atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2011. 895 p.

JURISWAY. O que são pedidos sucessivos? *In: Perguntas e Respostas sobre Direito Processual Civil*. Disponível em: <<https://www.jurisway.org.br/v2/pergunta.asp?idmodelo=5994>>. Acesso em: 10 out. 2017.

LOUVISON, Marília. **O SUS e a Saúde Suplementar**. Entrevista concedida ao canal do YouTube SABER Tecnologias Educacionais e Sociais. 2016. Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=z6x5JXT6uEQ>>. Acesso em: 17 set. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. 559 p.

MENDES, G. M.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1.486 p.

NEVES, Guilherme P. da V. **O voto-vista no STJ: Ato discricionário com inusitadas consequências**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226708,21048-O+votovista+no+STJ+Ato+discricionario+com+inusitadas+consequencias>>. Acesso em: 8 out. 2017.

PORTAL TUDO SOBRE SEGUROS. **Entenda o seguro saúde**. Disponível em: <http://www.tudosobreseguros.org.br/portal/pagina.php?l=202#seguro_plano_saude>. Acesso em: 22 out. 2017.

REIS, O. M. L. S. **O ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos de saúde: uma abordagem acerca do fundamento jurídico da cobrança**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Viçosa, 2005.

RIBEIRO, O.; CARVALHO, J. **Constituição Federal Esquematizada**. Rio de Janeiro: Ferreira, 2010, v. 1. 410 p.

RONDÔNIA. Ministério Público do Estado de Rondônia. **Perguntas Frequentes**. Disponível em: <https://www.mpro.mp.br/web/imprensa/perguntas-frequentes?p_p_id=acessibilidadeportlet_WAR_acessibilidadeportlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_acessibilidadeportlet_WAR_acessibilidadeportlet_mvcPath=%252Fedit.jsp>. Acesso em: 05 out. 2017.

SAINT-EXUPÉRY, Antonie de. **O Pequeno Príncipe**. 49 ed. Rio de Janeiro: Agir, 2013. 93 p.

SANTOS, Fausto Pereira dos. **A Regulação Pública da Saúde no Brasil: o caso da Saúde Suplementar**. (Tese). Campinas: Faculdade de Ciências Médicas da Universidade Estadual de Campinas, 2006. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/309148/1/Santos_FaustoPereiraDos_D.pdf>. Acesso em: 18 set. 2017.

SOUZA, R. R. **Construindo o SUS**: a lógica do financiamento e o processo de divisão de responsabilidades entre as esferas de governo. (Dissertação). Rio de Janeiro: Instituto de Medicina Social da UERJ, 2002.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 12 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 2. 755 p.

TUDO DIREITO. **Diferença entre Lei complementar e Lei ordinária**. 1º dez. 2010. Disponível em: <<https://tudodireito.wordpress.com/2010/12/01/diferenca-entre-lei-complementar-e-lei-ordinaria/>>. Acesso em: 15 out. 2017.

VASCONCELOS, Clever. **Direito Constitucional** (Coleção Preparatória para Concursos Jurídicos). São Paulo: Saraiva, 2011. 507 p.