

RESSARCIMENTO AO SUS: TRAJETÓRIA EPISTEMOLÓGICA E QUESTÕES PRÁTICAS

*COMPENSATION TO
UNIFIED HEALTH
SYSTEM:
EPISTEMOLOGICAL
TRAJECTORY AND
PRACTICAL ISSUES*

Erik Frederico Gramstrup¹

Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da FADISP

Resumo

O artigo aborda a natureza jurídica do ressarcimento exigido pelo Sistema Único de Saúde, quando entidade a ele vinculada presta atendimento a contratante de plano de saúde privado. Prossegue discutindo temas de interesse prático: a prescrição e as possíveis objeções de mérito à cobrança judicial.

Palavras-chave

SUS. Ressarcimento. Planos privados de saúde. Enriquecimento sem causa.

Abstract

This paper discusses the legal nature of compensation required by the Unified Health System, when an entity provides services to private health plan contractor. It goes on to discuss issues of practical interest: the prescription and the possible objections to judicial collection.

Keywords

SUS. Compensation. Health Insurance companies. Illicit profit.

INTRODUÇÃO. PROBLEMATIZAÇÃO.

A lei dos planos e seguros privados de saúde (Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998) disciplinou um “ressarcimento”, pelas empresas do ramo por ela regulado, a ser prestado ao Estado (o Sistema Único de Saúde), em vista de atendimento prestado ao consumidor ou dependente,

¹ Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor da PUC/SP e do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Juiz Federal.

por parte das instituições integrantes do sistema².

O ressarcimento, originalmente, era efetuado à instituição que houvesse prestado o atendimento ao paciente, quando fosse dotada de personalidade jurídica, conforme tabela de valores adotada pela agência reguladora da área, a Agência Nacional de Saúde Suplementar. Hoje é creditado ao Fundo Nacional de Saúde, em virtude de alteração introduzida pela Medida Provisória n. 2.177/44, de 2001.

O termo “agência” é tomado, nessas ocasiões, em sentido econômico e não jurídico. Como explica Sérgio Varella Bruna: “(...) *em economia, uma relação de agência é estabelecida*

quando alguém delega a um terceiro, um agente, o exercício de algum direito, por exemplo, o direito de explorar um certo bem ou recurso, passando esse agente a estar vinculado por um 'contrato' (...).”³

Todas essas expressões estão conotando sentidos puramente econômicos e não estamos abstraindo, é claro, que no Brasil agências reguladoras são autarquias especiais, dotadas de poderes regulamentares, sancionatórios e judicantes, criadas para organizar setores do mercado ou mesmo setores de serviços públicos.⁴ Necessário um interlúdio para explicar que AIH é a sigla que identifica o documento comprobatório da auto-rição para internação, emitida pelo gestor competente, asse-

² Art. 32, Lei n. 9.656/1998. “*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.*”

³ BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras*. São Paulo, RT, 2003, p. 44.

⁴ Vide, a propósito, MENEZELLO, Maria D’Assunção. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002; MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002; e MOREIRA NETO, Diogo. *Direito regulatório*. Rio: Renovar, 2003.

gurando o pagamento de despesas médico-hospitalares de acordo com a tabela definida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. A AIH é emitida com lastro em laudo médico. Enfim, é o instrumento necessário para internação do paciente em estabelecimento integrante do Sistema Único de Saúde; ele identifica o paciente e os serviços prestados, habilitando o estabelecimento hospitalar a haver do Sistema Único o valor correspondente aos serviços prestados. A partir daí cogitar-se-á do ressarcimento. Os recursos assim propiciados ao sistema público são crescentemente significativos: em 2014, por exemplo, o cálculo do ressarcimento, com base no registro de Autorização de Internação Hospitalar (AIH) propiciou R\$ 393 milhões arrecadados e R\$ 196 milhões encaminhados à Dívida Ativa. A partir de 2015, a ANS passou a exigir o ressarcimento não apenas das internações, mas também de exames e terapias ambulatoriais, com base na APAC – autorização de

procedimento ambulatorial. A troca de informações foi aperfeiçoada, passando os documentos a serem intercambiados por via eletrônica⁵.

Apesar das disputas judiciais, das medidas provisórias que se tornam permanentes, dos questionamentos sobre a constitucionalidade do “ressarcimento” e de pelo menos dois pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, a polêmica ainda grassa em solo fértil, não apenas sobre a legitimidade da prestação em si, mas também sobre aspectos mais periféricos. Interessam-nos uns e outros.

Nossa tarefa é abordar a natureza jurídica da obrigação instituída pelo art. 32 – Lei n. 9.656 – e as inevitáveis

⁵ “ANS amplia o ressarcimento com a cobrança de procedimentos de alta e média complexidade”, *In*: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/integracao-com-ossus/2841-ans-amplia-oressarcimento-com-a-cobranca-de-procedimentos-de-alta-e-media-complexidade>, publicado em 08.05.2015, consultado em 28.08.2015.

aporias envolvendo sua juridicidade. Feita abstração dessas dificuldades, ingressaremos também em algumas questões ligadas à efetivação prática do ressarcimento, oriundas de litígios entre as empresas privadas de saúde e o Estado, normalmente representado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Visamos especialmente a cobrança judicial de iniciativa da ANS, à qual se atribuiu competência para inscrever o débito em dívida ativa, com certos acréscimos⁶.

NATUREZA JURÍDICA DO RESSARCIMENTO AO SUS

Uma das dificuldades inerentes à matéria está em caracterizar adequadamente qual seria a fonte da obrigação de as operadoras de planos de saúde reembolsarem o SUS, por atendimento prestado aos contratantes dos referidos planos ou seguros. “Fonte” aqui tomada no sentido imediato e próximo da expressão, não como fundamento longínquo. O contrato firmado entre o cliente e o operador do plano de saúde não é, em si mesmo, essa fonte.

No plano constitucional, a saúde é um dever do Estado. Esse dever é custeado por diversos tributos, diretos e indiretos, a que os beneficiários do sistema único de saúde estão inevitavelmente sujeitos. Esses beneficiários, dizendo da forma mais simples possível, pagam pelo serviço público de saúde universal. E pagam mais uma vez, pelo mesmo serviço, quando

⁶ Lei n. 9.656/1998 (na redação atribuída pela Medida Provisória n. 2.177-44/2001), art. 32: “§ 4º O ressarcimento não efetuado no prazo previsto no § 3º será cobrado com os seguintes acréscimos: I - juros de mora contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de um por cento ao mês ou fração; II - multa de mora de dez por cento; § 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.”

contratam planos privados. Em nossa ordem econômica, isso é possível porque se admite a suplementação da saúde por prestadores privados.

Ao dever estatal de prestar saúde calha bem a caracterização dada ao serviço público por Maurice Hauriou:

“O serviço administrativo é prestado ao público, ou seja a todos os habitantes do país considerados individualmente de uma forma igual. Essa igualdade do serviço é, ao mesmo tempo que sua regularidade, a grande razão de ser da organização dos serviços públicos. As empresas privadas poderiam prestar a maior parte dos serviços, se não se tratasse de lhes fazer chegar igualmente a todos. As companhias privadas fariam as estradas, os caminhos de ferro, assegurariam até mesmo a polícia; só que não o fariam se não tivessem a chance de receber remuneração. Elas não fariam ferrovias com prejuízo, o que a administração pública realiza, porque ela não parte da idéia do lucro, mas, ao contrário, do desejo

*de satisfazer igualmente todo o público.”*⁷

De fato é o texto constitucional que proclama ser a saúde direito de todos (independentemente de retribuição) e dever do Estado, locução esta literalmente constante da Constituição⁸. No mesmo texto, é garantida a participação suplementar da iniciativa privada, tanto por instituições filantrópicas, quanto por aquelas organizadas de forma empresária (isto é, com fito de lucro)⁹.

⁷ HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif e de droit public*. Paris: Sirey, 1914, p. 14, tradução livre.

⁸ Art. 196, CF: *“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”*

⁹ Art. 199, CF: *“A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º É vedada a destinação de recursos*

públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos. § 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.” A Lei n. 9.656, com a redação que se encontra hoje, define as empresas e entidades da seguinte forma em seu art. 1º: “I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo.”

A tentativa de caracterizar o dever de ressarcir como uma indenização não pode partir da categoria do ato ilícito, porque disso evidentemente não se cuida. Nenhuma empresa de saúde privada comete ato ilícito porque consumidor seu tenha-se valido do sistema público. Essa seria uma responsabilidade por fato de terceiro, sem fundamento dogmático ou mesmo lógico. Mesmo que houvesse tal responsabilidade por terceiro, o usuário do sistema não está praticando ato danoso, nem ilícito algum, ao valer-se do serviço que a Constituição proclama universal. Então a própria denominação “ressarcimento” é terrivelmente equivocada. Não houve dano algum, logo não há falar em reparação. O usuário de plano privado pode optar pelo serviço público, não apenas porque se trata de garantia constitucional, como também porque custeia, como contribuinte, dito serviço. É possível prolongar esse argumento, no sentido de que, se não cabe falar em dano, nem sequer de

responsabilidade objetiva poder-se-ia cogitar.

Outro enfoque, ao qual a lei parece dar alguma brecha, poderia ser o de caracterizar a obrigação como resultante de enriquecimento sem causa. Mas não resiste à análise. São requisitos do instituto que haja enriquecimento por um sujeito; empobrecimento de outro; correlação entre o primeiro e o segundo fato jurídico; além, evidentemente, da falta de título jurídico para tanto¹⁰. Os dois últimos pressupostos não se fazem presentes de modo algum. Pode-se dizer que o consumidor de plano de saúde que busca atendimento público onerou este último, mas há título para fazê-lo (ele contribui de diversos modos) e esse título é a própria Constituição (que garante o atendimento universal). Não

há como afirmar, seriamente, que o setor privado “enriqueceu” *sem causa* às custas do público, já que a opção é do usuário que retribui ou custeia tanto um quanto outro. E o dever do Estado de prestar saúde é em relação a todos, tenham ou não plano privado contratado. Não se pode esquecer o óbvio: “sem causa” é o mesmo que sem título jurídico; ora, no caso, há título de sobejo para que o paciente procure o sistema público.

Temos então que explorar outra possibilidade: o ressarcimento ao SUS seria simplesmente uma obrigação *ex lege*. Ela existe porque comandada por lei. Seria – e de fato aqui há muita verdade – um modo de ampliar a fonte de recursos do sistema público, sempre sobrecarregado, no contexto de um Estado cujo orçamento está em permanente desequilíbrio, ostentando *deficits* nominais. Para granjear novos recursos ao serviço público deles necessitado, a lei simplesmente inseriu essa obrigação de “ressarcimento”

¹⁰ Para uma análise erudita e detalhada dos requisitos do enriquecimento sem causa: NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 223-277; MICHELON R., Cláudio. *Direito restitutivo*. São Paulo: RT, 2007, p. 176-264.

no mundo jurídico. Ainda que o nomen iuris seja infeliz. Essa abordagem alternativa – a obrigação decorre diretamente da lei - já foi investigada em sede doutrinária. A investigação levou, sinteticamente, aos seguintes resultados: (a) A lei é a fonte imediata da obrigação de ressarcimento; (b) Deve-se excluir, porque inapropriada, a equiparação entre a obrigação do art. 32 da Lei n. 9.656 e o instituto do art. do Código Civil – justamente por falta do elemento injusto no enriquecimento; (c) Quando muito, poder-se-ia invocar o enriquecimento sem causa como princípio geral de Direito, a animar a obrigação em causa mas não como explicação cabal: ele é fundamento, mas não fonte direta da obrigação; (d) Mais certa seria a assimilação do problema com a categoria de externalidade¹¹ da ciência

econômica; (e) A empresa de plano de saúde seria beneficiada por uma externalidade positiva; (f) A lei, atenta ao princípio da solidariedade, “reinternalizou” (*rectius*: reinternou) essa externalidade ao cuidar da obrigação de ressarcimento; (g) o credor é normalmente o SUS e não a entidade conveniada.

Essa última observação (a de que o Estado é normalmente o credor do ressarcimento ou

compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é denominado externalidade negativa. Se é benéfico, é chamado externalidade positiva. Quando há externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado vai além do bem-estar dos compradores e dos vendedores que participam do mercado; passa a incluir também o bem-estar de terceiros que são indiretamente afetados.” (Introdução à economia, São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 195-6). STIGLITZ, Joseph e WALSH, Carl E., definem a externalidade assim: “o fenômeno aparece quando um indivíduo ou uma firma tem uma atividade mas não arca com todos os custos (externalidade negativa) ou não recebe todos os benefícios (externalidade positiva)” (Introdução à microeconomia, Rio: Campus, 2003, p. 369).

¹¹ Conforme MANKIW, N. Gregory : “Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem estar de um terceiro que não participou dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma

de seus acessórios) é tão importante para a continuidade de nosso raciocínio que julgamos oportuno transcrever literalmente as observações do autor em comento: “(...), há uma incorreção no entendimento de que o ressarcimento se destina à entidade prestadora do serviço, sendo que a cobrança pela ANS se dá apenas por uma questão de praticidade. O caput o art. 32 da Lei nº 9.656/98 explicita que serão ressarcidos pelas operadoras os serviços de atendimento à saúde, previstos nos respectivos contratos prestados aos seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas e privadas, conveniadas ou contratadas, integrante do Sistema Único de Saúde-SUS. E o parágrafo primeiro do mencionado art. 32 aduz que o ressarcimento será efetuado à entidade prestadora de serviço, quando esta possuir personalidade jurídica própria, e ao SUS. A leitura isolada e literal desse dispositivo pode levar à falsa compreensão de que o valor do ressarcimento destina-se a beneficiar o prestador do serviço (seja público ou privado). Ocorre que esse serviço já pode ter sido pago pelo SUS ao prestador antes

do processamento do ressarcimento. Quando isso ocorre, o valor do ressarcimento deve se destinar ao SUS e não ao prestador, pois o contrário resultaria em um pagamento em duplicidade em favor do prestador de serviço.”¹²

Mas uma coisa é legitimar a obrigação com base nos princípios da solidariedade e da vedação do enriquecimento sem causa, dando-lhe como estribo imediato a lei e como explicação a correção de uma externalidade positiva para as empresas privadas de saúde. Outra coisa é verificar se a externalidade não foi corrigida pela sociedade pela imposição de um tributo. A definição da obrigação para com o SUS com supedâneo *ex lege* esbarra em

¹² TIBÚRCIO, Dalton Robert. Ressarcimento ao SUS: uma proposta de delimitação da fonte e do fundamento da obrigação constante do art. 32 da Lei nº 9.656/98. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9879. Acesso em ago-2015.

dificuldades, apesar da sua aparente simplicidade. É forçoso admitir que essa obrigação é de origem legal; não provém de ato ilícito (como já vimos); tem natureza pecuniária e é cogente. Pois bem, esses elementos apontam para o conceito de tributo: prestação compulsória, não decorrente de ilícito, prevista em lei e traduzida em valor pecuniário¹³. A coincidência é tão forte que há inclusive um procedimento de acerto, análogo ao lançamento, que pode se transmutar em processo contraditório se houver impugnação da cobrança por parte da empresa de saúde privada. Não é facultado ao agente público, ademais, deixar de perseguir o ressarcimento – aí está a atividade vinculada de que cuida o CTN.

¹³ Art. 3º, Código Tributário Nacional: “*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.*”

Nesse ponto, já se pode adivinhar a objeção que qualquer especialista faria: para haver imposição válida, impor-se-ia identificar a espécie tributária e a observância de seus pressupostos constitucionais – até porque tudo indica tratar-se de imposição inédita.

O dever de ressarcimento seria um imposto novel? Assim não parece, porque o fato gerador já é vinculado de nascença. A se admitir o contrário – quer dizer, que fosse mesmo imposto – seria claramente inconstitucional, porque introduzido por lei ordinária e não por lei complementar, como de rigor. Portanto, não podemos identificar a espécie tributária com imposto porque o fato gerador não prescinde de atividade estatal vinculada com o contribuinte¹⁴. Caso contrário, esbarraríamos em outra aporia: a exigência restaria inconstitucional,

¹⁴ Art. 16, Código Tributário Nacional: “*Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.*”

porque desobedecidos os pressupostos da imposição nova¹⁵, dentre eles a

¹⁵ De acordo com MENDES, Gilmar: “O desenho da partilha constitucional de receitas fez-se com considerável descentralização em favor de Estados e, sobretudo, Municípios. Os impostos foram divididos pela materialidade de suas hipóteses entre União, Estados e Municípios, cabendo ao Distrito Federal competência para instituir tanto tributos municipais quanto estaduais. A União ficou com a competência para tributar importação, exportação, renda e proventos de qualquer natureza, produtos industrializados, operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, propriedade territorial rural e grandes fortunas, de acordo com o que prevê o art. 153 da Constituição Federal. Este último, como se sabe, nunca chegou a ser criado, em que pese as várias proposições legislativas que tramitam no Congresso Nacional sobre o tema. Se, efetivamente, instituído, ter-se-ia mais um imposto a incidir sobre o patrimônio além dos hoje vigentes: IPVA, ITR e IPTU. No caso do imposto sobre grandes fortunas, no entanto, seria necessária a edição de lei complementar para sua instituição, ao contrário do que ocorre com os demais, para os quais basta lei ordinária. A União também detém competência residual para instituir, por lei complementar, outros impostos, desde que não sejam cumulativos, nem repitam base de cálculo ou fato gerador

veiculação por lei complementar¹⁶.

Seria taxa? Se fosse, seria taxa de serviço, pois não há poder de polícia envolvido. Mas resta a dificuldade de que o beneficiário do serviço não é o sujeito passivo, pois a empresa privada não recebeu nenhum serviço do SUS (e sim o seu cliente).

Finalmente, poderíamos estar diante de contribuição. Nas contribuições, há vínculo mediato entre o fato gerador e sua destinação. Essa vinculação indireta comparece no caso, dando origem a uma contribuição social securitária (a saúde encontra-se no

já previstos na CF (art. 154, I, da CF/88). Vinte por cento do produto da arrecadação do imposto que a União instituir no exercício da competência residual deverá ser repassado aos Estados e ao Distrito Federal, por força do disposto no art. 157, II, da Constituição Federal.” (Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.353)

¹⁶ Art. 154, Constituição Federal: “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.”

espectro da seguridade social). Mas contribuições securitárias novas devem ser introduzidas por lei complementar, dentre outros requisitos – o que não foi o caso do ressarcimento em exame¹⁷.

A tentativa de identificar a espécie tributária conduz a um beco sem saída, porque, em qualquer caso, se concluiria pela inconstitucionalidade da exação – seja porque a Constituição foi diretamente ofendida; seja porque o foi indiretamente, na medida em que desobedecida a lei complementar tributária. E essa é uma aporia grave, porque a exação tem traços marcantes precisamente coincidentes com os elementos normativos da definição de tributo. Sucede que houve manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca do problema que nos ocupa, porém

inconclusiva. No julgamento de medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade (ADI 1.931) o STF deu supostamente desprestígio à tese de que o ressarcimento poderia ser inconstitucional porque tributário (ou ao menos os intérpretes desse julgamento acreditam nisso).¹⁸

¹⁸ *EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE . LEI ORDINÁRIA 9656/98. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1730/98. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADE S FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO. 1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários. 2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade. 3. Inconstitucionalidade formal quanto à*

¹⁷ Art. 195, §4º, Constituição Federal: “§ 4º A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I. “

autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1908-18/99. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal. 4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada. 5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, caput e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1730-7/98. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente. 6. Artigo 35-G, caput, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1908-18/99. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação. 7. Medida cautelar

Como resultado, os Tribunais Regionais Federais examinam as lides que tenham como causa de pedir o ressarcimento como se constitucional este fosse.

Examinando, ainda, o Recurso Extraordinário n. 597.064-RJ, a Suprema Corte reconheceu que a matéria é de repercussão geral, atribuindo tal rito ao recurso. Um dos argumentos da parte recorrente era justamente o de que nova fonte de custeio

deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão "atuais e". Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2177-44/2001) e da expressão "artigo 35-E", contida no artigo 3º da Medida Provisória 1908-18/99. (ADI 1931 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 21/08/2003, DJ 28-05-2004 PP-00003 EMENT VOL-02153-02 PP-00266)

para a Seguridade só se poderia instituir por intermédio de lei complementar – ou seja, põe em jogo a constitucionalidade da exação do art. 32, Lei n. 9.656. Até o momento em que este texto foi alinhavado, não havia decisão sobre o mérito do recurso¹⁹. Enquanto se aguarda por ela, o ressarcimento ao SUS tem sido tratado pela jurisprudência como obrigação *ex lege*, sem maiores questionamentos.

As considerações que se seguirão partirão, portanto, da suposição de que a obrigação legal seria válida e constitucional, amparando-se na lei ordinária que a instituiu e tendo natureza híbrida, até certo ponto administrativa e

em certa medida civil. Sem essa suposição (com a qual o autor não concorda, mas vê-se obrigado a considerar²⁰), os

¹⁹ “Recurso Extraordinário. Administrativo. Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde SUS das despesas com atendimento de pacientes beneficiários de planos privados de saúde. Art. 32 da Lei 9.656/1998. Repercussão geral reconhecida.” (RE 597064 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 09/12/2010, DJe-058 DIVULG 28-03-2011 PUBLIC 29-03-2011 EMENT VOL-02491-02 PP-00331)

²⁰ Posiciona-se conosco BIAR, Tatiana, expressando-se assim: “Não é demais recordar que nosso ordenamento comporta cinco espécies tributárias, quais sejam: impostos, empréstimos compulsórios, contribuições de melhoria, contribuições gerais e taxas. Analisando-se o reembolso ao SUS diante dos tipos de tributos existentes, poder-se-ia excluir os impostos, que não admitem, como regra, destinação específica da receita (artigo 167, IV CRFB/88), os empréstimos compulsórios pois não se trata do financiamento de uma despesa extraordinária do Estado (artigo 148 CRFB/88) e tampouco poderia ser contribuição de melhoria, haja vista que não se origina da valorização de imóvel em virtude de obra pública (artigo 145, III CRFB/88). Resta, portanto, a análise quanto às taxas e contribuições. Nos termos dos artigos 145, II da CRFB/88 combinado com 77 a 79 do CTN, as taxas poderão ser exigidas ou face da prestação de serviço público específico e divisível, utilizado pelo contribuinte ou posto à sua disposição, ou, então, pela prestação efetiva de exercício de poder de polícia. Embora o reembolso ao SUS decorra de uma prestação do serviço público, não se trata de taxa, tendo em vista que a Constituição garante o acesso universal à saúde, independentemente de contraprestação específica e divisível ao cidadão (artigo

tópicos subsequentes perdem a razão de ser.

196). *Vige o critério da solidariedade, no qual o financiamento se dá por todos os indivíduos, o que justifica a cobrança em face das pessoas jurídicas e físicas que não utilizam o serviço público. Além disso, o fato de a Constituição estabelecer que o financiamento à saúde decorrerá da arrecadação das contribuições sociais e de parte da receita dos impostos da União, Estados e Municípios (artigo 195) igualmente infirma a possibilidade de se classificar a prestação em questão como taxa. Quanto às contribuições, trata-se de tributo de competência federal, com a mesma materialidade dos impostos, mas que destes se diferenciam em função de sua cobrança com finalidade específica, constituindo-se em instrumento de atuação da União na área que pretende intervir. São diversas as modalidades atualmente existentes na Constituição e ainda se admite expressamente a criação de nova contribuição para atender a seguridade social, da qual a saúde faz parte (artigo 195, parágrafo 4º), desde que mediante lei complementar, uma vez que se trataria do exercício da competência residual da União.* (“Afinal, qual é a natureza jurídica do reembolso ao SUS?”, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/tatiana-biar-afinal-qual-natureza-reembolso-sus#author>; consultado em: ago/2015)

COBRANÇA DO RESSARCIMENTO AO SUS POR MEIO DE EXECUÇÃO FISCAL. PARENTESCO COM QUESTÕES ANÁLOGAS, ENVOLVENDO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO.

Seria viável a cobrança de dívida ativa formada com base na obrigação de ressarcimento ao SUS? Discute-se a possibilidade jurídica e o interesse de agir para a execução fiscal, seja por semelhança com outras situações em que a Jurisprudência a rejeita, seja porque necessária, em caso de impugnação, ampla dilação probatória, que não é permitida no procedimento da execução fiscal. Como qualquer execução, trata-se da satisfação de direitos: então não se cogita de aprofundada instrução. Por seu lado, a apuração do dever de ressarcir e do valor do ressarcimento ordinariamente está ligada ao contraditório pleno do processo de conhecimento. Há incompatibilidade, ao que parece,

entre uma situação e outra a exigir esclarecimento.

Em que pese tratar-se de uma pretensão de ressarcimento, ele é lastreado em expressa disposição legal (art. 32, Lei n. 9.656/1998) e na realização (potencial) de um processo administrativo com garantia de contraditório. Notificada a operadora ou seguradora do dever de ressarcir em caso concreto, pode ela impugnar a cobrança do ressarcimento (e também seu valor, seu termo, seus acessórios etc.), baseando-se, normalmente, na inexistência de cobertura contratual para o procedimento realizado pela entidade integrante do SUS; ou na extinção de referido contrato. Ou seja, no fato de que a operadora ou seguradora não tinha a obrigação contratual de prestar tal atendimento a seu consumidor contratante.

Sem dúvida que não cabe falar em execução fiscal antes da devida inscrição, para a qual a ANS é dotada de competência. Afinal é Autarquia, pessoa de direito público e a lei lhe comete essa atribuição *ipsis litteris*. E

a inscrição do crédito em dívida ativa deve ser precedida de notificação à operadora ou seguradora relativamente ao julgamento da impugnação, naturalmente; ou, o que dá na mesma, de notificação atinente ao julgamento do recurso administrativo eventualmente apresentado contra o julgamento daquela impugnação.

Pode-se fazer um paralelo com o que sucede nas repetições de benefícios previdenciários indevidamente percebidos. Em casos tais, a jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a execução fiscal é incabível, porque há necessidade de apurar em Juízo o valor da pretensão de repetição do indébito. Fazemos portanto breve um excursus para considerar essa hipótese que guarda algum parentesco para com o assunto que nos interessa.

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou entendimento no sentido de que o indébito previdenciário envolvendo fraude não é suscetível de inscrição

unilateral como dívida ativa – e assim sendo não há como tal inscrição dar origem a um título executivo provido de certeza e liquidez. Aquela Corte pontificou que, em se tratando de dívida envolvendo a apuração de culpa *lato sensu* típica da responsabilidade civil subjetiva, necessária faz-se a confecção de título judicial em processo de conhecimento, dando à parte a que se imputa fraude a oportunidade do contraditório e da ampla defesa.

Em outras palavras, a inscrição de dívida desse gênero em dívida ativa não atende ao princípio constitucional do devido processo legal, indispensável para que se possa expropriar bens do réu de pretensão de responsabilidade civil.

Dentre esses precedentes, destacamos:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESTITUIÇÃO DE CRÉDITO RELATIVO A

PAGAMENTOS DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO REPUTADO INDEVIDO. VALOR QUE NÃO ASSUME A NATUREZA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE ENCONTRA EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DESTA STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a ação de execução fiscal não é o meio adequado para a cobrança de benefícios previdenciários pagos indevidamente, pois que o valor respectivo não assume a natureza de crédito tributário e não permite a sua inscrição em dívida ativa.

2. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1177252/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 15/12/2011)”

“PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ALEGAÇÃO DE FRAUDE NO RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. PAGAMENTO INDEVIDO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1. A execução fiscal, à semelhança do que ocorre com os processos litigiosos, tem como objeto crédito líquido, certo e exigível.

2. O crédito oriundo de suposta fraude no recebimento de benefício previdenciário deve ser assentado judicialmente no afã de aferir os requisitos necessários exigíveis para dar início à execução.

3. É que a repetição do indébito impõe ao jurisdicionado manejar o processo de cognição, assim como, diante do pagamento indevido, o Poder Público não pode lançá-lo unilateralmente, devendo valer-se da mesma forma de tutela jurisdicional.

4. É cediço nesta Corte que é necessária a propositura de ação de conhecimento, em que sejam garantidos o contraditório e a

ampla defesa, para o reconhecimento judicial do direito à repetição, por parte do INSS, de valores pagos indevidamente a título de benefício previdenciário, pois não se enquadram no conceito de crédito tributário, tampouco permitem sua inscrição em dívida ativa. Precedentes: REsp

1172126/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe de 25/10/2010; REsp

1125508/GO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe de 24/08/2010; REsp 867718/PR, Rel. Ministro TEORI

ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe de 04/02/2009; REsp 414916/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, Primeira Turma, DJ de 20/05/2002.

5. Isso porque "1. A dívida tributária já nasce certa e líquida, porque o lançamento gera presunção de certeza e liquidez. Isso não ocorre com os créditos oriundos de responsabilidade civil que somente recebem tais atributos, após acertamento amigável ou judicial. 2. Os créditos incertos e ilíquidos não integram a dívida ativa, suscetível de cobrança executivo-fiscal. É que o conceito

de dívida ativa não tributária, a que se refere a Lei de Execuções Fiscais, envolve apenas os créditos assentados em títulos executivos. Há créditos carentes de certeza e liquidez necessárias ao aparelhamento de execução. 3. Crédito proveniente de responsabilidade civil não reconhecida pelo suposto responsável não integra a chamada dívida ativa, nem autoriza execução fiscal. O Estado, em tal caso, deve exercer, contra o suposto responsável civil, ação condenatória, em que poderá obter o título executivo. 4. É nula a execução fiscal por dívida proveniente de responsabilidade civil, aparelhada assentada em títulos." (REsp nº 440540/SC)

6. A admissão do recurso especial pela alínea "c" exige a demonstração do dissídio na forma prevista pelo RISTJ, com a demonstração das circunstâncias que assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a simples transcrição das ementas dos paradigmas, como ocorre in casu.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido" (REsp 1177342/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX,

PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 19/04/2011)

“PROCESSUAL –
 EXECUÇÃO FISCAL –
 DÍVIDA ATIVA NÃO
 TRIBUTÁRIA - TÍTULO
 EXECUTIVO –
 RESPONSABILIDADE
 CIVIL – CRIAÇÃO
 UNILATERAL DO
 TÍTULO –
 IMPOSSIBILIDADE –
 NECESSIDADE DE
 PROCESSO JUDICIAL -
 EMBARGOS À
 EXECUÇÃO –
 RECEBIMENTO.

1. A dívida tributária já nasce certa e líquida, porque o lançamento gera presunção de certeza e liquidez. Isso não ocorre com os créditos oriundos de responsabilidade civil que somente recebem tais atributos, após acerto amigável ou judicial.

2. Os créditos incertos e ilíquidos não integram a dívida ativa, suscetível de cobrança executivo-fiscal. É que o conceito de dívida ativa não tributária, a que se refere a Lei de Execuções Fiscais, envolve apenas os créditos assentados em títulos executivos.

Há créditos carentes de certeza e liquidez necessárias ao aparelhamento de execução.

3. *Crédito proveniente de responsabilidade civil não reconhecida pelo suposto responsável não integra a chamada dívida ativa, nem autoriza execução fiscal. O Estado, em tal caso, deve exercer, contra o suposto responsável civil, ação condenatória, em que poderá obter o título executivo.*

4. *É nula a execução fiscal por dívida proveniente de responsabilidade civil, aparelhada assentada em títulos.”*

(REsp 440.540/SC, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2003, DJ 01/12/2003, p. 262)

Como se percebe do exame cuidadoso dessas ementas, sendo a dívida de responsabilidade civil, não há como constituir título executivo unilateral, a não ser que o suposto responsável reconheça essa condição. Em havendo silêncio ou negativa, é imperioso o acerto via processo de cognição, com as garantias legais, amplo

contraditório e instrução dilargada.

É de concluir-se que dívida dessa natureza, não compatível com a inscrição unilateral, não dá azo a título executivo válido e ornado dos predicamentos de liquidez e certeza. E faltando título dessa natureza, a execução é “nula”, como pontuou o E. Superior Tribunal de Justiça ou, em nossa visão, falta-lhe condição da ação. A condição da ação de que se vê privada a parte exequente é o interesse de agir. Não há necessidade da tutela executiva, porque não haviam os supostos para aperfeiçoar-se título dessa natureza. O que conduz à extinção da ação de execução, sem deliberação sobre o mérito. Tudo isso, repetimos, nas ações visando à repetição do pagamento indevido de benefício previdenciário.

Aqui concluímos as observações sobre a repetição do indébito previdenciário via execução, tomada como paradigma para fins de comparação. Cabe assinalar uma diferença muito relevante com a hipótese da reparação civil devida ao SUS:

nesta, há um devido processo administrativo (com publicidade, contraditório, ampla defesa e recursos) no bojo do qual se faz o prévio accertamento da pretensão reparatória ao sistema público; processo esse que guarda certa analogia com o processo administrativo necessário a determinação de créditos públicos de outras naturezas (como por exemplo o processo administrativo fiscal). Tal processo não se confunde com o procedimento de inscrição, este unilateral, deflagrado somente quando do encerramento do processo administrativo no sentido adequado da expressão (contraditório). Por outro viés, se a empresa de saúde privada não apresentar impugnação, não deixa de haver bilateralidade na aferição do crédito de ressarcimento, porque haverá sua concordância implícita com o valor devidamente notificado. Se ela teve ciência prévia do débito reclamado e do valor, deixando de impugnar o *an debeatur* e o *quantum debeatur*, implicitamente concordou

com um e outro. E não nos esqueçamos de outra diferença fundamental com a repetição do benefício pago irregularmente: no que se refere a ele, há que determinar a fraude (por isso o apego ao processo judicial), o que não acontece na hipótese do ressarcimento por atendimento à saúde, em que não se discute a subjetividade dos agentes envolvidos²¹.

A contrario sensu, pode-se dizer que, se há dívida ativa inscrita, há presunção de que o devido processo foi previamente observado; cabendo ao interessado o ônus de provar que não foi assim. Por exemplo, que não foi regularmente notificado, ou que sua impugnação ou recurso não foram devidamente julgados.

Desse modo, não há impossibilidade jurídica do pedido, nem falta de interesse para a execução fiscal, como se poderia pensar em outras hipóteses diversas,

²¹ Como já fizemos notar acima: nesse caso ninguém está a discutir a ocorrência de ato ilícito.

nomeadamente aquela que consideramos para efeito de comparação. Nem há que supor, seguindo a linguagem de alguns, “nulidade” do título executivo.

Além disso, a configuração de uma certidão de dívida ativa remete todo o ônus da prova à empresa privada incumbida de ressarcir o SUS. A dívida ativa, estando regularmente inscrita, goza de presunção de certeza e liquidez, somente elidida mediante prova inequívoca, em sentido contrário, a cargo do sujeito passivo da obrigação.

Pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que (e aqui invocamos propositadamente um precedente bastante antigo, para demonstrar há quanto tempo essa questão se estabilizou):

"Na execução fiscal, com o título revestido de presunção de certeza e liquidez, a exequente nada tem que provar. Opondo embargos, o devedor terá que desconstituir o título. Se nada provar, a pretensão resistida será agasalhada a pretensão satisfeita. Não é a embargada que irá robustecer o seu título, mas o embargante que irá enfraquecê-lo (...). No caso a

certidão da dívida ativa está regular e não foi ilidida com as alegações formuladas pelo embargante, já que não acompanhadas de nenhuma prova, como nem foi requerida a posterior produção de elemento probatório."

(Acórdão da 5ª T. de extinto E. Tribunal Federal de Recursos, na Apel. Cív. nº 114.803-SC; rel. Min. Sebastião Reis - Boletim AASP nº 1465/11).

Não há exigência legal de que o título venha acompanhado de nenhum outro elemento além dos previstos no art. 2o., par. 5o., da Lei n. 6.830/1980. Enquanto atos administrativos, a inscrição e respectiva certidão são dotadas dotado de presunção de veracidade e legitimidade²².

²² Alexandre Mazza retira essa consequência diretamente, equiparando as presunções do título executivo à presunção de legitimidade do ato administrativo: *"Além disso, o lançamento tributário é qualificado pelo CTN como "procedimento administrativo", e a certidão da dívida ativa (CDA) é revestida, segundo o legislador, de "presunção de liquidez e certeza", nome empregado no sentido de presunção de legitimidade, conbecido atributo dos atos administrativos. Apenas para indicar outro exemplo de*

Comentam os doutos²³, acerca desses predicamentos: *“Embora se fale em presunção de legitimidade ou de veracidade como se fossem expressões com o mesmo*

profunda relação entre os dois ramos, o art. 145, II, da Constituição Federal, ao definir o fato gerador das taxas, assevera que po dem ser cobradas, para remunerar serviço público específico e divisível ou exercício efe tivo do poder de polícia, duas modalidades de manifestação da função administrativa.” (Manual de Direito Administrativo, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48).

²³ Assim é na doutrina pátria, da qual pinçamos alguns poucos exemplos, como também na estrangeira. Pontificava Gabino Fraga, professor emérito da Universidade Nacional do México, já em 1934: *“Desde luego debe decirse que una vez que el acto administrativo se ha perfeccionado por haber llenado todos los elementos y requisitos para su formación, adquiere fuerza obligatoria y goza de una presunción de legitimidad que significa que debe tenerse por válido mientras no llegue a declararse por autoridad competente su invalidez, es decir, que se trata de una presunción iuris tantum. Esa fuerza obligatoria del acto administrativo impone la necesidad de estudiar su trascendencia en la situación de los particulares a quienes pueda referirse.”* (Derecho Administrativo, México: Porrúa, 2000, p. 275).

significado, as duas podem ser desdobradas, por abrangerem situações diferentes. A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública. Diversos são os fundamentos que os autores indicam para justificar esse atributo do ato administrativo:

- 1. o procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, os quais constituem garantia de observância da lei;*
- 2. o fato de ser uma das formas d e expressão d a soberania do Estado, d e modo que a autoridade que pratica o ato o faz com o consentimento de todos;*
- 3. a necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos, já que eles têm por fim atender ao interesse público, predominante sobre o particular;*
- 4. o controle a que se sujeita o ato,*

quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a legalidade; 5. a sujeição da Administração ao princípio da legalidade, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade com a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela.”²⁴

Os atos administrativos são favorecidos pelo princípio da presunção de legitimidade. Em razão do princípio da legalidade, presumem-se praticados de acordo com a lei. Essa presunção é relativa ou de fato. ou. como diziam os romanos, *juris tantum*. Admite, portanto, prova em contrário. Assim, pode-se provar, por todos os meios, que a declaração expropriatória não é legítima. dado que seu autor não é o agente competente para a prática de tal ato. É presunção diversa da que não admite prova em contrário, ou. como diziam os romanos, presunção *juris et de jure*. Esta presunção absoluta ou de direito, é a que ocorre com a coisa julgada: a lei a presume verdadeira. Esse

favorecimento acaba, de um lado, por inverter o ônus da prova, isto é, a Administração Pública não precisa provar que seu ato é legal. salvo quando posto em dúvida perante o Judiciário ou o Tribunal de Contas. Nesse sentido, prescreve o art. 113 do Estatuto federal das Licitações e Contratos Administrativos, no que respeita ao controle pelo Tribunal de Contas dos atos de despesa da Administração Pública. Por esse dispositivo os órgãos da Administração Pública responsáveis pelas despesas ficam obrigados a demonstrar sua legalidade e regularidade. De outro lado, esse princípio acaba por fundamentar a execução dos atos administrativos pela própria Administração Pública, ou seja, a execução do ato administrativo, em tese. independe de qualquer autorização prévia do Judiciário ou do Legislativo. E a auto-executoriedade. Observe-se, a final, que não gozam de qualquer privilégio os atos da Administração Pública praticados sob a égide de outros regimes jurídicos, a exemplo da permuta ou da doação, que são regidas pelo Direito Civil, e do contrato de trabalho, regulado pelo Direito do Trabalho. Apesar disso, pode

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Direito Administrativo”. São Paulo: Atlas, 2014, p. 206-7

haver previsão legal, como ocorre com os recibos de quitação ou com os pedidos de demissão de empregados do Poder Público e de suas autarquias e fundações prestadoras de serviços públicos regidos pelo Direito do Trabalho, que atribui a esses atos presunção de legitimidade. Tais atos são matizados por esse atributo, por força do disposto no art. 1 do Decreto-Lei federal n. 779/69.²⁵

Presunção de legitimidade - é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção juris tantum de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo. Esta, sim, é uma característica é comum aos atos administrativos em geral.²⁶

Daí se segue a consequência da

...transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo

para quem a invoca. Cuide-se de arguição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até a sua anulação o ato terá plena eficácia.²⁷

Confira-se precedente do E. STJ nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – ÔNUS DA PROVA. 1.

Ato administrativo relativo a imposição de penalidade por infração do art. 156, III, do Decreto 91.030/85, em razão de superfaturamento na importação de revistas estrangeiras destinadas à divulgação comercial do Uruguai, que culminou em inscrição em dívida ativa e posterior ajuizamento de execução fiscal. 2.

²⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 90-1.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2006, p. 399).

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *“Direito Administrativo Brasileiro”*. São Paulo, RT, 1988, p. 118.

Os atos administrativos gozam de presunção juris tantum de legitimidade (atributos do ato administrativo), o mesmo ocorrendo em relação à liquidez e certeza da Certidão de Dívida Ativa - CDA, a qual somente pode ser afastada por prova em contrário a cargo do administrado. 3. Inversão indevida do ônus da prova pelas instâncias de origem. 4. Processo anulado desde a sentença, inclusive. 5. Recurso especial provido. (RESP 200300741370, ELLANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:19/09/2005 PG:00254 ..DTPB:.)

Assim sendo, incumbe ao devedor alegar, de modo específico e compreensível, os defeitos de forma, objeto, finalidade ou competência que enxergasse no ato administrativo que pretenda discutir. E, mais importante, comprovar de modo robusto tais asserções, adimplindo o ônus do art. 333, I, do Código de Processo Civil (art. 373, I, do CPC de 2015)²⁸.

Isso porque os atos administrativos que desaguam na inscrição, como essa própria e a certidão dela retirada gozam de presunção de veracidade e legitimidade. Além disso, a certidão de dívida ativa também goza da liquidez e certeza decorrentes de sua classificação legal como título executivo extrajudicial. Como decorrência, em executivo fiscal, o ônus da prova recai integralmente sobre o executado. Ele deve, na qualidade de pólo ativo dos embargos do devedor, demonstrar todos os fatos constitutivos de sua pretensão elisiva do título executivo. A ANS, por sua vez, nada tem de demonstrar, embora possa eventualmente fazer contraprova diante de alegações que tenham o propósito de superar as precitadas presunções. Quanto à forma da Certidão, é preciso sempre lembrar que

permite convenção das partes a respeito e assume que o Juiz possa modificar a atribuição do ônus por decisão fundamentada. Mas nada disso será a regra em cobrança de dívida ativa.

²⁸ Sim, admitimos que o CPC de 2015 trata da distribuição dinâmica do ônus da prova;

ela não existe por si, mas em razão do princípio da instrumentalidade. Ainda que haja alguma irregularidade formal na certidão de dívida ativa, ela cede se a defesa do contribuinte demonstrou pleno conhecimento de que consiste a cobrança e exerceu amplamente o direito de contraditar, (o que demonstra que as finalidades legais foram atingidas). Não se deve, por leitura grosseiramente formalista, levar à letra exigências de ordem adjetiva e sacar delas onerosas consequências para o credor, se os objetivos da lei lograram sucesso. É o que recomenda o princípio da instrumentalidade das formas. A interpretação das formas legais é portanto finalista e elas não representam um objetivo em si mesmas.

Em suma, como há potencial processo contraditório, assemelhado ao contencioso que precede um lançamento, o devedor (empresa ou instituição que deve ressarcir o atendimento prestado pelo SUS) pode sofrer execução fiscal, desde que haja uma certidão de dívida ativa

formalmente regular. A observância das normas de direito financeiro quanto à inscrição e extração da CDA leva à formação de presunções e qualificativos do título que projetam o ônus da prova para a esfera do executado.

PRESCRIÇÃO: MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO.

Prescrição é fenômeno que pressupõe a inércia do titular, ante a violação de um direito e ao decurso de um período de tempo fixado em lei. Seu efeito próprio é a fulminação da pretensão. Não é o próprio direito subjetivo material que perece, mas a prerrogativa de postular sua proteção em Juízo. Por tal razão, o início do curso do prazo fatal coincide com o momento em que a ação poderia ter sido proposta. O fluxo se sujeita à interrupção, à suspensão e ao impedimento.

É renunciável o direito de invocar a prescrição, mas não antes de consumada (CC, 161), podendo tal renúncia ser expressa - não há forma especial - ou tácita - quer dizer, por ato de ostensivo

reconhecimento do direito ao qual se refere à pretensão prescrita. Pode ser alegada a qualquer tempo e instância (CC, 162) e atualmente reconhecida de ofício (219, par. 5o., CPC²⁹, que revogou o art. 166/CC).

Interrompe-se pela citação pessoal do devedor (ou pelo despacho que a ordenar: art. 8o., par. 2o., da Lei n. 6.830/80), pelo protesto ou ato judicial que o constitua em mora e por ato inequívoco de reconhecimento do débito. Suspende-se por cento e oitenta dias, operada a inscrição, ou até o ajuizamento da execução fiscal (art. 1o., par. 3o., da Lei n. 6.830/80).

Ainda, quanto à interrupção da prescrição, merecem menção os seguintes dispositivos:

- Art. 219, §§ 1º à 4º, do CPC, em sua redação originária:

“A prescrição considerar-se-á interrompida na data do despacho que ordenar a citação.

Incumbe à parte, nos 10 (dez) dias seguintes à prolação do despacho, promover a citação do réu.

Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias, contanto que a parte o requeira nos 5 (cinco) dias seguintes ao término do prazo do parágrafo anterior.

Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.”

- Os três primeiros parágrafos, na redação atribuída pela Lei n. 8.952, de 1994:

“A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

Incumbe à parte promover a citação do réu nos dez dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de noventa dias.”³⁰

²⁹ O art. 487, II, do CPC de 2015 também admite o conhecimento de ofício da prescrição, dada às partes a oportunidade de manifestar-se.

³⁰ A seu turno, o CPC de 2015 dispõe assim: *Art. 240. A citação*

- O art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830, de 1980:

“O despacho do juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.”
Das regras citadas, o art. 8º, par. 2º, da Lei nº 6.830 deve ser entendida em interpretação sistemática com o Diploma Processual Civil, cuja vigente redação não fez senão consagrar o entendimento que a Jurisprudência sempre atribuiu à originária. Em outras palavras, na execução da dívida ativa da

válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). § 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação. § 2º Incumbe ao autor adotar, no prazo de 10 (dez) dias, as providências necessárias para viabilizar a citação, sob pena de não se aplicar o disposto no § 1º. § 3º A parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. § 4º O efeito retroativo a que se refere o § 1º aplica-se à decadência e aos demais prazos extintivos previstos em lei.

Fazenda, esta deve promover a citação, para que a mesma retroaja à data do ajuizamento (é o que diz, no fundo, a própria Lei n. 6.830, presumindo que o despacho de citação ocorra nessa data; o que nem sempre ocorre, nos locais onde haja distribuição de feitos a mais de um Juízo, mas deveria ocorrer, a bem da celeridade processual). Promover significa fornecer os meios que cabem à parte, quer dizer, as despesas quando devidas e o endereço aonde se postará a carta mencionada pelo art. 8º, I, da LEP.

Se o aviso de recepção não retornar no prazo de quinze dias (art. 8º, III, da LEP), far-se-á a citação por oficial de justiça e, fracassando esta, por edital. O exequente beneficiado pelo rito especial da Lei n. 6.830 está vinculado ao seguinte regime: (a) dispõe dos dez dias subsequentes ao despacho de citação para fornecer os meios de citação pela via postal (se já não o fez); (b) se, em quinze dias, não retornar o AR, o juiz prorrogará (ou, no silêncio da autoridade, prorrogar-se-á

automaticamente pelo máximo, já que a disposição é imperativa e não lhe deixa discricção) o prazo até noventa dias, para que o interessado promova a citação por oficial de justiça ou por edital; (c) se, nessa dilação, forem fornecidos os meios - isto é, o correto endereço no primeiro caso e as providências de publicação no segundo - o exequente não será prejudicado por eventual demora, que se presumirá imputável à máquina judiciária (já que mais nada se lhe pode exigir, razoavelmente). Preenchidas essas condições, o exequente gozará da interrupção retroativa à data em que entregou a inicial ao protocolo judiciário, mesmo que a citação tenha sido ordenada por juiz incompetente (caput do art. 219, CPC de 1973; art. 240 do CPC de 2015).

Relacionemos agora essas noções com o nosso tema específico. Com esse propósito em vista, vamos assumir que as operadoras de planos de saúde devem ressarcir o Sistema Único de Saúde, quanto ao

atendimento médico-hospitalar custeado pelo último - e isso, com base em tabela única nacional (TUNEP). Lembramos ao leitor que estamos deixando de lado nossa convicção de que a obrigação teria natureza tributária; adotamos, para fins da análise subsequente, a convicção “*mainstream*” de que a obrigação é *ex lege*, administrativa e civil. Também tomamos como certo, para efeito de raciocínio, que a Agência Nacional de Saúde Suplementar, Autarquia Federal de natureza especial (agência reguladora), detém legitimidade para a cobrança de dito ressarcimento.

A base legal da cobrança, como já foi assinalado, está na legislação que regulamentou a prestação de serviços de saúde suplementar (planos de saúde e seguro saúde), atribuindo à ANS a condição de agência reguladora setorial, a saber, a Lei n. 9.656, de 1998. Essa lei preconiza uma obrigação legal que

impede o “enriquecimento sem causa” (aqui mencionado enquanto princípio geral de Direito, não enquanto instituto codificado) das operadoras de planos privados de saúde. Ou, caso se prefira assim, sem modificação significativa das consequências práticas, dita norma impõe uma reparação civil, de natureza objetiva, obrigação tipicamente *ex lege*. Lembramos ao leitor, porque nunca é demais fazê-lo, que estamos assumindo tais premissas apenas para argumentar na linha do que hoje é o entendimento majoritário sobre o tema.

Estamos dessarte partindo do pressuposto de que os créditos de ressarcimento ao SUS têm natureza indenizatória – como já dissemos, indenização por conta de externalidade econômica identificada pela lei - e não tributária. Essa explicação é necessária porque se poderia retirar uma

consequência indevida a partir da instrumentação da cobrança por meio de certidão de dívida ativa. A CDA é título para a execução “fiscal”, mas não se extrai daí que o crédito seja tributário; afinal, dívida ativa é uma expressão de conteúdo semântico lato, compreendendo também a não-tributária. Dessa forma, não há como se aplicar o Código Tributário Nacional. Possuindo, portanto, caráter civil/administrativo e natureza indenizatória, deve-se aplicar o Código Civil para fins do cômputo do prazo prescricional.

Inaplicável, também, ‘in casu’, o artigo 1º da Lei n. 9.873/99, pois esta se refere à ação punitiva da administração pública no exercício de poder de polícia, o que nada tem a ver com a hipótese em exame.

Dessa forma, tratando-se de ressarcimento pelo “enriquecimento sem causa” (*rectius*: externalidade positiva) das operadoras dos planos privados de saúde, há que se aplicar a hipótese prevista no artigo 206, parágrafo 3º, do

Código Civil, que estabelece o prazo prescricional de três anos. Ainda que se entenda não se cuidar de enriquecimento sem causa, por haver previsão em norma específica, isso não alteraria substancialmente a determinação do prazo de prescrição, que continuaria a ser trienal, como sucede hoje com as pretensões de reparação civil extranegocial (Código Civil, art. 206, § 3º, inc. IV). Pode-se afirmar, em abono disso, que se está diante de uma reparação por equiparação legal, uma ficção. É de bom alvitre notar que não se aplica o quinquênio previsto pelo art. 206, § 5º, “a”, do Código Civil, porque, em primeiro lugar, não se trata de obrigação decorrente de negócio jurídico entre o Estado e a Operadora (o negócio foi entabulado entre esta última e seu consumidor) e não há entres essas partes instrumento contratual escrito (público ou particular), como exige a literalidade da disposição codificada.

Devemos advertir que nem todos estariam de acordo

com o prazo trienal de pretensão ressarcitória. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, acompanhando manifestação doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello³¹, tem-se inclinado pela prescrição quinquenal como *standard* para a dívida ativa não-tributária³². Em nossa

³¹ Que citaremos adiante.

³² É de notar que o E. Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o prazo para cobrança de multas administrativas (dívida ativa não-tributária) é de cinco anos, afastando-se de sua orientação anterior, segundo a qual a prescrição seria vintenária ou decenal, tratadas, respectivamente, pelos Códigos Civis de 1916 e de 2002. Por exemplo, confira-se: “PROCESSIONAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA. SUNAB. PRAZO PRESCRICIONAL. 1. Inexistindo regra específica sobre prescrição, deverá o operador jurídico valer-se da analogia e dos princípios gerais do direito como técnica de integração, já que a imprescritibilidade é exceção somente aceita por expressa previsão legal ou constitucional. 2. O prazo prescricional para a cobrança de multa administrativa é de cinco anos. (...)” (REsp 1026725 / PE;

RECURSO

ESPECIAL2008/0021849-7;

Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA; SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento:

15/05/2008; DJe 28.05.2008). O

excerto da seguinte ementa também é significativo: “8. *A aplicação principiológica da isonomia, por si só, impõe a incidência recíproca do prazo do Decreto 20.910/32 nas pretensões deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado.* 9. *Deveras, e ainda que assim não fosse, no afã de minudenciar a questão, a Lei Federal 9.873/99 que versa sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Federal colocou um pá de cal sobre a questão assentando em seu art. 1º caput: "Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado."* 10. *A possibilidade de a Administração Pública impor sanções em prazo vintenário, previsto no Código Civil, e o administrado ter a seu dispor o prazo quinquenal para veicular pretensão, escapa ao cânone da razoabilidade, critério norteador do atuar do administrador, máxime no campo sancionatório, onde essa vertente é lideira à questão da legalidade.* 11. *Outrossim, as prescrições administrativas em geral, quer das ações judiciais tipicamente administrativas, quer do processo administrativo, mercê do vetusto prazo*

opinião, por razões mais psicológicas do que jurídicas, nomeadamente:

(a) Por uma tendência da legislação administrativa, que tem uniformizado o prazo prescricional nesse âmbito no sentido do quinquênio;

(b) Por aplicação às avessas do Decreto 20.910/1932. O Decreto 20.910/32, que comanda a prescrição contra a Fazenda Pública, deveria reger apenas as suas dívidas passivas, não se aplicando por simetria à dívida ativa. Isso só seria possível se houvesse lacuna autorizando o preenchimento por analogia. Mas não há, pois incide a norma geral de prescrição do direito comum. Para nós, é completamente equivocado invocar analogia onde não há nenhuma. E a prescrição, sendo instituto restritivo de direitos, não permite

do Decreto 20.910/32, obedecem à quinquenalidade, regra que não deve ser afastada in casu.” ((AgRg no Ag 951568 / SP; 2007/0221044-0; Relator(a) Ministro LUIZ FUX; PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 22/04/2008; DJe02.06.2008)

interpretação extensiva (e muito menos analogia);

(c) Por uma equivocada extensão da legislação que rege o exercício do *jus puniendi* das pessoas de direito público. Mais uma vez, cabe assinalar que normas restritivas de direitos, como são as prescricionais, não admitem esse tipo de interpretação generosa: elas são de direito estrito³³;

³³ O precedente adiante transcrito vai nessa linha, mas repare-se que o mérito não chegou a ser analisado, pois o recurso da ANS não foi conhecido: “PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA PARA A COBRANÇA DE DÍVIDA ATIVA NÃO-TRIBUTÁRIA A TÍTULO DE RESSARCIMENTO AO SUS. CONTROVÉRSIA SOBRE A PRESCRIÇÃO. LEI Nº 9.873/99 QUE NÃO INCIDIU NEM FOI APLICADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. CONFIRMAÇÃO DA NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. A Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do recurso repetitivo REsp 1.115.078/RS (Rel. Min. Castro

Meira, DJe de 6.4.2010), firmou o entendimento de que a Lei n.º 9.873/99 disciplina apenas e tão somente as ações administrativas punitivas desenvolvidas no âmbito federal, não incidindo em relação (a) às ações administrativas punitivas desenvolvidas por estados e municípios, pois o âmbito espacial da lei limita-se ao plano federal; (b) às ações administrativas que, apesar de potencialmente desfavoráveis aos interesses dos administrados, não possuem natureza punitiva, como as medidas administrativas revogatórias, as cautelares ou as reparatórias; e (c) por expressa disposição do art. 5º, às ações punitivas disciplinares e às ações punitivas tributárias, sujeitas a prazos prescricionais próprios. 2. Consoante já proclamou a Terceira Turma deste Tribunal, no julgamento do REsp 324.638/SP, sob a relatoria do Ministro Ari Pargendler (DJ de 25.6.2001), “se a norma que as razões do recurso especial dizem contrariada nem incidiu nem foi aplicada, esgotadas estão as possibilidades lógicas do conhecimento do recurso especial pela letra ‘a’”. 3. A ação de execução fiscal que visa à cobrança de valores a título de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS, com no art. 32 da Lei 9.656/98, não se classifica como “ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor”, esta sim, objeto de disciplina pela Lei nº 9.873/99. Assim sendo, como as disposições da Lei nº 9.873/99 não

(d) Por uma separação erroneamente rígida entre o Direito Público e o Privado. A alguns é repulsiva a idéia de aplicação do Código Civil, sob o equivocado pretexto de que regeria somente as relações privadas. Essa noção é anacrônica, no que se refere aos institutos da Parte Geral do Código Reale e está em notória contradição com tudo que se tem aprendido após a irrupção dos direitos difusos. Concomitantemente à compreensão de que há uma esfera intermediária entre o público e o privado, a diferença entre um e outro foi aplacada e relativizada. No entanto, velhos hábitos e paradigmas impedem alguns de tirar todas as

consequências dessa relativização.

Por essas razões entendemos que é absurda a “invenção” jurisprudencial de um prazo prescricional inexistente, para suprir uma lacuna que também inexistente ou estabelecer analogia onde ela é proibida!

Vejam a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello e por que não podemos com ela concordar, ressaltando nossa admiração pelo mestre:

“Não há regra alguma fixando genericamente um prazo prescricional para as ações judiciais do Poder Público em face do administrado. Em matéria de débitos tributários o prazo é de cinco anos, a teor do art. 174 do Código Tributário Nacional, o qual também fixa, no art. 173, igual prazo para decadência do direito de constituir o crédito tributário. No passado (até a 11ª. Edição deste Curso) sustentávamos que, não havendo especificação legal dos prazos de prescrição para as situações tais ou quais, deveriam ser decididos por analogia aos estabelecidos na lei civil, na conformidade do princípio geral que dela decorre: prazos longos para atos nulos e mais curtos para os

incidiram na espécie, tampouco foram aplicadas pelo Tribunal de origem, o recurso especial da ANS é manifestamente inadmissível no que diz respeito à alegação de contrariedade aos arts. 1º-A e 2º da retromencionada lei. 4. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1381536/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 26/03/2014)

*anuláveis. Reconsideramos tal posição. Remeditando sobre a matéria, parece-nos que o correto não é a analogia com o Direito Civil, posto que, sendo as razões que os informam tão profundamente distintas das que inspiram as relações de Direito Público, nem mesmo em tema de prescrição caberia buscar inspiração em tal fonte. Antes dever-se-á, pois, indagar do tratamento atribuído ao tema prescricional ou decadencial em regras genéricas de Direito Público.*³⁴

Pois bem, se não há nenhuma regra genérica, primeiramente se deveria indagar como se pode concluir que se deverá indagar preferencialmente do tratamento atribuído pela regra genérica inexistente! O texto, ressalvado o necessário respeito, é contraditório consigo mesmo.

Em segundo lugar, nunca houve “analogia” com o Direito Civil. Havia, na falta da referida “regra genérica”, aplicação do direito comum. Na falta de lei especial,

aplicava-se o *ius commune*. E isso é possível porque não existe o abismo intransponível entre direito privado e direito público, ou, se alguma vez tal concepção se afirmou, decerto que hoje ela estaria completamente superada.

Em terceiro, a analogia equivocada consiste em forçá-la sobre regras especiais de direito estrito (como é o caso da prescrição *contra* a Fazenda Pública), o que se divorcia do senso comum da hermenêutica jurídica³⁵.

Por último, embora o detalhe não seja tão relevante aqui, os prazos “mais longos” ou “mais curtos” a que se refere o texto, em função de invalidação de atos jurídicos, competem à decadência e não

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 1.602.

³⁵ *Vide*, a respeito: MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio: Forense, 2011, p. 183 e seguintes. ANDRADE, Cristiano José de. *O problema dos métodos de interpretação jurídica*. São Paulo: RT, 1992, p. 116-8. FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 63-66, este último, principalmente o que aponta quanto aos limites da analogia.

à prescrição. O que mostra, mais uma vez, que nunca se cuidou de “analogia” com o direito comum, mas de simples aplicação do direito comum na falta do especial! Encerramos nossa crítica aqui. O que é pacífico, como ficou dito, é que a prescrição de dívida ativa não-tributária não se submete aos prazos do Código Tributário Nacional. Isso porque esse Diploma tem por finalidade ocupar a posição de lei complementar de normas gerais nesse âmbito específico, como reza a Constituição Federal. Enfim, entendemos que a prescrição seja trienal, afastando-nos dos que a concebem quinquenal. Além disso, o reconhecimento da natureza não-tributária da dívida ativa em causa tem outras consequências, como a aplicação de hipóteses de suspensão não afinadas com os créditos tributários. Nomeadamente, a suspensão da prescrição por força da inscrição, por 180 dias ou até

o ajuizamento da execução fiscal³⁶.

RESSARCIMENTO AO SUS: EXCLUSÃO CONTRATUAL DE PROCEDIMENTOS, PERÍODO DE CARÊNCIA E TÉRMINO DE CONTRATO.

De acordo com o art. 32 da Lei dos Planos de Saúde, havendo prestação de serviço público de assistência à saúde por estabelecimento vinculado ao Sistema Único de Saúde, a consumidor coberto por contrato de plano de saúde, a respectiva entidade privada por ele contratada deve ressarcir ao Poder Público as despesas de tratamento.

³⁶ Art. 1º., § 3º, Lei n. 6.830, de 1980: “*A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.*” Essa suspensão é aplicável unicamente à dívida ativa não-tributária.

Em 2000, *ex vi* da Lei n. 9.961, foi conferida à ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar competência para determinar a forma e cobrança do mencionado ressarcimento, atribuição essa instrumentada por meio de Resoluções.

O fato jurígeno (prestação de serviço pelo SUS ao contratante de plano privado) confere à ANS o direito potestativo (na verdade, poder-dever) de notificar a empresa privada de saúde (por intermédio de aviso de beneficiário identificado – ABI) para o ressarcimento. Essa notificação ou ABI compreende a identificação do plano ou seguro-saúde; da autorização para internação; a data da própria internação; a unidade prestadora do serviço; a data de nascimento do beneficiário; e, mais importante, o procedimento realizado e respectivo valor.

Como já foi discutido, a Autarquia especial também é competente para inscrever o débito em dívida ativa, o que viabiliza sua cobrança pelo rito da execução fiscal (muito

embora de dívida ativa não-tributária).

O dever de ressarcimento ao SUS consecutório de sua utilização por beneficiário de plano particular de assistência à saúde, nos termos do artigo 32 da Lei n. 9.656/98, limita-se ao serviço que está inserido na cobertura contratual entre o consumidor e a Seguradora Privada. Melhor dizendo, se o serviço prestado pelo SUS não consta do contrato firmado entre segurado e seguradora, inexistente o dever de ressarcimento. Em outras palavras, qualquer fator que exclua a cobertura contratual ao paciente terá como reflexo a exclusão do dever de ressarcir; não há nessa hipótese a externalidade que a lei tenta suprimir.

Desse

modo, não é possível a cobrança nos casos em que:

- a) Houver cláusula válida de exclusão de cobertura (por exemplo, exclusão de procedimento clínico ou cirúrgico com finalidade estética);
- b) Ao contrato entre o segurado e a operadora/seguradora de

saúde sobrevier extinção. Pois o cancelamento retira ao usuário o direito de valer-se da rede privada de saúde; dessarte, não há que se aventar o ressarcimento no tocante a elas. A falta de informação sobre o cancelamento desses contratos nos cadastros dos beneficiários da ANS não se mostra suficiente para justificar a cobrança, pois não existia mais vínculo entre o usuário (do SUS) e a operadora privada. O descumprimento de uma obrigação administrativa - no caso, a falta de comunicação à ANS do cancelamento dos contratos - poderia até implicar na imposição de penalidades tipicamente administrativas, não é suficiente para fundamentar a cobrança dos valores referentes a essas AIH's, assumindo-se, como é praxe, vínculo de natureza civil.

c) O tratamento ou procedimento estiver compreendido em período de carência válido.

SÍNTESE CONCLUSIVA

1. O “ressarcimento” devido ao SUS, em vista de atendimento – internação, tratamento, etc. – realizado a cliente de plano de saúde privado é uma obrigação ex lege, que não se confunde com o enriquecimento sem causa do Código Civil;
2. A rigor, esse ressarcimento é tipificado de modo a coincidir com a noção legal de tributo; todavia, doutrina e jurisprudência têm posto essa questão de lado – ela tornou-se, praticamente, uma vexata quaestio;
3. Fossem extraídas todas as consequências do item anterior, estaríamos defronte de uma exação instituída de modo inconstitucional;
4. Todavia, à míngua de palavra definitiva do Supremo Tribunal Federal, é preciso considerar aspectos práticos que decorreriam da identificação da obrigação de ressarcimento com a qualidade de administrativa e civil;
5. Em relação à prescrição, aplicar-se-iam as normas regentes da dívida ativa não-

- tributária, muito embora o procedimento de cobrança seja o da execução fiscal;
6. O prazo prescricional aplicável, para nós, é o de três anos de qualquer ação de reparação civil (feita abstração da conclusão n. 03); tem-se entendido, no entanto, que seria quinquenal;
 7. Aplica-se a suspensão da prescrição de dívida ativa não-tributária, por 180 dias a partir da inscrição, contados até o ajuizamento do executivo fiscal;
 8. A principal objeção à cobrança do ressarcimento consiste na ausência de relação jurídica que motivasse o pagamento pela operadora do seguro ou plano de saúde. Portanto, os casos mais frequentes seriam: (a) cláusula de exclusão válida; (b) carência; e (c) extinção do contrato de plano ou de seguro-saúde.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. “ANS amplia o ressarcimento com a cobrança de procedimentos

de alta e média complexidade”, *In*: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/integracao-com-o-sus/2841-ans-amplia-o-ressarcimento-com-a-cobranca-de-procedimentos-de-alta-e-media-complexidade>, publicado em 08.05.2015, consultado em 28.08.2015.

ANDRADE, Cristiano José de. *O problema dos métodos de interpretação jurídica*. São Paulo: RT, 1992.

BIAR, Tatiana, “Afinal, qual é a natureza jurídica do reembolso ao SUS?”, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/tatiana-biar-afinal-qual-natureza-reembolso-sus#author>; consultado em: ago/2015.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências reguladoras*. São Paulo, RT, 2003, p. 44.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*, México: Porrúa, 2000.

- FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2003
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif e de droit public*. Paris: Sirey, 1914.
- MANKIW, N. Gregory. *Introdução à economia*, São Paulo: Cengage Learning, 2012.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2012.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio: Forense, 2011.
- MEIRELLES, Hely Lopes. “*Direito Administrativo Brasileiro*”. São Paulo, RT, 1988, p. 118.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010
- MENDES, Gilmar: *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENEZELLO, Maria D’Assunção. *Agências reguladoras e o direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MICHELON R., Cláudio. *Direito restitutivo*. São Paulo: RT, 2007.
- MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002
- MOREIRA NETO, Diogo. *Direito regulatório*. Rio: Renovar, 2003.
- NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- STIGLITZ, Joseph e WALSH, Carl E., *Introdução à microeconomia*, Rio: Campus, 2003.
- TIBÚRCIO, Dalton Robert. Ressarcimento ao SUS: uma proposta de delimitação da fonte e do fundamento da obrigação constante do art. 32 da Lei nº 9.656/98. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 90, jul 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9879. Acesso em ago-2015.