

POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL: DOS PROBLEMAS QUE EXISTEM PELA FALTA DE COMPENSAÇÃO AO SUS E PELO SUS

SIMONE LETÍCIA SEVERO E SOUSA

Doutora em Direito Público – PUCMINAS. Graduada em Letras e Direito. Mestre em Direito das Relações Econômico-Empresariais. Atualmente é coordenadora do curso de Direito da Unifenas/Campus Belo Horizonte -Universidade José do Rosário Vellano e Coordenadora do Curso de pós graduação “Novas tendências do Direito Civil e do Direito Processual Civil” (Unifenas-BH). Assessora Judiciária/Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

Resumo

A saúde é um direito fundamental social que, para ser otimizado, precisa da atuação positiva do Estado, a fim de assegurar a qualidade de vida dos cidadãos e respeito à dignidade humana. Demonstrar-se-ão os problemas que existem pela falta de compensação ao SUS e pelo SUS, onde serão abordados os princípios específicos de controle do SUS, o procedimento do ressarcimento, o conflito entre as operadoras de plano de saúde quanto ao ressarcimento e a criação de um sistema de compensação como proposta de solução. Desse modo, trata-se de uma questão carecedora de sistematização e aprofundamento, em que o escopo principal é demonstrar as principais questões envolvendo planos de saúde, dentre elas, a necessidade da agência reguladora estabelecer um mecanismo de compensação dos créditos e débitos relacionados aos ressarcimentos para o SUS e pelo SUS. O estudo do tema ora proposto far-se-á com base na legislação (Lei n. 9.656 de 1998, Lei n. 9.661, de 28 de janeiro de 2000 – que criou a Agência Nacional de Saúde, bem como nas Resoluções Normativas), na Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990 (que implantou o SUS) e nos casos decididos pelos Tribunais de Primeira ou Segunda Instâncias.

Palavras-chave

Políticas públicas; Falta de compensação; Sistema Único de Saúde.

Abstract

Health is a fundamental social right that, to be optimized, needs the positive role of the State in order to ensure the quality of life and respect for human dignity. Will be

demonstrated the problems that exist because of the lack of compensation to SUS and from SUS, where specific principles of SUS control will be addressed, the reimbursement procedure, the conflict between the health insurance providers about the compensation and the creation of a proposal of a compensation system as a solution. Thus, it is a matter that needs systematization and deepening, in which the main aim is to demonstrate the issues involving health plans, among them, the need for the regulatory agency to establish a compensation mechanism of credits and debits related to the reimbursement to SUS and from SUS. The theme of the proposed study will be based on the legislation (Law nº 9.656 from 1998, Law nº. 9,661, from January 28, 2000 - which created the National Health Agency and the Normative Resolutions), in Law nº 8.080, from September 19, 1990 (which implemented the SUS) and in cases decided by the Brazilian Courts.

Key words

Public policy; Lack of compensation; Unified health system.

1. Introdução

A saúde é um direito fundamental social que, para ser otimizado, precisa da atuação positiva do Estado, a fim de assegurar a qualidade de vida dos cidadãos e respeito à dignidade humana.

Porém, apesar da ampliação de cobertura e assistência à saúde para todos os brasileiros, há que se destacar a dificuldade do Estado para prestar assistência de qualidade a todos. O SUS tem assegurado à reprodução de grande parte do tradicional setor privado de prestação de serviços. Há desse modo, a privatização do sistema quando, para escapar a constrangimentos, criam-se várias modalidades de gestão de hospitais e de outros serviços, delegando-os a pessoas ou organizações particulares.

Buscar-se-á analisar as questões relativas ao ressarcimento ao SUS e pelo SUS, enfocando como a regulação sobre o sistema de saúde suplementar deve incidir sobre os ressarcimentos pagos ao e pelo SUS, de modo a buscar a implementação eficiente do Direito à Saúde Suplementar previsto na Constituição Federal.

O foco do trabalho será somente na regulação da saúde no que tange o ressarcimento ao SUS e pelo SUS, não interessando maiores detalhes acerca de adaptações, cancelamentos, suspensões e exclusões contratuais. Dessa forma, o tema será analisado pela ótica do Direito Público, prioritariamente, enquanto serviço público que pode ser prestado pelo particular.

Trata-se de uma questão carecedora de sistematização e aprofundamento, em que o escopo principal é demonstrar as principais questões envolvendo planos de saúde, dentre

elas, a necessidade da agência reguladora estabelecer mecanismo de compensação dos créditos e débitos relacionados aos ressarcimentos ao SUS e pelo SUS.

Demonstrar-se-ão os problemas que existem pela falta de compensação ao SUS e pelo SUS, onde serão abordados os princípios específicos de controle do SUS, o procedimento do ressarcimento, o conflito entre as operadoras de plano de saúde quanto ao ressarcimento e a proposta de criação de um sistema de compensação como proposta de solução. Encerrar-se-á apresentando a conclusão no 8º capítulo.

Coloca-se o desafio de entender como se estruturam os modelos assistenciais vigentes na saúde suplementar e complementar, identificando o modo como as operadoras de planos de saúde vêm se organizando para a oferta dos serviços de saúde, de forma a garantir a assistência com qualidade aos seus usuários, responsabilizando-se pelo seu processo saúde-doença, analisando principalmente as questões relativas ao ressarcimento ao SUS: a convergência e divergência entre consumidores, prestadores e empresas.

Considerando o paradigma do Estado Democrático de Direito, o trabalho vai procurar compreender o estudo dos aspectos controversos do ressarcimento ao SUS e pelo SUS, não podendo ignorar a relevância da abordagem principiológica na aplicação do caso concreto, na busca de soluções prática

2. Princípios Específicos de Controle do Sistema Único de Saúde

Criado pela Constituição de 1988, e regulamentado dois anos depois pelas Leis n. 8080/90 e n. 8142/90, o Sistema Único de Saúde é constituído pelo conjunto de ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicos federais, estaduais e municipais e, complementarmente, por iniciativa privada que se vincule ao Sistema. (Ministério da Saúde, 1998).

A priori, cabe destacar os termos que compõem a expressão ‘SUS’:

‘**Sistema**’, entendido como conjunto de ações e instituições, que de forma ordenada e articulada contribuem para uma finalidade comum, qual seja, a perspectiva de ruptura com os esquemas assistenciais direcionados a segmentos populacionais específicos, quer recortados segundo critérios socioeconômicos, quer definidos a partir de fundamentos nosológicos. ‘**Único**’ referido à unificação de dois sistemas; o previdenciário e o do Ministério da Saúde e secretarias estaduais e municipais de saúde, consubstanciada na incorporação do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS) pelo Ministério da Saúde e na universalização do acesso a todas ações e cuidados da rede assistencial pública e privada contratada e ao comando único em cada esfera de governo. ‘**Saúde**’ compreendida como resultante das condições de vida, trabalho e acesso a bens e serviços, portanto, componente essencial da

cidadania e democracia e não apenas como ausência de doença e objeto de intervenção da medicina; a saúde, tomada, como medida de determinações sociais e perspectiva de conquista da igualdade, contrapõe-se ao estatuto de mercadoria assistencial que lhe é conferido pela ótica economista, tal como definida na VII Conferência Nacional de saúde é “a resultante das condições de alimentação, habitação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso aos serviços de saúde”. (BAHIA, 2012, p. 1).

Diz-se *Único*, porque o Estado reuniu no SUS as atividades sanitárias e assistencialistas, pondo fim à dicotomia existente.

No Brasil, o sistema de saúde é formado por dois subsistemas: de um lado, está o subsistema público, que incorpora a rede própria e a conveniada pelo SUS; e, de outro, está o subsistema privado, que agrupa a rede privada de serviços de saúde não vinculados ao SUS.

A assistência privada é disciplinada pela Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998 (LPS – Lei dos Planos de Saúde), que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde. Já o serviço público de saúde é disciplinado pela Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 (LOS – Lei Orgânica de Saúde), que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, e ainda sobre a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes.

Existem inúmeras interfaces entre o Sistema Único de Saúde e o setor de Saúde Suplementar, sendo a mais visível o ressarcimento ao SUS.

A Lei n. 8.080/90 trata da **saúde complementar** em vários dispositivos, dentre os quais: artigo 4º, § 2º; artigo 7º; artigo 8º; artigos 24 a 26.

A participação da iniciativa privada no SUS, **complementar**, dá-se com o escopo de cumprir o princípio da universalidade, cabendo destacar ainda que a sua atuação volta-se, principalmente, para a assistência de média e alta complexidade, que devem complementar a atenção básica para cumprir o atendimento integral (a integralidade) previsto na Constituição.

Nos termos do § 1º do artigo 199 da Constituição Federal, as instituições privadas poderão participar de forma complementar ao SUS. Desse modo, as entidades privadas que celebram contratos de direito público ou convênio com o SUS, passam a integrar o sistema público de saúde, razão pelo qual se submetem aos princípios e diretrizes que orientam o serviço público.

Assim, a atuação da iniciativa privada na área da saúde será considerada complementar quando desenvolvida nos termos do art. 199 da Constituição Federal, que prevê que as instituições privadas poderão participar de forma complementar ao Sistema Único de

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

Trata-se de complementar, porque essa participação das entidades privadas no SUS só ocorrerá quando o sistema público não possuir meios para suprir as necessidades da coletividade.

Enquanto o sistema público é financiado por toda sociedade, através das inúmeras fontes de custeio criadas pela Constituição Federal e por leis infraconstitucionais, a assistência privada à saúde é financiada pelo contratante de serviço.

No que concerne à participação complementar, nota-se que o Estado brasileiro ainda não possui condições necessárias para cumprir integralmente o seu dever de garantir saúde à população, havendo carência na estrutura básica de atendimento, de clínicas, hospitais, laboratórios e médicos.

Saliente-se que, o legislador permitiu que a iniciativa privada preste serviços de saúde, mas, confere ao Poder Público o dever de regulamentar, fiscalizar e controlar estes serviços.

A atuação da iniciativa privada na área da saúde é considerada complementar quando for desenvolvida nos termos 199 da Constituição da República, que prevê que as instituições privadas poderão participar de forma complementar ao SUS, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

Evidencia-se assim, que a saúde complementar deve ser compreendida por meio de ações e serviços de saúde, que embora sejam prestadas por pessoas jurídicas de direito privado, são consideradas serviços públicos de saúde em razão da existência de uma relação jurídica específica, concretizada por contratos ou convênios firmados entre essas pessoas jurídicas e a União, os Estados ou os Municípios. Desse modo, o Estado utiliza-se da iniciativa privada para aumentar e complementar a sua atuação em benefício da saúde da população, uma vez que o Estado não possui as condições necessárias para cumprir integralmente o seu dever de garantir saúde.

Lado outro, os serviços privados de saúde também podem ser prestados por meio de planos de saúde, que são oferecidos por operadoras de planos de saúde, através da saúde suplementar. Assim, a saúde suplementar é o setor que abriga os serviços privados de saúde prestados exclusivamente na esfera privada, representando uma relação jurídica entre prestador de serviço privado de saúde e consumidor. A saúde suplementar pode ser definida como todo atendimento privado à saúde, realizado ou não por meio de convênio com um plano de saúde. A saúde suplementar é composta pelos segmentos das autogestões, medicinas de grupo, seguradoras e cooperativas. Portanto, os planos e seguros privados de

saúde que oferecem cobertura não ofertada pelo setor público desempenham um papel de complementariedade em relação ao setor público.

Ao dispor que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, o *caput* do artigo 199 da Constituição permitiu não só a atuação de entidades privadas de forma complementar no SUS, mas também a atuação da iniciativa privada fora do SUS, configurando o setor de saúde suplementar, por meio do qual muitos cidadãos buscam ações e serviços de saúde. Essa atuação é prevista nos artigos 20 a 23 da Lei n. 8.080/90.

No Brasil há um Sistema Único de Saúde universalista – complementado pela iniciativa privada - ao lado da atuação do setor privado de forma suplementar.

O Sistema de Saúde brasileiro organiza-se como um sistema de saúde misto, combinando características de mais de um tipo de sistema saúde e se reflete nas combinações feitas entre o sistema público universal e sistema privado, que atua fora do sistema de saúde público, mas apesar da predominância do sistema público universal, há a atuação do setor privado.

Franciso Pizzette Nunes aborda a diferença entre a **saúde suplementar** e a **saúde complementar** de forma clara e sucinta:

A **assistência complementar** se dá mediante a atividade de instituições privadas que participam do SUS de forma complementar por meio de contrato de direito público ou convênio, devendo seguir as diretrizes do SUS, dentre estas, a participação popular, motivo pelo qual as Conferências e Conselhos de Saúde podem deliberar a respeito das políticas e recursos destinados ao setor complementar. Por outro lado, a **assistência suplementar atua através de laboratórios, clínicas e hospitais particulares, assim como por meio de planos e seguros privados de assistência à saúde contratados pelos beneficiários destes junto a operadoras de saúde suplementar**, sendo que, diferente da saúde complementar, a saúde suplementar não possui uma vinculação direta com os princípios e diretrizes do SUS, motivo pelo qual, a princípio, a regulamentação e tutela dos interesses do setor não fazem parte da alçada de competência dos Conselhos e Conferências de Saúde” (NUNES, 2011, p. 156). (Grifou-se).

Tanto a saúde complementar quanto a suplementar são prestadas por entidades privadas; aquela, entretanto, segue as mesmas diretrizes e princípios do SUS; esta, a seu turno, rege-se por princípios de Direito Privado. Trata-se de saúde complementar porque essa participação das entidades privadas no SUS só ocorrerá quando o sistema público não possuir meios para suprir as necessidades da população.

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado pela Constituição Federal em 1988 e regulado pelas Leis n. 8.080/90 e n. 8.142/90, Leis Orgânicas da Saúde, com o objetivo

de alterar a situação de desistência de desigualdade na assistência à saúde da população, tornando obrigatório o atendimento público a qualquer cidadão¹. É destinado a todos os cidadãos e é financiado por recursos arrecadados através de impostos e contribuições sociais pagos pela população e compõem os recursos do governo federal, estadual e municipal. O setor privados participa do SUS de forma complementar, por meio de contratos e convênios de prestação de serviço ao Estado quando as unidades públicas de assistência à saúde não são suficientes para garantir o atendimento a toda população de determinada região².

Saliente-se que, a Lei n. 8.090-90, além de estruturar o SUS e de fixar suas atribuições, estabelece os princípios pelos quais sua atuação deve se orientar, dentre os quais, o da universalidade (por força do qual se garante a todas as pessoas o acesso às ações e serviços de saúde disponíveis) e o da subsidiariedade e da municipalização (que procura atribuir prioritariamente a responsabilidade aos municípios, na execução das políticas públicas de saúde em geral e de distribuição de medicamentos – art. 7º, I e IX).

Cabe ressaltar os seguintes **princípios** da atenção à saúde no SUS:

a) o *princípio da universalidade* é o princípio finalístico do SUS, consistindo numa das características do sistema, uma vez que deve ser acessível a toda população. Afinal, a saúde é um direito de todos e é dever do Poder Público a provisão de serviços e ações que garanta saúde a todo cidadão. Porém, não basta ser universal, tem que ser eficaz, eficiente e efetivo;

b) o *princípio da equidade* consiste no tema central dos debates de reforma do SUS. A noção de equidade está relacionada com a necessidade de “tratar desigualmente os desiguais”. Faz-se necessário aqui, reduzir as disparidades sociais e regionais existentes no País, em busca de um maior equilíbrio. Aqui, o planejamento das políticas públicas torna-se fundamental. A equidade é o princípio complementar da igualdade, significando tratar as diferenças em busca da igualdade, vindo de encontro ao acesso aos serviços;

c) o *princípio da integralidade*, por sua vez está relacionado com a promoção de saúde, prevenção de riscos e assistência aos doentes, bem como recuperação dos mesmos. Tal princípio está expresso no art. 198, inciso II da Constituição Federal e art. 7º, inciso II

1 A própria Lei n. 10.683/2003, que organiza a Presidência da República, estatuiu em seu art. 27, XX a atribuição do Ministério da Saúde: a) política nacional de saúde; b) coordenação e fiscalização do Sistema Único de Saúde; c) saúde ambiental e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde individual e coletiva, inclusive a dos trabalhadores e dos índios; d) informações em saúde; e) insumos críticos para a saúde; f) ação preventiva em geral, vigilância e controle sanitário de fronteiras e de portos marítimos, fluviais e aéreos; g) vigilância em saúde, especialmente quanto às drogas, medicamentos e alimentos; h) pesquisa científica e tecnológica na área da saúde. Ao Ministério da Saúde compete a vigilância sobre alimentos (registro, fiscalização, controle de qualidade) e não a prestação de serviços que visem fornecer alimentos às pessoas de baixa renda.

2 Informações disponíveis no Portal da Saúde. Disponível em <<http://www.saude.gov.br.html>> Acesso em 11 jan. 2013.

da Lei n. 8.090/90, que reza que todo indivíduo tem o direito de ser atendido e assistido sempre que necessitar, utilizando ou não insumos. Porém, colocar o princípio da integralidade na prática é um desafio dinâmico e constante. Uma das preocupações maiores atinentes a esse princípio é a humanização dos serviços prestados no âmbito do SUS. O SUS deve procurar ter ações contínuas no sentido de promoção, proteção, cura, e reabilitação;

d) a universalidade, a equidade e a integralidade conferem legitimidade ao SUS. Mas, além desses princípios há que destacar também o *princípio à informação* para o usuário do sistema. As informações acerca da saúde individual e coletiva devem ser divulgadas pelos profissionais da saúde;

e) já o *princípio da descentralização* implica na transferência do poder de decisão acerca da política de saúde do nível federal, para os Estados e municípios, redefinindo as funções de cada um desses entes. Faz-se necessária a cooperação financeira com os órgãos das três esferas e com entidades públicas e privadas, mediante descentralização de recursos. Ao se falar em descentralização, importante pensar na regionalização, com o objetivo de buscar uma distribuição mais racional dos recursos;

f) o *princípio da unidade* do sistema SUS está expresso no art. 199 da Constituição Federal e art. 7º, inciso XII da Lei n. 8.090/90;

g) o *princípio de ressarcibilidade ao SUS* está expresso no art. 198, parágrafo 1º da Constituição Federal de 1988 e no art. 32 da Lei n. 9.656-98. Tal princípio consiste na obrigação de as operadoras de planos de saúde ressarcirem o SUS em caso de este prestar atendimento ao segurado ou beneficiário da empresa privada;

h) o *princípio da prevenção ou precaução* está expresso nos arts. 196 e 200 da Constituição Federal e estabelecido em atos de vigilância sanitária.

Os princípios acima elencados apontam para a democratização nos serviços de saúde, que deixam de ser restritos e passam a ser universais, passando a nortear-se pela descentralização.

Evidencia-se que, a partir da edição da Lei n. 8.080/90 surgiu no âmbito do SUS uma infinidade de Portarias e Resoluções que regulamentam o seu funcionamento nas mais diversas áreas de atuação.

3. O Procedimento do Ressarcimento: Do Conflito entre as Operadoras de Plano de Saúde quanto ao Ressarcimento ao SUS

O ressarcimento ao Sistema Único de Saúde é composto por um conjunto de atos destinados à recuperação dos custos decorrentes de internações hospitalares ocorridas nos hospitais vinculados ao SUS. Tal fato ocorre quando há a utilização do SUS por beneficiários de planos privados de assistência à saúde.

Convém salientar, como funciona o procedimento relativo ao Ressarcimento ao SUS.

De acordo com o artigo 20 da Lei dos Planos de Saúde a primeira obrigação das operadoras é fornecer, periodicamente, à ANS *todas as informações* e estatísticas relativas a suas atividades, incluídas as de natureza cadastral, especialmente aquelas *que permitam a identificação dos consumidores e de seus dependentes*, incluindo seus nomes, inscrições no Cadastro de Pessoas Físicas dos titulares e Municípios onde residem.

A ANS, com base nessas informações, criou um cadastro dos beneficiários dos planos de saúde. O SUS, por sua vez, envia periodicamente à ANS as Autorizações de Internações Hospitalares (AIH). As Autorizações de Internações Hospitalares (AIH) constituem uma lista com os dados de todas as pessoas atendidas pelo SUS durante o período.

Desse modo, periodicamente a ANS cruza os dados dessas Autorizações de Internações Hospitalares – AIHs - com o cadastro de clientes das operadoras privadas e, desta forma, identifica os atendimentos a serem ressarcidos.

Após a identificação, a ANS envia à operadora o Aviso de Beneficiário Identificado (ABI), com todos os dados do procedimento utilizado pelo cliente, porém, por vezes ainda tem enviado o boleto bancário com o valor da TUNEP.

Muitos juristas são da opinião que o ressarcimento ao SUS pelos valores inseridos na TUNEP é manifestamente inconstitucional. E, conseqüentemente, não há base de cálculo válida — como está acontecendo, via TUNEP³.

Uns criticam o *quantum* que está sendo restituído, outros, o fundamento da cobrança.

O que ocorre é que as operadoras de planos de saúde baseiam o preço dos seus serviços em cálculos atuariais, que levam em conta diversos fatores, entre os quais o custo da atividade. Ressalte-se que, atualmente, na elaboração desses cálculos, não estão incluídos os preços dos atendimentos constantes da TUNEP (Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos). Ademais, o Art. 4º da RN n. 251, de 2011 soluciona essa questão.

Para outros, além de inconstitucional, pode-se verificar, sim, que através do ressarcimento ao Sistema Único de Saúde, há enriquecimento ilícito do Estado, que a título de ressarcimento, por serviços que está constitucionalmente obrigado a prestar, e para os quais já destina verbas em seu orçamento, pretende receber valores (previstos na

3 **Dos Valores a Serem Ressarcidos ao SUS : ...** Art. 4º O valor de ressarcimento ao SUS resulta da multiplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR, estipulado em 1,5 (um vírgula cinco), pelo valor lançado no documento do SUS de autorização ou de registro do atendimento. **(Redação dada pela RN nº 251, de 2011)** §1º O valor lançado no documento de autorização ou do registro do atendimento é obtido com base nas regras de valoração do SUS e na Tabela de Procedimentos Unificada do Sistema de Informações Ambulatoriais e do Sistema de Informação Hospitalar SAI/SIH - SUS. **(Redação dada pela RN nº 251, de 2011).**

TUNEP), muito superiores que os valores gastos nos atendimentos à saúde. Portanto, os valores são muitos superiores àqueles constantes na tabela do SUS, ou seja, o Estado, deliberadamente, objetiva cobrar muito mais do que efetivamente despendeu pelo serviço por ele prestado.

Portanto, a implantação do ressarcimento ao SUS, constitui um grande avanço nos mecanismos de regulação. Este foi concebido para desestimular o atendimento de clientes de planos de saúde em estabelecimentos da rede pública e privada conveniada. A cobrança, por vezes, ainda tem se dado através de uma terceira tabela para a remuneração dos procedimentos, a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP), que foi concebida com valores intermediários entre os praticados pelas operadoras e pelo SUS (BRASIL, 2000). O ressarcimento ainda é polêmico entre as operadoras, que se defendem dizendo que seus clientes optam espontaneamente pelo SUS e por isso estariam desobrigadas em ressarcir tais despesas. Ainda existem inúmeras dificuldades no processo de retorno do recurso desembolsado aos cofres públicos, demonstrados pelos dados de desempenho do ressarcimento: dos 364.242 procedimentos identificados até dezembro de 2002, 193.014 haviam sido impugnados, 145.349 cobrados e apenas 33.935 efetivamente pagos (BRASIL, 2003).

Porém, há entendimento contrário:

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 17.579 - RS (2011/0139861-1) Trata-se de agravo de instrumento interposto de decisão que negou seguimento ao Recurso Especial manifestado pela AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado (fl. 434e). ADMINISTRATIVA. PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SUS. ANS. ARTIGO 32 DA LEI 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. TUNEP. LEGALIDADE. CONTRATOS EMPRESARIAIS. REDE NÃO CREDENCIADA. NÃO COBERTURA DO SERVIÇO MÉDICO PELO PLANO. EXCLUSÃO PRÉVIA AO ATENDIMENTO. NÃO IDENTIFICAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS. ÔNUS PROBATÓRIO DA OPERADORA. FALTA DE PROVAS.

...Esta Corte tem firme posicionamento no sentido de que as únicas causas impeditivas da cobrança do ressarcimento são a não cobertura pelo plano de saúde contratado do serviço médico prestado pelo SUS e a exclusão prévia do beneficiário do plano, pouco importando que o atendimento tenha sido efetuado fora da rede credenciado ou da área geográfica de abrangência ou ainda qual o tipo de pagamento referente ao contrato firmado.

... Por tudo isso, não tendo a operadora se desincumbido satisfatoriamente do ônus probatório que era exclusivamente seu, concluo por inarredável,

no caso vertente, **o dever da mesma de reembolsar o SUS quanto a todas as AIHs objeto deste processo**⁴. (Grifou-se).

Cuida-se no caso em tela, de ação ordinária na qual se alega que a comunicação de desvinculação de beneficiário à ANS é requisito expressamente previsto no art. 20 da Lei n. 9.656/98, tendo por finalidade justamente afastar a obrigatoriedade de indenização do art. 32 da referida lei. Interposto recurso especial, não foi admitido na origem, bem como nesta Corte Superior, por ocasião da análise do agravo. Daí o regimental, em que sustenta a agravante que o cerne da questão é apenas a afronta aos arts. 20 e 32 da Lei n. 9.656/98, não se exigindo provas. Porém, a decisão agravada não mereceu reparo e foi mantida pelos seus próprios fundamentos. O Tribunal firmou o seu convencimento no sentido de que deve a agravante reembolsar o SUS a todas as AIHs objeto da lide.

Após receber o Aviso de Beneficiário Identificado - ABI, a operadora possui 15 dias para pagar ou impugnar⁵.

Não havendo impugnação, nem recolhimento do débito dentro do prazo, a operadora será inscrita no Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal (CADIN); e será encaminhado processo à Procuradoria Geral da ANS com vistas à inscrição dos valores na dívida ativa da Agência e posterior cobrança judicial.

Os valores devidos podem ser parcelados em até 60 vezes, por meio do Requerimento de Parcelamento de Débito (RPD), feito pelo sítio da ANS, a partir da constituição e da confissão da dívida.

A operadora deve apresentar à ANS o formulário padrão de confissão assinado pelo representante legal, além de documento que comprove o pagamento da primeira parcela.

Os processos de ressarcimento ao SUS são divididos em duas modalidades: físicos e eletrônicos:

Processos físicos de ressarcimento ao SUS são, regulados pela Resolução Normativa RN nº 253 de 05 de maio de 2011 e pela Instrução Normativa IN nº 47, da DIDES, de 05 de maio de 2011.

Processos eletrônicos de ressarcimento ao SUS estão previstos pela Resolução Normativa RN N° 185, de 30 de dezembro de 2008. As operadoras

4 Em linhas gerais, de acordo com essa decisão: 1. O artigo 32 da Lei n. 9.656/98 já teve a sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931. 2. A cobrança do ressarcimento devido ao SUS por despesas médicas que deveriam ter ocorrido às expensas dos planos de saúde possui nítido caráter indenizatório. 3. Não há nenhuma ilegalidade na Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP), tampouco enriquecimento ilícito do SUS, porquanto os valores nela fixados não representam qualquer violação aos limites mínimos e máximos trazidos pelo parágrafo 8º do artigo 32 da Lei n. 9.656/98.

5 Art. 12 Da decisão proferida pelo Diretor da DIDES caberá recurso à Diretoria Colegiada da ANS, como última instância administrativa, no prazo de dez dias contados da ciência da decisão.

de planos de saúde serão comunicadas pela ANS quando os processos eletrônicos estiverem em operação⁶.

A Resolução Normativa n. 253 de 05/05/2011, dispõe sobre o procedimento físico de ressarcimento ao SUS⁷, previsto no art. 32 da Lei n. 9.656/98, e estabelece normas sobre o repasse dos valores recolhidos a título de ressarcimento ao SUS.

Saliente-se que, um hospital particular que celebra contrato de prestação de serviços com o SUS deverá prestar assistência, integral e gratuita (será remunerado posteriormente pelo SUS) a todas as pessoas que lá efetuarem tratamento⁸.

O artigo 3º da RN 185/2008, trata do atendimento a ser ressarcido pela operadora de plano privado de assistência à saúde – OPS, consiste na utilização de serviços de atendimento à saúde por beneficiário em prestador público ou privado, conveniado ou contratado, integrante do SUS, **desde que cobertos pelo plano privado de assistência à saúde ao qual está vinculado o beneficiário, ainda que o prestador não integre a rede assistencial da OPS**⁹. (Grifou-se)

O ressarcimento é repassado diretamente aos gestores do SUS e, às vezes, às próprias entidades prestadoras do serviço de saúde (públicas ou privadas), consoante § 1º do art. 32 da LPS, segundo o qual:

§ 1º o ressarcimento a que se refere o caput será efetuado pelas operadoras à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, e ao SUS, mediante tabela de procedimentos a ser aprovada pela ANS.

§ 2º Para efetivação do ressarcimento, a ANS disponibilizará às operadoras a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor.

6 Disponível em <<http://www.ans.gov.br>> Acesso em 03 de março de 2013.

7 Art. 1º Esta Resolução estabelece normas acerca do procedimento administrativo de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS previsto no art. 32 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e repasse dos valores recolhidos a título de ressarcimento ao SUS, sem prejuízo da utilização do meio eletrônico e da transmissão eletrônica regulamentados por normas específicas.

8 De acordo com o **art. 2º da RN 185/2008**: Para fins desta Resolução, considera-se: **I - beneficiário**: consumidor de plano privado de assistência à saúde, titular ou dependente; **II - meio eletrônico**: qualquer forma de armazenamento ou tráfego de documentos e arquivos digitais; **III - transmissão eletrônica**: toda forma de comunicação à distância com a utilização de redes de comunicação, preferencialmente a rede mundial de computadores; e **IV - assinatura eletrônica**: na forma de assinatura digital, baseada em certificado digital emitido por Autoridade Certificadora credenciada na Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras, ICP-Brasil, nos termos da legislação em vigor. (Grifou-se).

9 De acordo com os parágrafos do artigo 3º da RN 185/2008: §1º Considera-se o atendimento a ser ressarcido ocorrido e seus efeitos existentes na data lançada no documento de autorização como de término do atendimento, ou, caso essa data não esteja explícita, no mês de competência do atendimento. §2º O serviço de atendimento à saúde, cuja continuidade demande a emissão de mais de um documento de autorização, produzirá, para os fins desta resolução, um atendimento para cada autorização emitida, o qual será reputado ocorrido e com efeitos a partir do último dia do período de atendimento lançado na autorização.

Diante disso, sempre que um beneficiário de plano privado de assistência à saúde for atendido pelo SUS, a operadora responsável por esse contrato deve ressarcir as despesas decorrentes da internação qualquer pessoa que tenha sido assistida por uma unidade integrante do SUS e que possua, de alguma forma, cobertura contratual de um plano de saúde para aquela patologia, deve estar identificada na ANS. E conforme já salientado, a identificação das pessoas atendidas pelo SUS e dos respectivos procedimentos aos quais foram submetidas deve ser disponibilizada para as operadoras.

Desse modo, o ressarcimento, é repassado diretamente aos gestores do SUS e, às vezes, às próprias entidades prestadoras do serviço de saúde (públicas ou privadas).

São pressupostos três pressupostos essenciais do ressarcimento ao SUS : a) o cadastro de beneficiários dos planos privados de assistência à saúde; b) a fixação dos valores a serem ressarcidos e; c) o desenvolvimento do sistema de informações e processamento.

Observa-se que o SUS não poderá receber menos do que paga aos hospitais e instituições conveniados e contratados.

Cabe ressaltar que os tratamentos prestados pelo SUS, que não constem do contrato privado, não são objeto do ressarcimento. Assim, se o plano oferece assistência médico-hospitalar, mas não cobre, por exemplo, tratamento de quimioterapia, caso a pessoa se dirija ao SUS para obtê-lo, o ressarcimento não é devido.

Outros são da opinião, que o problema não é a cobrança de acordo com a TUNEP, uma vez que o ressarcimento ao SUS se fundamenta no instituto do enriquecimento sem justa causa, ou seja, a operadora recebe as mensalidades dos clientes e não presta a assistência à saúde, logo, se enriquece sem justa causa. Simplesmente, se um cliente do plano de saúde usufrui os serviços públicos de saúde, a operadora se locupleta dos valores que teria gastado se tivesse prestado os serviços.

Por outro lado, pode-se questionar se há o empobrecimento do SUS, uma vez que os serviços públicos ficam cada vez mais lotados, comprometendo a assistência daqueles que mais precisam, e que não têm outra opção além dos serviços públicos de saúde. Assim, se o SUS já é precário, fica ainda mais comprometido quando pessoas que têm condições de usar os serviços privados, pelos quais já pagaram, usam os serviços públicos.

Ver-se-á, pois, que as opiniões apresentam-se diversas. Há aqueles que o criticam, alegando que o ressarcimento é um tributo, e como tal, só poderia ter sido instituído por Lei Complementar e não uma lei ordinária, como a Lei n. 9.656/98. Outros, no entanto, o defendem sob a premissa de que se trata de uma obrigação civil de reparar o dano causado ao SUS, ou seja, o ressarcimento teria seu fundamento na responsabilidade civil. E ainda, há uma terceira corrente, para a qual, não obstante a natureza civil, o ressarcimento não se fundamenta na responsabilidade civil, mas sim, no enriquecimento sem causa das operadoras.

Assim, para uma corrente, poder-se-ia afirmar que há prejuízo ao SUS porque o cliente de um plano de saúde tem a possibilidade de usufruir os serviços privados e ao utilizar os serviços públicos, que possui poucos recursos, compromete o atendimento daqueles que efetivamente precisam da assistência pública.

Por outro lado, para outra corrente, ao usar o SUS o indivíduo não está ofendendo nenhum direito, ao contrário, só está exercendo o direito público subjetivo à saúde que a Constituição lhe confere. Se o direito à saúde é um direito fundamental do indivíduo, o fato do indivíduo contratar serviços privados de assistência à saúde não caracteriza renúncia ao seu direito subjetivo público garantido constitucionalmente, motivo pelo qual o indivíduo pode dirigir-se ao SUS sempre que lhe aprouver. Destarte, a operadora não pode ser responsabilizada pelo simples fato do cidadão brasileiro estar exercendo seu direito.

Para outros, embora a utilização do SUS por clientes de planos de saúde cause prejuízos ao sistema público, não há um dano propriamente dito, pois a conduta do indivíduo não ofende nenhum direito juridicamente tutelado, ao contrário, denota o exercício de um direito constitucional.

Há ainda, uma outra justificativa, qual seja: para que haja obrigação de ressarcir é necessário o *nexo causal* entre a conduta e o dano. Porém, as operadoras de planos de saúde não teriam o dever de ressarcir o sistema público, pois não há nenhum vínculo entre a conduta da operadora, que coloca os seus serviços à disposição dos clientes, e o “dano” sofrido pelo SUS.

Será que o fato do indivíduo contratar serviços privados de assistência à saúde não caracteriza renúncia ao seu direito subjetivo público garantido constitucionalmente, uma vez que o indivíduo pode dirigir-se ao SUS sempre que lhe aprouver?

A operadora pode ser responsabilizada pelo simples fato do cidadão brasileiro estar exercendo seu direito?

E se o beneficiário que contratou um plano de saúde quiser ser atendido pela rede pública de saúde ao invés de utilizar o hospital particular credenciado ao plano?

E se a operadora se nega a prestar os serviços obrigando o beneficiário a se dirigir ao SUS?

Ora, se a operadora se nega a prestar os serviços obrigando o beneficiário a se dirigir ao SUS existe uma conduta ilícita da operadora, ou seja, a negativa em prestar os serviços contratados. Se houve descumprimento do contrato existe o nexo de causalidade entre a conduta da operadora e a utilização dos serviços públicos, até mesmo porque o beneficiário do plano de saúde só se dirigiu aos SUS porque não teve acesso ao serviço particular.

Porém, parte-se do pressuposto, de mesmo que o SUS tenha sofrido algum prejuízo, não existe ofensa a um direito tutelado, pois o indivíduo estaria no exercício do seu direito subjetivo público à saúde.

Esse seria o fundamento de que a cobrança não se fundamenta na responsabilidade civil.

E se o beneficiário preferiu optar pelo SUS e a operadora sequer teve conhecimento disso?

Uns afirmam que se a operadora não tem como prever tal situação e que se o beneficiário não teve que desembolsar nenhum valor para o SUS, que a operadora nada teria que pagar. Outros, porém afirmam, que se a operadora recebe as mensalidades e não prestou os serviços, pois o beneficiário utilizou o SUS, a mesma está se enriquecendo, *injustamente*, dos valores das mensalidades. Simples, o sistema público atende todos os indivíduos porque tem o dever de fazê-lo, e a operadora se locupleta dos valores que não gastou no tratamento de seu cliente.

Aqui tem-se a afirmação de que o ressarcimento não tem sua origem na Lei n. 9.656/98, uma vez que antes mesmo da edição desta norma, as operadoras já tinham a obrigação de restituir o Poder Público. A obrigação de ressarcir o SUS tem sua origem no enriquecimento sem causa das operadoras de planos de saúde. A Lei dos Planos de Saúde, simplesmente conferiu ao Estado um meio para obter essa restituição que, já lhe era devida.

Para a tese contrária: É flagrantemente inconstitucional a pretensão de que as operadoras de planos privados de assistência à saúde procedam ao ressarcimento, ao Sistema Único de Saúde - SUS, dos procedimentos realizados em entidades públicas e privadas, estas conveniadas ou contratadas pelo SUS, aos beneficiários inscritos nos planos privados de assistência à saúde ofertados pelas referidas operadoras¹⁰.

Resta claro que o Ressarcimento também não é um tributo, não é taxa, não é imposto, pois não se prende a uma atuação estatal e ainda não pode ser contribuição, mas tão somente uma indenização ao Poder Público. E não se tratando de nenhuma espécie de tributo, é de se concluir que tem o Ressarcimento ao SUS natureza jurídica de obrigação civil.

Desse modo, evidencia-se que a natureza do ressarcimento é meramente restitutória. O Ressarcimento ao SUS apenas evita que o sistema público deixe de receber mais investimentos em face da estrutura atual, pela qual o Estado realiza gastos que competiriam às operadoras de planos de saúde.

Para os que defendem que a natureza jurídica do ressarcimento é de restituição ao erário público: daquilo que o Estado despendeu e não seria encargo seu se a operadora de plano de saúde tivesse prestado o serviço para o qual teria sido contratada.

10 Para a **ABRANGE** (Associação Brasileira de Medicina de Grupo): “ressarcimento” significa “compensação” e o Estado pretende ver-se não só compensado, mais, ainda, obter lucro às custas de seu dever constitucional.

No mesmo sentido, defende Cláudia Lima Marques (1999, p. 61), salientando que o Ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS, exigido das operadoras, para custear os serviços prestados aos seus consumidores e dependentes, não é inconstitucional, pois objetiva, apenas, evitar o enriquecimento sem causa das mesmas.

Ademais, as mudanças que o SUS propõe são muitas e complexas; assim como os interesses que ele questiona, motivo pelo qual é um processo que estará sempre em constante aperfeiçoamento e adaptação.

4. A Criação de um Sistema de Compensação como Proposta de Solução

Os problemas do Sistema de Saúde Brasileiro são constatados diariamente pelas filas frequentes nos serviços de saúde, pela falta de leitos hospitalares para atender a demanda da população, pela escassez de recursos financeiros, materiais e humanos para manter os serviços de saúde operando com eficácia e eficiência, bem como denúncias de abusos cometidos pelos planos privados de saúde.

Um dos problemas de complexa solução na área da saúde complementar e da sua interface com o sistema público de saúde é a questão do ressarcimento, pelas operadoras de planos de saúde, das despesas efetuadas pelo SUS no atendimento a saúde dos beneficiários do sistema privado.

Dessa forma, o cenário atual é formado por um grande número de ações judiciais, estimando-se que já chegam a quase dez mil processos intentados pelas operadoras, perante a Justiça Federal, contra a ANS, que tramitam em suas diversas instâncias, visando isentá-las da obrigação desse ressarcimento ao SUS¹¹.

Há que salientar, que o ressarcimento é de natureza privada e não constitui receita da ANS. A ANS, por questão de praticidade assume sua cobrança, quando não pago voluntariamente, mas isso não altera sua destinação, uma vez que continuará sendo ressarcimento destinado à entidade prestadora do serviço. Sendo o débito de natureza indenizatória, a ele não se aplica, ainda que por analogia, a prescrição quinquenal adotada pelo Superior Tribunal de Justiça para a dívida ativa do Poder Público, quando originada de relação de direito público.

Quando a natureza do ressarcimento do art. 32 da Lei n. 9.656/98 constitui reparação para se evitar o enriquecimento sem causa em que incorreria a operadora de plano de saúde, em detrimento da unidade do SUS que prestasse o atendimento, a conclusão é no sentido de que o prazo prescricional para sua cobrança será de três anos.

Aquelas que tenham feito o pagamento dessa exigência poderão compensar os valores por elas pagos de eventuais débitos para com o fisco federal, ou ingressar com ação

¹¹ Disponível em <<http://www.ans.gov.br.html>>. Acesso em 26 fev. 2013.

de repetição de indébito para reaver o que pagou, devidamente corrigido, desde que não prescrito.

Os que defendem que a tese do ressarcimento é inconstitucional, afirmam que o SUS foi constituído para atender toda a população e, desse modo, os que têm um plano de saúde estão sendo discriminados. Defende-se o posicionamento de que qualquer pessoa pode ter acesso ao sistema público de saúde sem que ela, ou o seu plano de saúde tenha que arcar com os custos.

A Abramge (Associação Brasileira de Medicina de Grupo) ressalta a inconstitucionalidade face os artigos 196 e 199 da Constituição, na medida que a saúde é dever do estado e o ressarcimento acarretará um enriquecimento ilícito deste, bem como expressa a Constituição da República a não interferência na atividade empresarial privada, desde que livremente pactuada.

Outra questão complexa é o ressarcimento se caracterizar como um imposto. E, em consonância com a Constituição Federal, a instituição de um tributo somente pode ser feita por meio de uma Lei Complementar, não por simples lei ordinária, e sequer normatizado através de ato da agência reguladora. Instituto do ressarcimento ao SUS não tinha o caráter tributário.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), há muito vem declarando essa característica, pois, a “... **A natureza do ressarcimento ao SUS, ..., não é tributária, mas restitutória**, na medida em que permite que o sistema público receba de volta os valores que disponibilizou aos planos de saúde privados. Não possuindo o ressarcimento natureza tributária, não há falar em ofensa à Constituição Federal, nem ao Código Tributário Nacional.

Portanto, o ressarcimento ao SUS não se reveste de caráter tributário, em que pesem os argumentos das operadoras de planos de saúde de assim caracterizá-lo.

A tese das Unimed's é que o ressarcimento é um tributo, conforme definição do art. 3º do Código Tributário Nacional, possuindo natureza jurídica de taxa, entretanto, de forma desvinculada dos princípios constitucionais que regem o sistema tributário, alegando ainda que a base de cálculo (TUNEP) ofende o princípio da legalidade.

Sobre o tema, há pertinente lição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Neri:

As pretensões civis de ressarcimento do erário, que favorecem o Poder Público, sejam exercitáveis por ele próprio, pelo MP ou por qualquer outro co-legitimado à defesa dos direitos meta-individuais em juízo (v.g. ação civil pública, ação popular, ação de improbidade administrativa), **regem-se pelas regras ordinárias da prescrição previstas nas leis respectivas e, na sua falta, pelo CC. A leitura da parte final da norma**

comentada pode sugerir tratar-se de pretensão imprescritível. Todavia, os princípios da segurança jurídica e da proibição de excesso indicam a necessidade de haver prazo de extinção da pretensão do Estado para o ressarcimento do erário pelos danos causados por ato de improbidade administrativa, porquanto se trata de pretensão que se exerce mediante ação condenatória, a qual, por sua natureza, de acordo com o sistema do Direito, é sempre prescritível. O que o sistema jurídico admite como imprescritível são as pretensões que se exercem mediante ações constitutivas e declaratórias. Quando a CF quis dar o regime jurídico da imprescritibilidade a alguma situação jurídica, fez menção expressa a essa exceção em apenas duas ocasiões: CF, 5º, XLII E XLIV, que tratam como imprescritíveis os crimes de racismo e de grupo armado contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Como se trata de exceção, a imprescritibilidade dos crimes previstos na CF, 5º, XLII E XLIV não pode ser estendida para a pretensão de indenização deles decorrente. (NERY JÚNIOR; NERI, 2009, p. 359). (Grifou-se).

Portanto, o ressarcimento ao SUS é de índole indenizatória, competindo às operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde ressarcir, restituir, repor ao SUS as importâncias efetivamente despendidas no atendimento aos agravos de saúde dos seus beneficiários, nos limites de cobertura assistencial e condições previstos nos respectivos contratos dos planos e seguros.

Ora, convém salientar que operadoras de planos de saúde vieram para complementar o sistema de saúde pública, e não para substituí-lo.

Para as operadoras, não poderia o ressarcimento se revestir de obrigação de indenizar, regido pela responsabilidade civil porque, o ato do consumidor buscar atendimento ao SUS não constitui nenhum ilícito, nem da parte do consumidor e tão pouco da parte da operadora (que não tem mecanismos para evitar que o consumidor o faça). E por outro lado, considerando que o consumidor é cidadão, ele tem garantido o direito universal e gratuito à saúde, independente de ter plano privado de assistência à saúde¹². Se não há fato ilícito, não há que se falar em indenizar.

Além disso, deve-se ter em conta que a seguridade social será, nos termos do art. 195, *caput*, da Constituição Federal, financiada por “toda a sociedade”, No caso, ao estabelecer o ressarcimento ao SUS, os diplomas legais em comento querem impor, exclusivamente aos setores econômicos neles regulados, tal obrigação.

12 Neste sentido: Agravo de Instrumento n. 2001.02.01017774-7. 2 Turma Tribunal Regional Federal 2 Região. REl. Des. Antonio Cruz Neto. Publ. 18.09.03. Atendimento a associado de plano de saúde. Art. 32 da Lei n. 9.656 de 1998... **Tendo o direito constitucional de utilizar o SUS e o direito contratual de utilizar o plano privado de saúde, cabe ao usuário fazer a opção pelo prestador de serviço, sem que venha a ser onerado por utilizar o serviço público, que é gratuito.**

Os doutrinadores Bottesini e Machado consideram esse ressarcimento inconstitucional:

As empresas privadas não podem ser vistas como instituições complementares da ação estatal na saúde, e não estão posicionadas ao lado do Estado, nem obrigadas a substituir e suprir a inoperância do Poder público no desempenho do Dever constitucional¹³. (BOTTESINI; MACHADO, 2005, p. 154).

Ademais, convém ainda ressaltar que há que se buscar uma solução que proteja o cidadão no seu direito à saúde, ficando as operadoras de planos de saúde isentas do ressarcimento, responsabilizando o Estado no cumprimento de seu dever ordenado pela Constituição Federal. Ou ainda: que as operadoras de saúde também façam jus ao ressarcimento **pelo** SUS e não somente ao SUS.

Nota-se por vezes, que o ressarcimento tem caráter punitivo e não meramente indenizatório ou restitutivo.

Trata-se de uma obrigação pecuniária, pois o art. 32 refere-se expressamente ao pagamento dos serviços prestados pelo SUS. A obrigação também não constitui sanção por ato ilícito. O tributo se distingue da pena, porque esta tem como hipótese de incidência um ato ilícito, enquanto o tributo tem como hipótese de incidência sempre algo lícito. Ademais, o beneficiário de um plano de saúde tem o direito legítimo de utilizar o SUS, por isso não haveria como qualificar este ato como ilícito.

Saliente-se ainda, que se há exclusão de cobertura no contrato, não é devido o ressarcimento, uma vez que as operadoras não teriam a obrigação legal de efetuar tal atendimento.

Pode-se afirmar que é possível ressarcir, porém, nem todo e qualquer atendimento realizado pelo SUS deve ser ressarcido pelas operadoras. Entretanto, se a empresa privada se viu obrigada a efetuar o atendimento de forma gratuita, ela também faz jus ao pagamento. Para tanto, do mesmo modo que há cruzamento de dados quando o beneficiário é atendido pelo SUS, deve haver o cruzamento dos dados quando o mesmo for atendido pela empresa privada, bem como de um Estado para outro. Evidencia-se, que para implementar a Câmara de Compensação deve haver parcerias de todos os Estados na área da saúde.

13 No entendimento das operadoras, em quase a sua totalidade, essa exigência de ressarcimento é inconstitucional, por diversas razões, dentre elas as relativas aos artigos 196 (a saúde de direitos de todos e dever do Estado) e 199 (a assistência à saúde é livre à iniciativa privada), ambos da Constituição Federal, bem como os artigos 195, parágrafo 4º e 154, inciso I, da Carta Magna, que facultam a instituição de outras fontes destinadas ao financiamento da Seguridade Social, desde que seja através de Lei Complementar e que sejam esses tributos não cumulativos, e que não tenham fato gerador e base de cálculo próprios dos já discriminados na Constituição.

5. Conclusões

A saúde no Brasil é indubitavelmente um dos maiores desafios do século XXI, onde a saúde pública e a saúde privada travam incessantes batalhas, num emaranhado de relações jurídicas.

O direito à saúde, além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas, representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.

Se por um lado a assistência à saúde é um dever do Estado. Por outro, o Poder Público admite que as ações e serviços de saúde sejam prestados pela iniciativa privada. É o que se depreende do art. 199, “*caput*”, segundo o qual a assistência á saúde é livre à iniciativa privada.

Desse modo, ao mesmo tempo em que o Estado possui o dever de garantir saúde à população, o que o faz pelo Sistema Único de Saúde, a Constituição Federal reconhece à iniciativa privada a liberdade de desenvolver ações e serviços privados de saúde.

A saúde suplementar, não faz parte do SUS (Sistema Único de Saúde). Já a **Saúde complementar**, faz parte do SUS e está prevista no artigo 199, § 1º da Constituição da República, que reza que as instituições privadas *poderão* participar de forma complementar do SUS. Diz-se complementar porque essa participação das entidades privadas no SUS só ocorrerá quando o sistema público não possuir meios para suprir as necessidades da população. É por meio dessa previsão constitucional que o setor privado, destaque para o lucrativo, está autorizado a **complementar** as ações e serviços de saúde que fazem parte do SUS, que é a rede de ações e serviços públicos de saúde prevista no artigo 198 da Constituição da República. Quando atuam de forma **complementar** no SUS, as empresas privadas, dentre elas as com fins lucrativos, devem submeter-se ao princípios e diretrizes desse Sistema de Saúde e devem ser contratadas por meio de contrato de direito público (199, § 1º), o que não ocorre com as empresas privadas do setor **saúde suplementar**.

A utilização do SUS por beneficiários de plano de saúde não configura ilegalidade. Não é porque alguém contrata plano de saúde que deixa de ter o direito de utilizar o SUS. Afinal, os arts. 196 e 198 da Constituição Federal dispõem que a saúde “é direito de todos e dever do Estado” e, ao lado disso, “as ações e serviços públicos de saúde integram um sistema único” (o SUS). O que é complementar não exclui – pelo contrário –, completa, supre faltas. O que complementa, o que é acessório, não pode excluir o que é principal. Ou seja, não é porque alguém contrata um plano de saúde que deixa de ter reconhecido seu direito de usufruir o sistema único de saúde assegurado constitucionalmente.

Foram constatados diversos avanços, bem como inúmeros desafios a serem superados, porém, a luta pela efetivação do Direito à Saúde no Brasil ainda permanece, até mesmo porque o financiamento deste sistema ainda se mostra insuficiente em face de tamanha demanda, o que vem acarretando a ocorrência de uma série de omissões por

parte do Estado, que tem o dever constitucionalmente imposto de garantir esse direito fundamental a todos os cidadãos.

O direito à saúde tem especial destaque enquanto direito fundamental, porque visa efetivar a dignidade da pessoa humana, contemplando de forma direta o direito à vida. A Constituição Federal traz em seu bojo o asseguramento de tal direito a todos os cidadãos, sendo dever do poder público concretizá-lo, na busca do bem estar social.

O Sistema Único de Saúde foi criado em 1988, pela Constituição da República, porém ainda não representa o ideal desejado. Novas propostas surgiram na década de 90, dentre elas a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90, que implantou amplamente o Sistema Único de Saúde) e a regulamentação dos Planos de Saúde (Lei n. 9.656/98, que visou equilibrar as relações contratuais, configurando o marco legal da saúde suplementar no Brasil e disciplinou como se daria a forma do ressarcimento ao SUS).

O estudo sobre o ressarcimento entre os gestores públicos e privado da saúde, demonstrou que quando se trata de gerenciamento da saúde no Brasil, estabelece-se dois grandes blocos: o atendimento público e o atendimento privado. Apesar da obrigação das operadoras de prestar os serviços contratados, o Estado também tem o dever de prestar serviços de saúde de forma gratuita e universal.

Concluiu-se que o ressarcimento ao SUS fundamenta-se no instituto do enriquecimento sem causa. Desse modo, ocorrendo o enriquecimento sem justa causa, nasce para a operadora a obrigação de restituir esse valor ao SUS, bem como ao SUS restituir a operadora.

Cabe ao Estado a adoção dos programas preventivos, com uma nova visão de política pública única da saúde no Brasil, que inclua o SUS e os planos de saúde.

Analisaram-se os problemas que existem pela falta de compensação do SUS e pelo SUS, demonstrando os conflitos entre as operadoras de plano de saúde em relação ao ressarcimento ao SUS. A partir de tais conflitos, bem como de vasta análise jurisprudencial, demonstrada ao longo deste trabalho, concluiu-se que é possível ressarcir e propõe-se a criação de um sistema de compensação como proposta de solução.

Observou-se, que o Estado Brasileiro e a Constituição da República definem suas intencionalidades e seus princípios, materializados através do Sistema Único de Saúde, que se propõe universal, integral e equânime. Ao setor privado cabe organizar-se de forma complementar ao público. Por isso, o estudo de modelos assistenciais em saúde complementar não é desvinculado do entendimento global do funcionamento do SUS. A compreensão e a regulação da assistência à saúde devem considerar as experiências e modelagens produzidas no público, com o objetivo de compará-las e assim estabelecer novos conhecimentos.

Vive-se num momento em que a população vai às ruas para clamar por mais recursos públicos na saúde, clamando por políticas públicas adequadas, demonstrando que há, pois, um longo caminho a percorrer, visando um intenso e constante processo de melhoria de qualidade da saúde, com o constante aprimoramento do SUS, bem como a incansável busca da eficiência da ANS.

É preciso lutar contra a privatização e mercantilização da saúde. Faz-se necessário fortalecer e aprofundar o SUS, para torná-lo, além de método de gestão política e preventiva de saúde, reconstruindo o papel do Estado como prestador universal.

Contribuir para a prestação do serviço público de saúde, com vistas a torná-lo eficiente, também é tarefa do operador do Direito, consciente hoje de que o Direito é e sempre haverá de ser uma ciência social aplicada. A promoção da saúde é um processo de aperfeiçoamento social que se constrói e se modifica ao longo do tempo.

6. Referências

- ABOUD, A. Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: destruição, reconstrução ou assimilação? **Revista Jurídica Consulex**. Ano XXII. N. 267. Ano 2008.
- ACHOCHE, M. S. **A garantia constitucionalmente assegurada do direito à saúde e o cumprimento das decisões judiciais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2102, 3 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>> Acesso em: 24 jul. 2009.
- ACÚRCIO, F. de A. **Evolução das políticas de saúde no Brasil**. Disponível em <<http://www.farmacia.ufmg.br.htm>> Acesso em 19 de março 2013.
- ALENCAR, M. F. C. R. **O sistema jurídico: normas, regras, princípios**. Disponível <<http://www.jus.uol.com.br.htm>>. Acesso em 29 dez. 2012. p. 1-10.
- AMARAL JÚNIOR, A. do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo. In: BENJAMIM, A. H. de V.. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- ANS. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Cadernos de Informações da Saúde Suplementar**, agosto de 2010.
- APPIO, E. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARAGÃO, A. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARAGÃO, A. S. Regulação da economia: conceito e características contemporâneas. **Revista do Direito da Energia**. São Paulo, nº 2, p. 144-201, 2004.
- _____. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

- BAHIA, L. **Sistema único de saúde**. Disponível em <<http://www.epsjv.ficruz.br.htm>>. Acesso em 11 jan. 2013.
- BARBOSA, J. G. B. Agências reguladoras: a metamorfose do estado e da democracia (uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. N. 50. Ano 13. São Paulo : Revista do Tribunais. jan-mar 2005.
- BARROSO, L. R. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br.htm>> Acesso em 10 jan. 2013.
- BENSELER, G. E. *Griechisch-Deutsches Scul-Worterbuch*. Zehnte Auflage. Leipzig: B. G. Teubner, 1896.
- BIANQUIN, A. H. As políticas de saúde na América Latina a partir da década de 90: um comparativo entre os sistemas de saúde argentino e brasileiro. **Revista Sociais e Humanas**. Santa Maria, 2008, n. 0103-0629.
- BISOTO JR., G.; SILVA, P. L. de B; DAIN, S. (orgs.) **Regulação do setor saúde nas Américas**: as relações entre o público e o privado numa abordagem sistêmica. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2006.
- BOTTESINI, M. A.; MACHADO, M. C. **Lei dos planos e seguros de saúde**: comentada artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2008.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Regulação & Saúde**: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar. – Rio de Janeiro: ANS, 2002.
- CARVALHO, K.G. **Direito Constitucional**. 18. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- CRUZ, V. Estado e regulação: fundamentos teóricos. In: **Regulação e Agências Reguladoras. Governança e Análise de Impacto Regulatório**. Brasília: ANVISA, 2009.
- CUÉLLAR, L. **As agências reguladoras e seu poder normativo**. São Paulo: Dialética, 2002.
- CUNHA, J.P.P., CUNHA, R.E. Sistema Único de Saúde - SUS: princípios. In: CAMPOS, F.E., OLIVEIRA JÚNIOR, M., TONON, L.M. **Cadernos de Saúde**.

- Planejamento e Gestão em Saúde.** Belo Horizonte: COOPMED, 1998. Cap.2, p. 11-26.
- CUNHA, B. P. da. **Antecipação da tutela no Código de Defesa da Consumidor:** tutela individual e coletiva. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CUNHA, P. C. M. **Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil.** Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2003.
- DALLARI, D. de A. Da Fundamentação Natural da Lei à Conquista dos Direitos Fundamentais. In: MARSIGLIA, Regina Giffoni (org.). **Saúde Mental e Cidadania.** 2. ed. São Paulo: Mandacaru, 1987.
- DALLARI, S. G. Competência municipal em matéria de saúde. **Revista de Direito Público.** N. 92, São Paulo, 1989.
- _____. **Normas gerais sobre saúde:** cabimento e limitações. Disponível em: <www.saude.caop.mp.br>. Acesso em 16 de ago. 2013.
- DUTRA, P. A **fiscalização dos serviços públicos privatizados.** Rio de Janeiro: Gazeta Mercantil, 1998, p. A-3.
- ELIAS, P. E. Estado e saúde: os desafios do Brasil contemporâneo. **Revista São Paulo em Perspectiva.** vol.18 no.3 São Paulo July/Sept. 2004.
- FERNANDES NETO, A. J. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- FIGUEIREDO, M. F. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- GAMA, M. V. **Um estudo sobre a evolução da indústria de medicina suplementar no Brasil.** Dissertação de mestrado. Belo Horizonte: Ibmec, 2006.
- _____. **Metodologia da pesquisa.** Belo Horizonte: PUC Minas Virtual, 2007.
- GERSCHMAN, S. Políticas comparadas de saúde suplementar no contexto de sistemas públicos de saúde: União Europeia e Brasil. **Revista Ciência e saúde coletiva.** vol.13 no.5 Rio de Janeiro, Set./Out. 2008.
- GREGORY, M. S. **Planos de saúde:** a ótica da proteção do consumidor. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- LEAL, R. G. **A Efetivação do Direito à Saúde** – por uma jurisdição Serafim: limites e possibilidades. In Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos. v. 6. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2006.
- LIMA, G. M. Princípios e regras: uma distinção didática. Disponível em <http://www.direitosfundamentais.net.htm> Acesso em 31 de março 2011.

- LIMA, C. R. M. **Informação e regulação da assistência suplementar à saúde**. Rio de Janeiro: E-papers, 2005.
- LIMA, K. R. B.; SILVA, J. A.; PEREIRA, L. A. **Uma análise sobre a política pública de saúde no Brasil enfatizando o contexto neoliberal**. Disponível em: <<http://www.cchla.ufrn.br/cnpq.htm>>. Acesso em: 21 jun. 2013. p. 8.
- LIMA, R. S. de F. Direito à saúde e critérios de aplicação. In SARLET, I. W; TIMM, L. B (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e ‘reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- LIMBERGER, T.; GRISON, L. Políticas públicas de direito à saúde: a necessidade de critérios hermenêuticos para a intervenção judicial. **Revista Estudos Jurídicos**. ISSN Eletrônico 2175-0491, Santa Cruz do Sul: 2010.
- LIPPEL, A. G. **O direito à saúde na Constituição de 1988**: caracterização e efetividade. Disponível em: <<http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br.htm>> Acesso em: 07 dez 2006.
- MACERA, A. P.; SAINTIVE, M. B. **O mercado de saúde suplementar no Brasil**. Brasília: SEAE/MF, 2004.
- MALTA, D. C. **Saúde Suplementar e Modelos Assistenciais**. Disponível em: <<http://www.epsjv.fiocruz.br.htm>> Acesso em: 14 jan 2013.
- MARÇAL, A. C. Estatuto, função e usos do direito. In TAVARES, F. H. **Constituição, direito e processo**: princípios constitucionais do processo. Curitiba: Juruá, 2008.
- MARQUES, C. L.; LOPES, J. R. L.; PFEIFFER, R. A. C. (Coords.) **Saúde e responsabilidade**: seguros de planos de assistência privada à saúde. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MARTINS, T. P.; SAMPAIO JÚNIOR, R. B. Eficácia do direito fundamental à saúde nas relações jurídicas entre operadoras de planos de assistência à saúde e seus beneficiários. **Revista de Direito Faculdades Milton Campos**. Nova Lima. V. 20. P. 56-64. 2010.
- MARTINS. W. **Direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- MESSIAS, J. R. P. de. **A judicialização da saúde no Brasil e seus efeitos no setor de saúde suplementar**. 2010. 68 f. Monografia (Bacharel em Direito), Universidade de Fortaleza, UNIFOR, Fortaleza, 2010.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Regulação em saúde**. Coleção Progestores, Brasília: CONASS, 2007.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). **Regulação no setor de saúde: em direção aos seus fundamentos públicos**. Brasília: Secretaria da Assistência à Saúde, 2004.

- MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). **Controle, regulação e avaliação**. Brasília: Secretaria da Assistência à Saúde, 2002.
- MIRANDA, J. **Teoria do Estado e da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NERY JÚNIOR, N. Os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. N. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, set-dez 1992.
- NERY JUNIOR, N.; ANDRADE, R. M. N. de. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed., rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUNES, F. P. **Pluralismo jurídico e participação popular em saúde: do público ao privado**. Dissertação apresentada no curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, abril, 2011.
- In: **Os desafios para saúde coletiva no século XXI**. Salvador: EDUFBA, 2008.
- PAULA, N. de. **Teoria geral dos sistemas econômicos**. Paris: Fr., 1936.
- PINHO, C. A. **Agência Nacional de Saúde Suplementar: doutrina e pareceres**. Belo Horizonte: Legal, 2011.
- PINTO, A.; FREDES, C.; MARINHO, L. C. **Curso de economia**. 8. ed. Rio de Janeiro: Unilivros, 1980.
- POLIGNANO, M. V. **História das políticas de saúde no Brasil**. Disponível em: <<http://www.fag.edu.br.htm>> Acesso em: 29 dez. 2012.
- REIS, O. M. L. S. **O ressarcimento ao SUS pelas operadoras de planos de saúde: uma abordagem acerca do fundamento jurídico da cobrança**. Viçosa: UFV, 2008.
- RIANI, M. K. **Planos de saúde: a harmonização dos interesses na relação de consumo**. Dissertação apresentada ao curso de mestrado em Direito empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos. Nova Lima, 2010.
- SANTOS, L. **Saúde: conceito e as atribuições do Sistema Único de Saúde**. Junho de 2005. Disponível em <<http://www.mp.rs.gov.br.htm>> Acesso em 04 jan. 2013.
- SANTOS, A. J. dos. Direitos Do Consumidor. Revista do IAP. Curitiba, Instituto dos Advogados do Paraná, 1987. n. 10.
- SANTOS, F. P.; MERHY, E. E. **Public regulation of the health care system in Brazil - a review**. Interface -Comunic., Saúde, Educ., v.10, n.19, p.25-41, jan/jun 2006.
- SANTOS, F. P.; Malta, CARVALHO, D.; MERHY, E. E. A regulação na saúde suplementar: uma análise dos principais resultados alcançados. In: **A saúde suplementar e o modelo assistencial brasileiro: situação atual e perspectivas**. Ciência & Saúde Coletiva, vol. 13 número 5. Abrasco. set/out 2008.

- SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006-2007.
- SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. **Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988**. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br.htm>> . Acesso em 20 dez 2012.
- SCHULMAN, G. **Planos de saúde: saúde e contrato na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- SILVA, J., S. L da. **Planos de saúde e boa-fé objetiva: uma abordagem crítica sobre os reajustes abusivos**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- SILVA, R. V. **Ineficiência da ANS impulsiona reajustes abusivos**. Publicado em 07 de ago. 2013. Acesso em www.saudeweb.com.br Acesso em 18 ago. 2013.
- TESSLER, M. I. B. O direito à saúde: a saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. **Revista do Tribunal Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, nº40, p.80-81, 2001.