Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico

Número 6 – maio/junho/julho de 2006 – Salvador – Bahia – Brasil

A SAÚDE PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO E AS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

Profa. Lúcia Valle Figueiredo

Professora Titular de Direito Administrativo da PUC/São Paulo. Desembargadora aposentada do Tribunal Regional federal da 3ª Região. Consultora Jurídica em São Paulo.

Pretendemos estudar a natureza do ressarcimento ao Serviço Único de Saúde - SUS, a que se submetem (nos termos previstos no artigo 32 da Lei 9.656, de 1998) as Empresas Operadoras de Planos de Assistência à Saúde quando seus consumidores e respectivos dependentes utilizam instituições públicas ou privadas, contratadas ou conveniadas, integrantes do Sistema Único de Saúde.

Com essa finalidade devemos perquirir, porque são questões que vêm sendo colocadas, se há possibilidade de haver algum tributo disfarçado em ressarcimento e, também, se a Lei mencionada teria criado alguma obrigação.

Formulamos, para nosso desiderato, as seguintes indagações, objeto de questionamentos.

1. Qual é a natureza jurídica do ressarcimento ao Serviço Único de Saúde - SUS?

2. Afastando-se a hipótese da natureza tributária, pode ser criada obrigação pecuniária compulsória que não se enquadre no conceito do artigo 3º do Código Tributário Nacional?

3. A previsão constitucional contida no § 1º do artigo 198 da Constituição autorizaria expressamente o Poder Público a gerar outras fontes de financiamento do Sistema Único de Saúde - SUS, não previstas no rol do artigo 195 da Constituição?

4. O ressarcimento ao Serviço Único de Saúde - SUS viola as disposições insculpidas no artigo 196 da Constituição Federal?

5. Considerando que o ressarcimento ao Serviço Único de Saúde - SUS é uma obrigação *ex lege* estaria ligada à preocupação de não possibilitar enriquecimento sem causa das empresas operadoras dos planos de saúde?

6. A incidência da obrigatoriedade de ressarcimento ao Serviço Único de Saúde – SUS, quando atendidos consumidores de planos de saúde portadores de contratos celebrados anteriormente à edição da Lei nº 9.656/98[1], contraria o princípio da não retroatividade da lei, se tal obrigação apenas incidir em atendimentos posteriores à entrada em vigor da Lei?

I - REGIME CONSTITUCIONAL DA SAÚDE PÚBLICA

1. A resposta às indagações formuladas obriga necessário passeio pelo Texto Constitucional com finalidade de se verificar qual o regime jurídico dado à saúde pública.

O artigo 196 da Constituição da República (Título VIII, Da Ordem Social, Capítulo II, Seção II) assim dispõe:

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

A norma do artigo 196 de acesso à saúde é considerada norma programática, claro que não mais com o sentido dado outrora às normas programáticas, tal seja, de mera recomendação, mas como norma de eficácia limitada a necessitar de lei para gizar seus limites. São, na verdade, normas constitucionais de princípio programático.

José Afonso da Silva acerca das normas de princípio programático averba:

> *"40. Elas se localizam, como vimos, entre as de eficácia limitada. Nas edições anteriores desta monografia firmamos a tese da eficácia jurídica das normas programáticas; observamos que elas impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, e ditam comportamentos públicos em razão dos interesses a serem regulados; e, assim, sustentamos, contra a doutrina corrente, seu caráter imperativo e seu caráter vinculativo. Sobretudo, procuramos realçar seu importante papel na ordem jurídica e no regime político do País.*

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

Essa doutrina, que aqui reafirmamos, foi certamente um passo avançado na compreensão das disposições constitucionais programáticas". [2] *"(...)".*

"69. A caracterização das normas programáticas como princípios gerais informadores do regime político e de sua ordem jurídica dá-lhes importância fundamental, como orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico nacional. O significado disso consubstancia-se no reconhecimento de que têm elas uma eficácia interpretativa que ultrapassa, nesse ponto, a outras do sistema constitucional ou legal, porquanto apontam os fins sociais e as exigências do bem comum, que constituem vetores da aplicação da lei".

"(...)".

"71. Eis onde se descobre a grande relevância das normas programáticas. Constituem elas, como regras reveladoras das tendências sócio-culturais da comunidade, princípios básicos que, entre outros, informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordem jurídica positiva vigente. Ora, conjugada essa idéia com os fundamentos da interpretação indicados por Recaséns Siches, acima transcritos, vê-se que elas se manifestam exatamente como aqueles critérios hierárquicos de valor sobre os quais está fundada e pelos quais se inspira a ordem jurídica positiva, de que deve servir-se o juiz para resolver o caso submetido à sua jurisdição, como todo intérprete e aplicador do direito objetivo".

"(...)".[3]

E, ainda José Afonso da Silva em seu notável livro:

"85. Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes:

I – estabelecem um dever para o legislador ordinário;

II – condicionam a legislação futura, com a conseqüência de serem inconstitucionais as leis ou atos que a ferirem;

III – informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais, proteção dos valores da justiça social e revelação dos componentes do bem comum;

IV – constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas;

V – condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário;

---

[2] DA SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. Cap. IV, p. 139.

[3] *Ibidem,* p. 157.

VI – criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem (...)".[4]

2. Desde logo, todavia, deve-se dizer, concordando inteiramente com o autor citado[5], que toda norma ainda mesmo não dotada de eficácia completa, coarcta o legislador infraconstitucional, bem como o intérprete, que não poderão, quer um quer outro, agir em sentido contrário. E, além disso, e obviamente, determinam uma atitude positiva do legislador.

2.1. Todavia, isso não quer dizer que, pelo fato de ter o Estado o dever de prestar a todos assistência à saúde, a norma deva ser interpretada como se impossível fora, em qualquer circunstância, o repasse dos custos para quem tem o dever contratual de suportá-los.

De outra parte é preciso lembrar que a norma do artigo 196, por um lado, é norma de conduta, na medida em que obriga o Estado a executar todas as políticas condizentes para se desincumbir do dever, e, de outro, trata-se de princípio com a obrigatoriedade de informar as ações do Estado.

Recordemos que os princípios têm conteúdo imediatamente finalístico.

Humberto Ávila refere-se, em seu excelente livro[6], à possibilidade da coexistência das espécies normativas.

"2.4.1.4. Dissociação em alternativas inclusivas

A proposta aqui defendida diferencia-se das demais porque admite a coexistência das espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo. Um ou mais dispositivos podem funcionar como ponto de referência para a construção de regras, princípios e postulados. Ao invés de alternativas exclusivas entre as espécies normativas, de modo que a existência de uma espécie excluiria a existência das demais, propõe-se uma classificação que alberga alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa. Um ou vários dispositivos, ou mesmo a implicação lógica deles decorrente, pode experimentar uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalística (princípio) e/ou metódica (postulado)".

---

[4] *Ibidem*, p. 164.

[5] Idem. O autor citado, todavia, não entende que a norma do artigo 196 seja programática por considerar, desde logo, instituído o dever do Estado. Também entendemos que o dever do Estado foi constituído no sentido de que TODOS TÊM DIREITO À SAÚDE, sobretudo aqueles que não tenham meios econômicos para entabularem contratos com as operadoras de planos de saúde. Mas, isso não infirma a conclusão de que há necessidade de legislação infraconstitucional.

[6] *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 60-61.

"(...)".

"Analise-se o dispositivo constitucional segundo o qual todos devem ser tratados igualmente. É plausível aplicá-lo como regra, como princípio e como postulado. Como regra, porque proíbe a criação ou aumento de tributos que não sejam iguais para todos os contribuintes. Como princípio, porque estabelece como devida a realização do valor da igualdade. E como postulado, porque estabelece um dever jurídico de comparação (Gebot der Vergleichung) a ser seguido na interpretação e aplicação, preexcluindo critérios de diferenciação que não sejam aqueles previstos no próprio ordenamento jurídico".

3. Comecemos com a intelecção da norma, que estabelece direito social, considerado por muitos de terceira geração. A *saúde é direito de todos e dever do Estado*, portanto, há direito da sociedade como um todo e dever do Estado de *realizar políticas sociais e econômicas*, com a finalidade de reduzir e prevenir risco de doenças e outros agravos, e, ainda, com a obrigação de o Estado possibilitar acesso igualitário[7] e universal às ações e serviços de saúde.

3.1. Em conseqüência, a norma traça um programa ao Estado. De outra parte, o artigo 197 afirma serem as ações e serviços de saúde de relevância pública, *cabendo ao Poder Público, dispor,* ***nos termos da lei,*** *sobre sua* ***regulamentação, fiscalização e controle.***

Encontra-se, ainda, nessa norma assinalado que sua **execução deverá ser feita diretamente, ou por meio de terceiros, e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado**.

4. De conseguinte, verifica-se que a prestação dos serviços de saúde também pode ser executada por terceiros, pessoas privadas.

Depreende-se, pois, em plena consonância com os artigos 198 e 199 que os serviços de saúde têm regimes jurídicos diferenciados, tais sejam, público, se prestados pelo Estado, ou privado, se prestados por entidades particulares.

Certo é, entretanto, que se tais serviços forem prestados pela iniciativa privada sofrerão fiscalização do ente estatal competente e, também, regulamentação e controle do Estado, como se encontra disposto no artigo 198 da Constituição Federal.

---

[7] Obviamente, quem fala de igualdade está a se referir a igual tratamento àqueles que são realmente iguais. Portanto, utilizando-se o critério de *ponderação*, de *razoabilidade* e *proporcionalidade*.

4.1. As *ações* e *serviços públicos de saúde* integram o Sistema Único de Saúde – SUS e, nos termos do artigo 195 da Constituição Federal, devem ser financiados por toda sociedade.

A prestação pelo Estado dos serviços de saúde somente poderia ser remunerada, se tais serviços não fossem gratuitos, por taxa, dada sua natureza contraprestacional. Ou, ainda, por contribuições, se houvesse espaço constitucional para tanto.

De outra parte, os serviços de saúde, prestados pela iniciativa privada, são remunerados por preço. E, se prestados por meio de operadoras de planos de saúde, pessoa jurídica empresarial, contratos esses que se convencionou chamar de convênios ou contratos de seguro-saúde, são prestados por meio de mensalidades para tal fim.

Cabe, pois, verificar se pode haver contraprestação dos serviços prestados pelo Estado de natureza tributária ou se o ressarcimento feito ao Serviço Único de Saúde - SUS trata-se de outra figura jurídica, como, aliás, a própria palavra sugere.

II - SERVIÇO PÚBLICO E TAXA

5. Iniciemos, pois, com o exame da taxa, o tributo mais comum como contraprestação dos particulares ao Estado.

Como dissemos que, se os serviços forem públicos e pagos devem ser remunerados por taxa, convém relembrar alguns conceitos.

A taxa, nos termos da Constituição, artigo 145, inciso II, é decorrente de atuação estatal, quer seja a de colocar um serviço à disposição do contribuinte, que o utiliza ou não, serviço esse específico e divisível, ou, então, decorre da atividade fiscalizadora do Estado.

A Constituição da República de 1988, no capítulo referente ao Sistema Tributário Nacional, Título VI, Cap. I, nos Princípios Gerais, artigo 145, inciso II, define taxa:

> "Art. 145 - A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
>
> "(...)".
>
> "II- taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;" "(...)".

E, no seu § 2º, afirma.

> "§2º - As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos".

As taxas, pois – como, aliás, creio não haver tergiversação a respeito -, resultam ou de atividade fiscalizadora do Estado (chamada de "poder de polícia" na Constituição e no Código Tributário Nacional) ou de serviços públicos específicos e divisíveis (prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição). A ação fiscalizadora do Estado descende diretamente da Constituição com a possibilidade de cobrança de taxas, que não podem ter a mesma base de cálculo dos impostos.

O critério a perseguir, para a análise de quais sejam os serviços públicos ou privados, somente poderá ser o da competência constitucional.

Há, entretanto, serviços que **não podem ser públicos**, por expressa proibição constitucional. É o que se verifica do artigo 173 da Constituição Federal. São reservados à iniciativa privada, a quem compete à atividade econômica.

Existem, ainda, serviços que devem ser estimulados pelo Estado, hipótese do artigo 199 (embora a assistência à saúde seja livre à iniciativa privada, nos termos dos artigos anteriores 196 e 197, deve ser fiscalizada e regulamentada pelo Estado), 205 e 209 do texto constitucional.

Deveras, o Estado, se não houver proibição constitucional deverá possibilitar à iniciativa privada a prestação de serviços, que tenham possibilidade de lucro, pois, o lucro é da essência da atividade desenvolvida pelas empresas privadas.

Evidentemente, de acordo com o tipo de prestação de serviço, aplicar-se-á um ou outro regime jurídico. Fica claro, pois, a gama variada de possibilidades diferentes para implementação dos serviços.

A lição de Paulo de Barros Carvalho[8] sobre as taxas leva em conta exatamente o que dissemos. Averba o autor:

> *"Taxas são tributos que se caracterizam por apresentarem, na hipótese da norma, a descrição de um fato revelador de uma atividade estatal, direta e especificadamente dirigida ao contribuinte. Nisso diferem dos impostos, e a análise de suas bases de cálculo deverá exibir, forçosamente, a medida da intensidade da participação do Estado. Acaso o legislador mencione a existência de taxa, mas eleja base de cálculo mensuradora de fato estranho a qualquer atividade do Poder Público, então a espécie tributária será outra, naturalmente um imposto".*
>
> E acerca do "poder de polícia", pontua:
>
> *"(...)".*
>
> *"Considera-se poder de polícia, como dispõe o art. 78 do Código Tributário Nacional, a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou*

[8] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, pp. 38-40.

abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. E o parágrafo único agrega ser regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente, nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder" (itálicos do autor).

III - A POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DE OUTRO TRIBUTO QUE NÃO TAXA

6. Não podendo ser taxa quer o ressarcimento ao Serviço Único de Saúde – SUS, quer o pagamento direto aos hospitais contratados ou conveniados, deveremos verificar se, em face de nosso Texto Constitucional, poderia ser qualquer outra espécie de tributo.

Em conseqüência, devemos trazer a contexto a advertência de Alfredo Augusto Becker abaixo transcrita, que o Direito Tributário deve ser visto como direito de sobreposição, portanto, em correlação direta com as situações fáticas que possam ser erigidas como hipóteses de incidência, para deixar suficientemente claro ser defeso ao legislador erigir situações não adequadas às hipóteses de incidência descritas na Constituição.

*"**Não existe um legislador tributário distinto e contraponível a um legislador civil ou comercial.** Os vários ramos do direito não constituem compartimentos estanques, mas são partes de um único sistema jurídico, de modo que qualquer regra jurídica exprimirá sempre uma única regra (conceito ou categoria ou instituto jurídico) válida para a totalidade daquele único sistema jurídico. Esta interessante fenomenologia jurídica recebeu a denominação de cânone hermenêutico da totalidade do sistema jurídico (...) (grifamos).*

Da fenomenologia jurídica acima indicada decorre o seguinte: uma definição, qualquer que seja a lei que a tenha enunciado, deve valer para todo o direito, salvo se o legislador expressamente limitou, estendeu ou alterou aquela definição ou excluiu sua aplicação num determinado setor de direito; mas para que tal alteração ou limitação ou exclusão aconteça é indispensável a existência de regra jurídica que tenha disciplinado tal limitação, extensão, alteração ou exclusão. Portanto, quando o legislador tributário fala de venda, de mútuo, de empreitada, de locação, de sociedade, de comunhão, de incorporação, de comerciante, de empréstimo, etc., deve-se aceitar que tais expressões têm dentro do Direito Tributário o mesmo significado que possuem no outro ramo do direito, onde originalmente entraram no mundo jurídico. Lá, por ocasião de sua entrada no mundo jurídico, é que houve uma deformação ou transfiguração de uma

realidade pré-jurídica (exemplo: conceito de Economia Política; instituto da Ciência das Finanças Públicas)"[9].

6.1. Essas lições confirmam a assertiva no sentido de que o Direito Tributário é de sobreposição. Ou, em outro falar, o figurino jurídico como estabelecido, como criado por outros ramos jurídicos, deve ser respeitado.

7. Assim, o regular exercício das competências impositivas, constitucionalmente outorgadas às pessoas políticas de direito público interno, deve obediência *aos contornos da relação jurídica estabelecida.*

É dizer, se estivermos diante de um contrato entre o particular e as Operadoras de Planos de Saúde, verificaremos a situação a partir desse prisma.

8. E esta questão torna-se ainda mais relevante quando se observa que a Constituição discriminou as competências impositivas a partir da descrição das materialidades das respectivas hipóteses de incidência, tendo, inclusive, para tanto, se utilizado de conceitos do direito privado, como já enfatizado. E, nesse caso específico, ora examinado, trata-se de perquirir qual seja o sentido de prestações de serviço, que, como acentuado, podem ser públicas ou privadas. E, somente as públicas poderiam ser cobradas por meio de taxas.

9. No sentido do já averbado acerca do respeito aos institutos como criados, dispõe o Código Tributário Nacional:

> "Art. 110 - A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias".

10. As relações jurídicas estabelecidas pelos particulares, por força dos negócios jurídicos inerentes ao exercício de suas atividades, celebrados de acordo com as normas de direito privado aplicável, não podem ser desconsideradas pela legislação tributária, para efeito de incrementar a arrecadação do Estado. Tal não atenderia ao interesse público primário, como erigido pela Lei das leis.

---

[8] In *Teoria Geral do Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, pp. 122-123.

Em outras palavras, o legítimo exercício da competência tributária exige a observância da relação jurídica estabelecida entre os particulares. As normas de direito tributário instituem a exação que pretende alcançá-la, mas que tem como limite seus próprios contornos (dela, relação jurídica originariamente instaurada).

Nesses casos, a relação jurídica estabelecida entre os particulares antecede o próprio exercício da competência impositiva fixada pela Constituição. É conseqüência lógica da rígida e exaustiva discriminação dessa competência, que só pode ser legitimamente exercida se levada a cabo nos estritos parâmetros determinados pelo texto constitucional, atendidos os contornos das normas jurídicas de direito privado aplicável.

11. Fato é que, se por um lado o legislador infraconstitucional pode indicar negócios particulares como suporte fático (Pontes de Miranda)[10] necessário à incidência da norma tributária, não pode, por outro lado, insistimos, transfigurar a relação jurídica subjacente a tais negócios particulares, com o fito específico de incrementar a arrecadação tributária.

12. Alberto Xavier[11], depois de estudar as várias correntes sobre o *princípio da legalidade* no direito tributário, grafou com a precisão de sempre:

"(...)".

"a) Tipologia taxativa

"(...)". Ora, de entre as várias modalidades possíveis de tipologia – a exemplificativa, a taxativa e a delimitativa – a tipologia tributária é inegavelmente *taxativa*. A regra *nullum tributum sine lege* alude, deste modo, não só à origem normativa dos tributos, como também ao princípio do ***numerus clausus* em matéria de impostos**" (grifamos).

"(...)".

"O fato tributário é necessariamente um *fato típico*: e para que revista esta natureza é indispensável que ele se ajuste, **em todos os seus elementos, ao tipo abstrato descrito na lei**.

A tipicidade do fato tributário pressupõe, por conseguinte, uma descrição rigorosa dos seus elementos constitutivos, cuja integral verificação é indispensável para a produção dos efeitos. **Basta a não verificação de**

[9]MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Parte Geral. Tomo I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1983, p.19.

[10] XAVIER, Alberto. *Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978, pp. 86-87.

um deles para que não haja, pela ausência de tipicidade, lugar à tributação. O fato tributário, com ser fato típico, só existe como tal, desde que na realidade se verifiquem todos os pressupostos legalmente previstos que, por esta nova óptica, se convertem em elementos ou aspectos do próprio fato (grifos nossos).

b) Proibição da analogia

Sendo, pois, o Direito Tributário todo modelado pelo princípio da taxatividade ou do *numerus clausus*, ficam os órgãos de aplicação do direito – mormente o fisco – fortemente cerceados na sua conduta."

Luciano Amaro[12], de seu turno, afirma:

"Em suma, a legalidade tributária não se conforma com a mera autorização de lei para cobrança de tributos; requer-se que a própria lei defina **todos os aspectos pertinentes ao fato gerador**; **necessários à quantificação do tributo devido em cada situação concreta** que venha a espelhar a situação hipotética descrita na lei" (destaque do autor). "(...)".

"Isso leva a uma outra expressão da legalidade dos tributos, que é o *princípio da tipicidade tributária*, dirigido ao legislador e ao aplicador da lei. Deve o *legislador*, ao formular a lei, definir de **modo *taxativo (numerus clausus)*** e ***completo***, as **situações (tipos) tributáveis**, cuja ocorrência será *necessária* e *suficiente* ao nascimento da obrigação tributária, bem como os critérios de quantificação (medida) do tributo. Por outro lado, **ao *aplicador da lei* veda-se a interpretação extensiva e a analogia**, incompatíveis com a taxatividade e determinação dos tipos tributários" (grifamos).

No Direito Tributário veda-se a analogia, a interpretação ampliativa, exatamente para que os valores **certeza e segurança**, tão caros ao ordenamento jurídico, se cumpram.

Portanto, não há qualquer possibilidade de surgir um tributo para as Empresas Operadoras de Planos de Saúde em face da relação contratual que mantém com seus beneficiários.

O ***ressarcimento*** devido ao Estado não é taxa, como verificamos inicialmente, não é imposto, que mede necessariamente a capacidade contributiva, não se prende a uma atuação estatal e, ainda, não pode ser contribuição, estas expressamente previstas, de maneira taxativa no texto constitucional.

[12] AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 110-111.

IV - O CONTRATO COM AS EMPRESAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

13. O contrato mantido com as empresas operadoras de planos de saúde é assemelhado ao contrato de seguro, e, até mesmo, já foi assim rotulado anteriormente. Trata-se de contrato, sem sombra de qualquer dúvida.

Dizia Orlando Gomes que se emprega a palavra "contrato" em sentido amplo e restrito. No primeiro sentido é todo acordo de vontades formador de negócio jurídico. Em sentido estrito é o acordo de vontades com função específica de criar obrigação patrimonial.

E dizia que se deve reservar o termo apenas "para designar o negócio bilateral, cujo efeito pretendido pelas partes seja a criação de vínculo obrigacional de conteúdo patrimonial".[13]

14. O artigo 757 do Código Civil Brasileiro trata do contrato de seguro, *a espécie mais próxima daqueles contratos travados por essas empresas de planos de saúde e as pessoas que de tais planos necessitam.*

> "Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados".

Firmado o contrato para viger de certa data em diante, está aquele, que assume os ônus e risco desse tipo de contrato, constituído em obrigação.

14.1. Com relação às obrigações do contratado segurador, o mesmo Código Civil, em seu artigo 776 dispõe o seguinte:

> "Art. 776. O segurador é obrigado a pagar em dinheiro o prejuízo resultante do risco assumido, salvo se convencionada a reposição da coisa".

Observe-se que, nos termos da legislação civil, *o contrato de seguro, o mais similar aos contratos mantidos pelas Operadoras de Planos de Assistência à Saúde*, tem por finalidade assegurar a recomposição patrimonial — ressarcimento — do contratante em razão de prejuízos resultantes de riscos futuros, que são assumidos pela contratada, em contraprestação ao recebimento das mensalidades.

Clóvis Beviláqua, em comentário ao Código Civil, averbava:

> *"A definição legal do contracto (sic) de seguro é satisfatória. O fim desse contracto (sic) é proporcionar ao segurado indenização pelos prejuízos provenientes do sinistro sofrido. Para esse efeito associam-se o segurado*

[12] GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, p. 16.

e segurador. O primeiro contribui com seus prêmios, e o segundo indenizar-lhe-á os prejuízos resultantes dos riscos previstos no contracto"[14] *(sic).*

De seu turno, Orlando Gomes[15] averbava:

"Pelo ***contrato de seguro****, uma empresa especializada obriga-se para com uma pessoa, mediante a retribuição por esta prometida a lhe pagar certa quantia, se ocorrer o risco previsto.*

As ***partes*** *no* ***contrato*** *de seguro chamam-se* ***segurador*** *e* ***segurado****. Ao segurador compete pagar a quantia estipulada para a hipótese de ocorrer o* ***risco previsto*** *no contrato. Ao* ***segurado*** *assiste o direito de recebê-la, se cumprida a sua obrigação de pagar a contribuição prometida, que se denomina* ***prêmio****.*

A noção de ***seguro*** *pressupõe a de* ***risco****, isto é, fato de estar o indivíduo exposto à eventualidade de uma dano à sua pessoa, ou ao seu patrimônio, motivado pelo acaso. Verifica-se quando o dano potencial se converte em dano efetivo. Quando o evento que produz o dano é infeliz, chama-se sinistro. Assim, o incêndio. Tal evento é* ***aleatório****, mas o perigo de que se verifique sempre existe. Por isso se diz, com toda procedência, que o contrato de seguro implica* ***transferência de risco****, valendo, portanto, ainda que o sinistro não se verifique, como se dá, aliás, às mais das vezes" (destaque do autor).*

15. E sobre a natureza indenizatória do contrato de seguro, aduziu:

"Verificado o evento a que está condicionada a execução da obrigação do segurador, presta ele a ***indenização****, se o dano atingir o patrimônio do segurado (...)"*[16] *(destaque do autor).*

Classificava o mesmo autor a esse tipo de contrato como consensual, oneroso, bilateral e de adesão.

16. O contrato de que cogitamos entre as Operadoras de Planos de Assistência à Saúde e aqueles contratantes, aderentes a tais planos, é formal, representado por uma apólice ou por outro instrumento contratual, pouco importa. É mister que o instrumento traga claramente o prazo de início de vigência e os limites de cobertura.

---

[14] *In Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, comentado por Clóvis Beviláqua. Editora Rio, 1958, p. 561.

[15] *In Contratos*, 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 463.

[16] *Ibidem.*

É contrato de adesão, como classificado pelo ilustre Orlando Gomes, posto que as cláusulas são unilateralmente impostas pela operadora dentro das possibilidades legais de direito privado e em face da Lei 9.656 de 1998, por força exatamente do artigo 197 do Texto Constitucional.

É aleatório porque o evento danoso pode jamais ocorrer.

Obviamente se é contrato oneroso e se alguém, na hipótese, o Estado, vai fazer às vezes dessa Contratada, cobrindo o risco que lhe competia, se não houvesse ressarcimento, tratar-se-ia evidentemente de enriquecimento sem causa jurídica para essa contratada.

Deveras, se alguém tem a obrigação de ressarcir ou de prestar atendimento às pessoas contratadas, na medida em que outrem cumpre tal obrigação, enriquece-se sem causa.

16.1. Na verdade, enriquecimento sem causa jurídica é exatamente isso.

Conforme definição dada pela Professora Maria Helena Diniz[17] é "Ganho não proveniente de causa justa. Aumento do patrimônio de alguém sem justa causa, ou sem qualquer fundamento jurídico, em detrimento do de outrem. É aquele que gera o locupletamento à custa alheia, justificando a ação de *in rem verso".*

17. A disciplina desses contratos, enquanto considerados como contratos de seguro, encontrava-se inteiramente nos Códigos Civil e Comercial, respectivamente nos artigos já citados quanto ao primeiro e nos artigos 184, 651, 666 e 760 do Código Comercial.

17.1. Todavia, com o advento da Lei 9.656/98 também devem se submeter às cláusulas obrigatórias nela arroladas.

Observe-se que esse tipo de contrato possui regime jurídico próprio com regras peculiares, disciplinadoras e delimitadoras do exercício dessa atividade, diferenciando-se radicalmente de outros contratos e/ou institutos do direito civil, como a prestação de serviços, cuja relação jurídica estabelecida entre as partes sujeita-se a normas absolutamente diversas, que não se confundem e nem se identificam com aquelas aplicáveis ao contrato de que cogitamos.

18. Porém, como já averbamos, os contratos celebrados pelas Operadoras de Planos de Assistência à Saúde sofrem influxo direto da normatividade

[17] *Dicionário Jurídico.* V. 2. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 337.

estabelecida pela Lei 9.656/98, em função do artigo 197 da Constituição da República.

Há, por óbvio, autêntica relação obrigacional entre a Operadora do Plano de Saúde contratada e o particular, que procura ter garantida sua assistência médica.

Obrigação é o vínculo jurídico que une quem deve prestar alguma coisa ou dar algo e aquele que deve receber a prestação ou a coisa.

J. M. Carvalho Santos[18] sintetiza o conteúdo jurídico da obrigação da seguinte forma:

> *"(...)".*
>
> *"Dois são os sujeitos da obrigação: o ativo e o passivo.*
>
> *Sujeito ativo é aquêle (sic) que tem o direito de exigir o cumprimento da obrigação; denomina-se credor.*
>
> *Sujeito passivo é aquele que está obrigado a cumprir a obrigação; denomina-se devedor.*
>
> *Não há obrigação sem ambos esses sujeitos. O ativo, aliás, é essencial em qualquer direito, porque, em última análise, não há direito sem sujeito. O passivo, também, na obrigação, é essencial, porque, tendo esta por objeto uma prestação, necessariamente alguém há de executá-la, não se concebendo uma prestação sem uma pessoa que se obrigue a cumpri-la".*

19. Deveras, a prestadora de serviços não é a empresa, mas, sim, seus hospitais conveniados, ou, então, os de livre escolha do contratante.

O objeto dos contratos, mantidos, via de regra pelas empresas de planos de saúde, normalmente consiste nas seguintes obrigações por parte da contratada: (1) **reembolso de despesas médicas** (despesas com honorários e serviços médicos) e de (2) **despesas hospitalares,** incorridas pelo contratante ou seus dependentes, em decorrência de doença, acidente pessoal ou necessidade de atendimento obstétrico, inclusive com liberdade de escolha dos médicos e estabelecimentos médico-hospitalares a serem utilizados.

19.1. Prevêem esses contratos, ainda, a denominada relação de prestadores de serviços médico-hospitalares das mais variadas especialidades (médicos, hospitais, laboratórios, clínicas, prontos-socorros, etc.), que são colocados — esses serviços — à disposição dos contratantes, de acordo com o

[18] *Código Civil Brasileiro Interpretado*. V XI. 12 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., pp. 10-11.

plano escolhido, o tipo de acomodação e o coeficiente de reembolso definido no respectivo contrato.

Na hipótese de o usuário do plano valer-se dos serviços médico-hospitalares integrantes da relação fornecida pela contratada, o respectivo pagamento deverá ser efetuado diretamente pela Empresa ao prestador dos serviços. Nesse caso, então, o segurado não recebe reembolso (justamente porque as despesas são pagas, diretamente, pela Empresa, por conta e ordem do contratante).

20. Atualmente, a Lei 9.656, de 03/06/1998, que dispôs sobre Planos de Assistência Médica à Saúde, em seus artigos 10 a 18, trata especificamente das condições obrigatórias dos contratos.

Interessante notar e sublinhar que a Lei 9.656/98, com as alterações introduzidas pelas várias Medidas Provisórias, assinalando-se a de nº 2.177-44, têm inúmeras disposições com a finalidade de coarctar, a nosso entender com suporte constitucional, possam agir as "Operadoras de Planos" como pessoas privadas sem qualquer fiscalização, ou, então, com um mínimo de fiscalização.

E isso exatamente porque os serviços relativos à saúde são considerados de relevância pública (artigo 197 da Constituição da República).

Feitas essas considerações passamos às conclusões.

1. A quantia paga ao Serviço Único de Saúde - SUS ou diretamente aos hospitais contratados ou conveniados do SUS, nos termos do artigo 32 da Lei 9.656/98, pelas Operadoras de Planos de Assistência à Saúde é *ressarcimento pelos serviços prestados ao detentor do contrato*.

1.1. Se não fora assim, haveria *enriquecimento sem causa* das empresas privadas, que já receberam dos contratantes do plano segundo os termos contratuais e de acordo com os cálculos atuariais, previamente feitos pelas próprias contratadas.

No item IV abordamos os contratos mantidos com as Operadoras de Planos de Assistência à Saúde, ocasião em que dissertamos sobre suas peculiaridades (itens 13 a 20).

2. Não pode o *ressarcimento* ter natureza tributária. Somente poderia caso se enquadrasse no conceito de taxa, instrumento tributário mais viável por se tratar de serviço prestado. Todavia, não há qualquer similitude com a figura jurídica da taxa, como vimos especificamente no item II deste estudo.

2.1. Também não pode se tratar de contribuição, pois, estas estão expressamente arroladas na Constituição, que tem sistema constitucional absolutamente fechado. Nem de imposto se trata, por não corresponder a quaisquer das materialidades de hipóteses de incidência previstas constitucionalmente (Item III deste estudo).

Trata-se, pura e simplesmente, de *ressarcimento,* indenização ao Poder Público.

3. A obrigação de ressarcimento foi disciplinada pela Lei 9.656/98, que se presume constitucional até que seja declarada sua inconstitucionalidade, o que não se nos afigura que possa ocorrer com relação à questão examinada. Todas as normas emanadas do poder competente presumem-se constitucionais até que sejam declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal[19].

4. A obrigação pecuniária, na verdade, não foi criada, segundo pensamos, propriamente dentro da possibilidade jurídica do artigo 198, § 1º da Constituição, mas, apenas, foi disciplinada pela Lei 9.656/98 a forma pela qual seria feito o ressarcimento na hipótese de o Estado, diretamente ou por meio de seus hospitais contratados ou conveniados, fazer o atendimento médico-hospitalar, já coberto e pago pelos contratantes dos Planos de Assistência à Saúde.

Portanto, é obrigação “ex lege”.

4.1. Não se trata, repita-se, consoante entendemos, da previsão constante no § 1º do artigo 198 *de outras fontes de financiamento* do Sistema Único de Saúde - SUS. Encarta-se o ressarcimento diretamente dentro da obrigação assumida pelas Operadoras de Planos de Assistência à Saúde com seus contratados e, entretanto, implementada pelo Estado, que teria feito às vezes da Contratada (a Operadora).

Se assim não fora, estaríamos diante de *enriquecimento sem causa* jurídica para ditas pessoas privadas de fins lucrativos.

Note-se, todavia, que o próprio Texto Constitucional prevê que o serviço de assistência à saúde possa ser privado (artigo 199).

5. O ressarcimento ao Serviço Único de Saúde - SUS não viola o § 4º do artigo 195 da Constituição que remete ao artigo 154, inciso I, posto que não se trata de tributo.

6. O artigo 196 da Constituição traça um programa para o Estado, programa esse que deverá ser implementado de várias maneiras, sobretudo, por “políticas públicas que visem à redução de doenças e de outros agravos” e visem atendimento universal.

Ainda, enfatize-se: não se trata de ser recusado o atendimento pelo Estado, ou por quem lhe esteja fazendo às vezes (os hospitais contratados ou conveniados), mas, sim, de se ressarcir quando cumpre obrigação alheia. E, isso,

---

[19] Acentue-se, contudo, que, no julgamento da medida cautelar na ADIN de nº 1931-MC/DF, proferida em 21.08.2003 foi indeferido o pedido referente a esse artigo 32 que ora se cogita. Informação obtida no Supremo Tribunal Federal.

Disponível em: <http//www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=58910&tip=UN>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2004.

exatamente, para que possa melhor cumprir suas funções relativamente àqueles que não têm qualquer outra possibilidade.

De outra parte o artigo 197 considerou como de relevância pública as ações e serviços de saúde, como já foi remarcado, cabendo ao Estado legislar e ao Poder Público dispor, nos termos da legislação, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.

Demais disso, os serviços de saúde podem ser executados diretamente ou por meio de terceiros, pessoas privadas. A assistência à saúde, enfatize-se, é livre à iniciativa privada.

7. A obrigação de ressarcir decorre imediatamente da Lei 9.656/98, porém, mediatamente, estaria referida ao Texto Constitucional, que, ao liberar tais serviços á iniciativa privada (artigo 199) não permitiu auxílios ou subvenções às entidades privadas (artigo 199, § 2º).

7.1. Não há realmente causa jurídica para que as entidades privadas recebam as quantias referentes aos planos de saúde, não prestem o serviço e o Estado tenha dispêndios, que irão diretamente beneficiar essas empresas, conforme tratamos no tópico 16.1.

8. O Poder Público estaria indiretamente aumentando o lucro das pessoas jurídicas operadoras de Planos de Assistência à Saúde, se prestasse serviços aos contratantes de ditos planos sem nada cobrar às empresas.

8.1. Tal procedimento representaria, consoante se nos afigura, auxílio, de maneira indireta, a instituições privadas com fins lucrativos em afronta inclusive ao *princípio da igualdade* relativamente às demais instituições privadas exploradoras dos serviços de saúde nos termos do artigo 199 da Constituição Federal.

9. A lei que incide imediatamente não é retroativa se não atingir situações já constituídas ou atos jurídicos perfeitos, tais sejam, atendimentos médicos anteriores à Lei. Em conseqüência, se os procedimentos passaram a ser cobrados apenas para os atendimentos posteriores à Lei, não há empeço constitucional no que tange à irretroatividade da lei e ao ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição).

Este trabalho compôs livro em homenagem ao Prof. Oliveira Franco Sobrinho.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A Saúde Pública na Constituição e as Operadoras de Planos de Saúde. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível