

UNIVERSIDADE SANTA CECÍLIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA SAÚDE:
DIMENSÕES INDIVIDUAIS E COLETIVAS

RODRIGO TRISOGLINO NAZARETH

**AS CONSEQUÊNCIAS DA UTILIZAÇÃO DE UM PROCEDIMENTO DE SAÚDE NA
REDE PÚBLICA POR UM ASSISTIDO OU SEGURADO DA REDE PRIVADA**

SANTOS/SP

2021

RODRIGO TRISOGLINO NAZARETH

**AS CONSEQUÊNCIAS DA UTILIZAÇÃO DE UM PROCEDIMENTO DE SAÚDE NA
REDE PÚBLICA POR UM ASSISTIDO OU SEGURADO DA REDE PRIVADA**

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília como parte dos requisitos para obtenção de título de mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, sob orientação da Prof. Dr. Marcelo Lamy.

SANTOS/SP

2021

Autorizo a reprodução parcial ou total deste trabalho, por qualquer que seja o processo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos.

Nazareth, Rodrigo Trisoglino.

As consequências da utilização de um procedimento de saúde na rede pública por um assistido ou segurado da rede privada / Rodrigo Trisoglino Nazareth.

-- 2021.

105f

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Lamy

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Santa Cecília, Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde, Santos, SP, 2021.

1. Procedimento de saúde. 2. Ressarcimento ao SUS. 3. Assistidos. 4. Consequências. I. Lamy, Marcelo, orient. II. As consequências da utilização de um procedimento de saúde na rede pública por um assistido ou segurado da rede privada.

Elaborada pelo SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas - Unisanta

RODRIGO TRISOGLINO NAZARETH

***“AS CONSEQUÊNCIAS DA UTILIZAÇÃO DE UM PROCEDIMENTO DE SAÚDE
NA REDE PÚBLICA POR UM ASSISTIDO OU SEGURADO DA REDE PRIVADA”***

Dissertação apresentada à Universidade Santa Cecília, como parte dos requisitos para obtenção do título de mestre em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas.

Aprovado com média _____

Santos, 31 de agosto de 2021.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Marcelo Lamy (orientador)

Universidade Santa Cecília

Prof.^a Dra. Verônica Scriptore Freire e Almeida

Universidade Santa Cecília

Prof.^a Dra. Ana Carla Vasco de Toledo

(convidado)

Dedico o presente trabalho à minha mãe, que me gerou, me educou e me amou, sempre e incondicionalmente. À minha esposa, pelo amor que superou a distância e se frutificou. Ao meu filho, que me ensinou o sentido da vida. Ao meu pai, avó e meu tio “in memoriam”: amor eterno.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Marcelo Lamy, por todo conhecimento, entusiasmo e confiança. Uma honra e privilégio!

Agradeço ao meu sócio, Paulo Lascani Yered, por seu esse profissional brilhante, amigo de tantos anos e de todas as horas.

Agradeço aos meus colegas advogados do Departamento Jurídico da Santa Casa de Santos, com os quais trabalhei, pela experiência.

Agradeço à Universidade Santa Cecília, aos amigos que fiz e a todos os funcionários e membros de corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde.

Agradeço, por fim, pelo apoio dado pela Agência de Fomento CAPES durante o desenvolvimento deste estudo. O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) – Código de Financiamento 001.

*“Ciência é o conhecimento das conseqüências,
e da dependência de um fato em relação a outro.”*

(Thomas Hobbes)

RESUMO

A presente obra trata sobre “consequências”, primárias e secundárias, da utilização de um procedimento de saúde junto à rede pública por um assistido da rede privada, desenvolvendo-se daí todo o trabalho. A consequência primária é conhecida e positivada através da obrigação legal do ressarcimento aos cofres públicos (artigo 32 Lei 9656/98). Obteve a constitucionalidade reconhecida pelo STF em 2018, nos autos da ADI 1931-8, com julgado alçado à sistemática da repercussão geral (RE nº 597.064), firmando a Tese de Repercussão Geral nº 345. Porém, outras consequências do mesmo fato são relevantes e ultrapassam a figura linear Estado-Operadora para assumir uma feição triangular mais ampla e atual, representada por Estado-Operadora-Consumidor, afinal, este último é diretamente envolvido neste mecanismo, advindo daí a problemática jurídica, social e econômica. No primeiro bloco, discorre-se sobre a obrigação legal, procedimento, o papel da ANS e a constitucionalidade do ressarcimento ao SUS. Já no segundo, verificaremos, sob o viés teórico, o impacto econômico-financeiro do ressarcimento, considerações gerais sobre o mercado de saúde e suas falhas, a responsabilidade social dos atores privados, o intervencionismo do Estado e a teoria das externalidades. No último bloco analisaremos as consequências secundárias da utilização do serviço sob óticas diversas: a iniciar pelas operadoras, com hipóteses variáveis de justas causas visando tornar o débito inexigível; passando pelo Estado, com suas ferramentas de cobrança, deficiências de controle e dados obtidos pela agência reguladora ao longo dos últimos dez anos, ambos na busca de seus próprios equilíbrios; finalmente, até chegar nos consumidores e o impacto que isto representa. Quanto ao método, trata-se de estudo descritivo com base nas normas, jurisprudência e dados oficiais referentes ao ressarcimento fornecidos pela ANS no período de 2010 a 2020. As conclusões apontam que o mesmo fato apresenta múltiplas consequências devido às relações jurídicas distintas. De um lado, a relação contratual entre assistidos e operadoras, a interpretação favorável e a aplicação do Código de Defesa do Consumidor; de outro, a obrigação legal entre as operadoras e o Estado, o impacto sobre o mercado e o custo social. Em meio a isto, o Poder Judiciário tenta dar respostas a um sistema desequilibrado: um sistema de saúde em que o SUS necessita do setor de assistência suplementar para sobreviver e vice-versa, e cujo índice de efetivo pagamento do ressarcimento, abaixo de 50% ao final da última década, ainda é insatisfatório. Embora tenha apresentado resultados promissores nos últimos anos - através do aperfeiçoamento normativo e do uso de ferramentas tecnológicas -, sob o ponto de vista da recuperação pelo Estado de seus gastos, o modelo do ressarcimento ainda está longe de alcançar a eficiência que dele se espera, a fim de que não se torne um “jogo de empurra” do assistido entre as redes pública e privada, mas sim, um importante instrumento de regulação para todo setor de saúde.

Palavras-chave: Procedimento de saúde. Ressarcimento ao SUS. Assistidos. Consequências.

ABSTRACT

This work deals with "consequences", primary and secondary, of the use of a health procedure with the public network by an assisted private network, developing all the work. The primary consequence is known and positive through the legal obligation of reimbursement to public coffers (Article 32 Law 9656/98). Obtained the constitutionality recognized by the Supreme Court in 2018, in the file of ADI 1931-8, with judgment raised to the systematics of general repercussion (RE n°. 597,064), establishing the Thesis of General Repercussion n° 345. However, other consequences of the same fact are relevant and go beyond the linear figure Of the Operating State to assume a broader and current triangular feature, represented by the State-Operator-Consumer, after all, the latter is directly involved in this mechanism, resulting from the legal, social and economic problems. In the first block, there is a question about the legal obligation, procedure, the role of the ANS and the constitutionality of reimbursement to the SUS. In the second part we will verify, under the theoretical point of view, the economic-financial impact of reimbursement, general considerations about the health market and its failures, the social responsibility of private actors, state interventionism and the theory of externalities. In the last block, we will analyze the secondary consequences of using the service from various perspectives: starting by operators, with variable hypotheses of just causes in order to make the debit unenforceable; passing through the State, with its collection tools, control deficiencies and data obtained by the regulatory agency over the last ten years, both in search of their own balances; finally, until it reaches consumers and the impact it represents. As for the method, this is a descriptive study based on the rules, jurisprudence and official data regarding reimbursement provided by the ANS in the period from 2010 to 2020. The conclusions indicate that the same fact has multiple consequences due to different legal relationships. On the one hand, the contractual relationship between assisted and operators, the favorable interpretation and the application of the Consumer Protection Code; on the other hand, the legal obligation between operators and the State, the impact on the market and the social cost. In the midst of this, the judiciary tries to respond to an unbalanced system: a health system in which the SUS needs the supplementary care sector to survive and vice versa, and whose rate of effective payment of reimbursement, below 50% at the end of the last decade, is still unsatisfactory. Although it has shown promising results in recent years - through the normative improvement and the use of technological tools - from the point of view of the state's recovery of its expenditures, the compensation model is still far from achieving the efficiency expected of it, so that it does not become a "push game" of the assisted between public and private networks, but rather an important regulatory instrument for the entire health sector.

Keywords: Health procedure. Reimbursement to SUS. Assisted. Consequences.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Como funciona o ressarcimento ao SUS?.....	21
Figura 2 – Períodos de Carências	43
Figura 3 – Pagamento do Ressarcimento ao SUS por ano de lançamento de ABI (em milhões).....	70
Figura 4 – Encaminhamento para Inscrição em Dívida Ativa (2015 a 2019).....	70
Figura 5 – atendimentos identificados no âmbito do Ressarcimento ao SUS e valores em reais, no Brasil, por ano de ocorrência no SUS.....	71
Figura 6 – atendimentos cobrados com GRU emitida no âmbito do Ressarcimento ao SUS e valores em reais, no Brasil, por ano de ocorrência no SUS	71
Figura 7 – Distribuição dos valores de atendimentos identificados segundo status no Processo de Ressarcimento ao SUS	72
Figura 8 – Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil - 2010 a 2020).....	73
Figura 9 – Operadoras com beneficiários (Brasil - 20010 a 2020)	73
Figura 10 – Receita de contraprestações das operadoras (em Reais, Brasil - 2011 a 2020)	74

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABI	-	Aviso de Beneficiário Identificado
ABRAMGE	-	Associação Brasileira de Planos de Saúde
ADI	-	Ação Direta de Inconstitucionalidade
AgRg.	-	Agravo Regimental
AGU	-	Advocacia Geral da União
AIH	-	Autorização de Internação Hospitalar
ANS	-	Agência Nacional de Saúde Suplementar
APAC	-	Autorização de Procedimento Ambulatorial
APS	-	Atenção Primária à Saúde
CADIN	-	Cadastro Informativo de Créditos não quitados do Setor Público Federal
CC	-	Código Civil
CDC	-	Código de Defesa do Consumidor
CF	-	Constituição Federal
CONSU	-	Conselho de Saúde Suplementar
CPC	-	Código de Processo Civil
DATASUS	-	Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde
DIDES	-	Diretoria de Desenvolvimento Setorial
DIOPS	-	Documento de Informações Periódicas das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde
DJU	-	Diário da Justiça da União
FNS	-	Fundo Nacional de Saúde
GRU	-	Guia de Recolhimento à União
GSUS	-	Gestão da Assistência de Saúde do SUS
IDEC	-	Instituto de Defesa do Consumidor
IVR	-	Índice de Valorização do Ressarcimento
OMS	-	Organização Mundial da Saúde
PEONA	-	Provisão para eventos ocorridos e não avisados
PERSUS	-	Protocolo Eletrônico de Ressarcimento ao SUS
PESL	-	Provisão de Eventos/Sinistros a Liquidar
PESL SUS	-	Provisão de Eventos/Sinistros a Liquidar referentes ao SUS
RDC	-	Resolução da Diretoria Colegiada

RE	-	Recurso Extraordinário
REsp	-	Recurso Especial
RN	-	Resolução Normativa
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
SUS	-	Sistema Único de Saúde
TUNEP	-	Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos
UBS	-	Unidade Básica de Saúde
UPA	-	Unidade de Pronto Atendimento
TCFR	-	Taxa de Controle e Fiscalização sobre o Ressarcimento ao SUS

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 DA OBRIGAÇÃO LEGAL DO RESSARCIMENTO AO SUS	18
1.1 DE COMO OCORRE O RESSARCIMENTO AO SUS	19
1.2 DAS RAZÕES QUE LEVARAM A SUA CRIAÇÃO	22
1.3 DO PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS	25
1.4 DA CONSTITUCIONALIDADE DO RESSARCIMENTO	26
2 O IMPACTO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO RESSARCIMENTO	30
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O MERCADO DE SAÚDE E SUAS FALHAS	31
2.2 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DOS ATORES PRIVADOS	33
2.3 O INTERVENCIÓNISMO DO ESTADO E A TEORIA DAS EXTERNALIDADES	35
3 AS CONSEQUÊNCIAS PARA OPERADORAS, ESTADO E O CONSUMIDOR	38
3.1 CONSEQUÊNCIAS PARA AS OPERADORAS	39
3.1.1 Procedimento não coberto pelo contrato e usuários inadimplentes	40
3.1.2. Carência e área de abrangência	43
3.1.3 A cobertura duplicada e o direito de escolha	47
3.1.4 Da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos – TUNEP e do Índice de Valorização do Ressarcimento – IVR	49
3.1.5 Outras modalidades de Planos	53
3.1.6 Da prescrição	55
3.1.7 Ônus probatório	58
3.2 CONSEQUÊNCIAS PARA O ESTADO	59
3.2.1 Ferramentas em defesa do ressarcimento	60
3.2.2 As deficiências do controle pelos entes e a inadimplência	65
3.2.3 Os impactos sobre do mercado de assistência médica	67
3.2.4 Do custo social	74
3.2.5 Os projetos legislativos que visam modificar o ressarcimento	77
3.3 CONSEQUÊNCIAS PARA O CONSUMIDOR	79
3.3.1 Responsabilidade contratual <i>versus</i> obrigação legal	80
3.3.2 O Mutualismo e o cálculo atuarial	83
3.3.3. O reembolso dos usuários junto à rede privada	86
3.3.4 Da recente interpretação do artigo 32 pelo STJ. <i>Distinguish</i>	89
CONCLUSÕES	92
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98

INTRODUÇÃO

O presente estudo propõe, já no seu título, a descrição da situação-problema, qual seja, *“a utilização de um procedimento de saúde na rede pública por um assistido ou segurado da rede privada”*. Posto o fato, passaremos a analisar inicialmente a norma prevista no artigo 32 da Lei 9.656 de 03 de junho de 1998, que estabelece o chamado ressarcimento ao SUS (Sistema Único de Saúde), para daí então entender *“as consequências”*, primárias e secundárias, observando não só a relação jurídica decorrente da lei entre o Estado e as Operadoras de Planos de Saúde, como sua interface na relação jurídica com seus assistidos, desenvolvendo-se daí todo o trabalho.

O ressarcimento ao SUS, consequência primária, mostra-se como um conjunto de atos destinados à recuperação dos custos decorrentes de atendimentos ambulatoriais e internações hospitalares ocorridas nas unidades vinculadas ao SUS, quando da sua utilização por beneficiários de planos privados de assistência à saúde.

Assentada a constitucionalidade do ressarcimento pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1931, bem como por intermédio de julgado alçado à sistemática da repercussão geral (RE nº 597.064), firmando a Tese de Repercussão Geral nº 345, reconheceu-se que o objetivo da norma é o de evitar o enriquecimento ilícito das empresas privadas operadoras de planos e seguros de saúde que captam recursos de seus consumidores sem prestar adequadamente os serviços contratados.

Contudo, ainda que a norma tenha uma relação obrigacional definida entre o Estado e empresas do setor de Saúde Suplementar, há uma relação jurídica que ultrapassa a figura linear Estado-Operadora para assumir uma feição triangular mais ampla, representada por Estado-Operadora-Consumidor, que pode gerar um nítido efeito dominó recaído, sobre este último, consequências indiretas do ressarcimento que instigam estudos e maior aprofundamento.

Desde a edição da Lei 9656/98, face à necessidade de organização imediata daquilo que estava previsto em lei foram editadas diversas normas que eram atualizadas com muita frequência, o que acabou causando uma produção normativa incessante (porém, necessária) para o período. Ao longo do tempo, essa produção legislativa foi se estabilizando de modo que as normas que atualmente regem o

ressarcimento estão em vigor desde 2014, notadamente, com a edição da Resolução Normativa (RN) 358/14. Desde então, há um período de maior estabilidade e segurança jurídica, deixando mais claro aos atuantes em Saúde Suplementar quais são as regras em que este instrumento se rege e é regido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Dividido em três grandes blocos, no primeiro bloco o presente trabalho discorrerá sobre a obrigação legal que as operadoras e seguradoras possuem em ressarcir o SUS, sobre como ocorre esse ressarcimento ao SUS, as razões que levaram à sua criação, o papel da ANS e a constitucionalidade do ressarcimento e o julgamento da ADI 1.931-8.

Já no segundo bloco, partindo para um viés um pouco mais teórico, verificaremos o impacto econômico-financeiro do ressarcimento, considerações gerais sobre o mercado de saúde e suas falhas; a responsabilidade social dos atores privados, o intervencionismo do Estado e a teoria das externalidades. Para entender o problema descrito desde o título do trabalho, será necessário abrir passagem pelas consequências da norma sobre o mercado e os atores nele envolvidos (Estado, Operadoras e Assistidos), correlacionando o direito positivado com a atividade econômica e a necessidade de harmonização dos interesses das partes.

Por fim, no terceiro bloco abordaremos as consequências secundárias do ressarcimento, ou seja, o conjunto de elementos cujo alcance nos permite elencar a interação desse sistema. Analisaremos as contas do ressarcimento sob hipóteses distintas, tanto sob o ponto de vista das Operadoras, do Estado, como do próprio Assistido. Afinal, essa conta está sendo paga? Quem está pagando essa conta? Quem deveria pagá-la?

Sob a perspectiva das operadoras, analisaremos as matérias enfrentadas - judicial e administrativamente - perante a ANS, visando a não incidência da norma ao fato: as principais causas de impugnação, carências, exclusão de cobertura, abrangência geográfica, direito de escolha, prescrição e o ônus probatório.

Já sob a perspectiva do Estado, elencaremos as ferramentas em defesa do ressarcimento, as deficiências do controle e a inadimplência, os impactos sobre o mercado de assistência médica, o custo social e os projetos de lei que visam alterá-lo.

Por fim, sob a perspectiva do consumidor, convidaremos o leitor a distinguir a obrigação contratual da obrigação legal - que diferem reembolso de ressarcimento - ,

a aplicação dos princípios do mutualismo e o cálculo atuarial quanto à possibilidade de aumento das mensalidades face aos gastos do ressarcimento; o reembolso dos usuários junto à rede privada, bem como a recente interpretação do artigo 32 dada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Afinal, se a operadora de Plano de Saúde é obrigada a ressarcir o SUS na hipótese de tratamento em hospital público, pode o próprio beneficiário, que se utiliza dos serviços do hospital privado e não faz parte da sua rede credenciada, reivindicar o seu próprio ressarcimento?

Analisaremos se há ou não um contrassenso nas normas e se o ressarcimento ao SUS por parte das Operadoras acarreta prejuízos ao destinatário final dos serviços. A razão disto é uma aparente dicotomia: se o SUS não cobra das Operadoras o que gastou com um beneficiário de Plano de Saúde, as despesas com saúde de um modo geral tendem a aumentar e, por consequência, os impostos (necessidade de maiores receitas); se cobra, as Operadoras têm seus custos elevados, o que acarreta na tendência de maiores reajustes, com vistas ao equilíbrio atuarial.

Ao cabo, descrevem-se projetos legislativos que buscam modificar o SUS, quer seja de alteração do art. 32 da Lei 9656/98 como também de outras legislações pertinentes, como a própria Lei 8.080/90, que regula as ações e serviços de saúde, no âmbito das pessoas jurídicas de direito público ou privado, visando integralizar melhor o sistema normativo.

Quanto à metodologia, trata-se de uma investigação de natureza descritiva e propositiva, pois visa explicitar as razões dos posicionamentos das Operadoras, Estado e Consumidores visando apresentar a solução mais razoável segundo interpretação sistemática dada pela doutrina e jurisprudência. Para a coleta, utiliza-se da pesquisa bibliográfica e documental. Para análise, fez-se a verificação da compatibilidade do conteúdo do discurso com o estatuído no sistema normativo positivo, desenvolvido em duas etapas: a primeira, de revisão da literatura e compreensão do tema; a segunda, de análise quantitativa dos dados oficiais fornecidos pela ANS no período de 2010 a 2020.

O presente trabalho tem como objetivo realizar uma pesquisa através do ordenamento jurídico, organização, funcionamento, desempenho operacional e efetividade do ressarcimento ao SUS, sem interferência do pesquisador, através do uso de técnicas padronizadas de coleta de dados - observação sistemática - acerca de perspectivas diversas, mapeando os argumentos de ambas, mensurando o peso ou prevalência fática de uma sobre a outra.

Justifica-se o presente trabalho não apenas pelo exame dos fundamentos de constitucionalidade, mas pela relevância e transcendência da norma com relação aos reflexos gerais nas relações jurídicas, econômicas e sociais. A Saúde Suplementar, com a responsabilidade sobre a vida de 47 milhões de brasileiros, é um pilar do setor da saúde, restando claro que a rede pública não teria condições de suprir a demanda de atendimentos assistenciais, caso não existisse o setor privado. Em termos gerais, o SUS necessita do setor de assistência suplementar para sobreviver, porém, não adianta pensar que “eles se resolvem”: é necessário buscar a efetividade e o equilíbrio no mecanismo do ressarcimento a fim de saber se, de fato, funciona ou não, especialmente para o Assistido.

1 DA OBRIGAÇÃO LEGAL DO RESSARCIMENTO AO SUS

A consequência primária da situação-problema, descrita no título do presente trabalho, é a obrigação legal do ressarcimento.

O instituto do ressarcimento ao SUS é um conjunto de atos destinados à recuperação dos custos decorrentes de internações hospitalares ocorridas nos hospitais vinculados ao Sistema Único de Saúde, quando da utilização deste último, por beneficiários de planos privados de assistência à saúde.

Conforme se pode extrair de sua própria nomenclatura, o ressarcimento permite que o SUS receba de volta os valores despendidos com internações de pessoas que deveriam ter sido atendidas na rede hospitalar privada, em virtude de previsão contratual (operadora <-> beneficiário/consumidor), mas que acabaram sendo atendidas por entidades vinculadas à rede pública de saúde.

Para melhor compreensão, válida a transcrição do preceito legal disciplinado pelo artigo 32 da Lei 9.656 de 03 de junho de 1998. Assim vejamos:

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. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

§ 1º O ressarcimento será efetuado pelas operadoras ao SUS com base em regra de valoração aprovada e divulgada pela ANS, mediante crédito ao Fundo Nacional de Saúde - FNS. (Redação dada pela Lei nº 12.469, de 2011);

§ 2º Para a efetivação do ressarcimento, a ANS disponibilizará às operadoras a discriminação dos procedimentos realizados para cada consumidor. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001);

§ 3º A operadora efetuará o ressarcimento até o 15º (décimo quinto) dia da data de recebimento da notificação de cobrança feita pela ANS. (Redação dada pela Lei nº 12.469, de 2011);

§ 4º O ressarcimento não efetuado no prazo previsto no § 3º será cobrado com os seguintes acréscimos: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - juros de mora contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de um por cento ao mês ou fração; (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - multa de mora de dez por cento (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 5º Os valores não recolhidos no prazo previsto no § 3º serão inscritos em dívida ativa da ANS, a qual compete a cobrança judicial dos respectivos créditos. (Vide Medida Provisória nº 1.665, de 1998) (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001);

§ 6º O produto da arrecadação dos juros e da multa de mora será revertido ao Fundo Nacional de Saúde. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001);

§ 7º A ANS disciplinará o processo de glosa ou impugnação dos procedimentos encaminhados, conforme previsto no § 2º deste artigo, cabendo-lhe, inclusive, estabelecer procedimentos para cobrança dos valores a serem ressarcidos. (Redação dada pela Lei nº 12.469, de 2011);

§ 8º Os valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001);

§ 9º Os valores a que se referem os §§ 3º e 6º deste artigo não serão computados para fins de aplicação dos recursos mínimos nas ações e serviços públicos de saúde nos termos da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 12.469, de 2011). (BRASIL, 1998, m/d)

Portanto, o ressarcimento ao SUS foi legalmente previsto, sobretudo, diante da realidade diagnosticada por ocasião das discussões que culminaram com o advento da Lei nº 9.656/98. Com efeito, verificou-se que, muitas vezes, as empresas de Planos de Saúde oferecem ao consumidor “ampla cobertura” mas deixam de assegurá-la efetivamente, obrigando-o, sem outra saída, a se encaminhar à rede pública de saúde, circunstância notada principalmente com relação aos procedimentos médico-hospitalares mais dispendiosos, afinal, cobertos pelo Estado. Era preciso combater essa prática.

Diante de tal circunstância, a Lei 9.656/98 criou o ressarcimento ora examinado, reservando à ANS a competência para cobrar os respeitantes valores e promover o respectivo disciplinamento, através da edição de normas regulamentares específicas.

1.1 DE COMO OCORRE O RESSARCIMENTO AO SUS

Os procedimentos eletrônico e físico relativos ao ressarcimento ao SUS são disciplinados pelas RN nº 185, de 30 de dezembro de 2008, RN nº 253, de 5 de maio de 2011 e RN N° 358, de 27 de novembro de 2014.

Primeiramente, são identificados os beneficiários de Planos de Saúde atendidos pelo SUS. Esta identificação é resultado do cruzamento dos dados relativos aos atendimentos realizados pelo SUS com as informações cadastrais das operadoras de planos privados de assistência à saúde, constantes do banco de dados da ANS. Melhor explicando: todas as operadoras têm o dever legal de enviar à ANS seu cadastro de beneficiários (art. 20 da Lei nº 9656, de 1998), onde consta o nome e outras informações sobre os usuários. Estes dados são cruzados com as autorizações para internação hospitalar (AIH), que identificam o nome da pessoa

atendida em uma instituição vinculada ao SUS. Do cruzamento destas informações é que nasce o aviso dos beneficiários identificados (ABI), ou seja, que foram atendidos pelo SUS.

Identificados os beneficiários que foram atendidos no SUS, são disponibilizadas para as operadoras as seguintes informações: o código de identificação do beneficiário, descrição do procedimento a ser ressarcido, data do atendimento, nome da unidade prestadora do ressarcido, data do atendimento, nome da unidade prestadora do atendimento, município onde foi realizado e gestor responsável pelo processamento do ressarcimento. Desta forma, ficam as operadoras cientes de todos os detalhes referentes ao atendimento de seus beneficiários pelo SUS, para que, caso entendam indevida a cobrança, possam ser apresentadas as glosas ou impugnações. Essas informações, como veremos no próximo item, ficam à disposição das operadoras no site da ANS na internet (www.ans.gov.br), podendo ser acessadas apenas a partir de uma senha exclusiva que a operadora recebeu da Agência.

Caso a operadora entenda que existe alguma incorreção na identificação dos beneficiários e/ou no atendimento realizado, poderá apresentar impugnação de caráter técnico ou administrativo, no prazo de trinta dias, junto à Gerência Geral de Integração com SUS- GGSUS/DIDES, acompanhada de comprovação documental.

Na hipótese de impugnação, caberá ao Diretor da Diretoria de Desenvolvimento Setorial (DIDES) examiná-la e decidir sobre a sua procedência ou não.

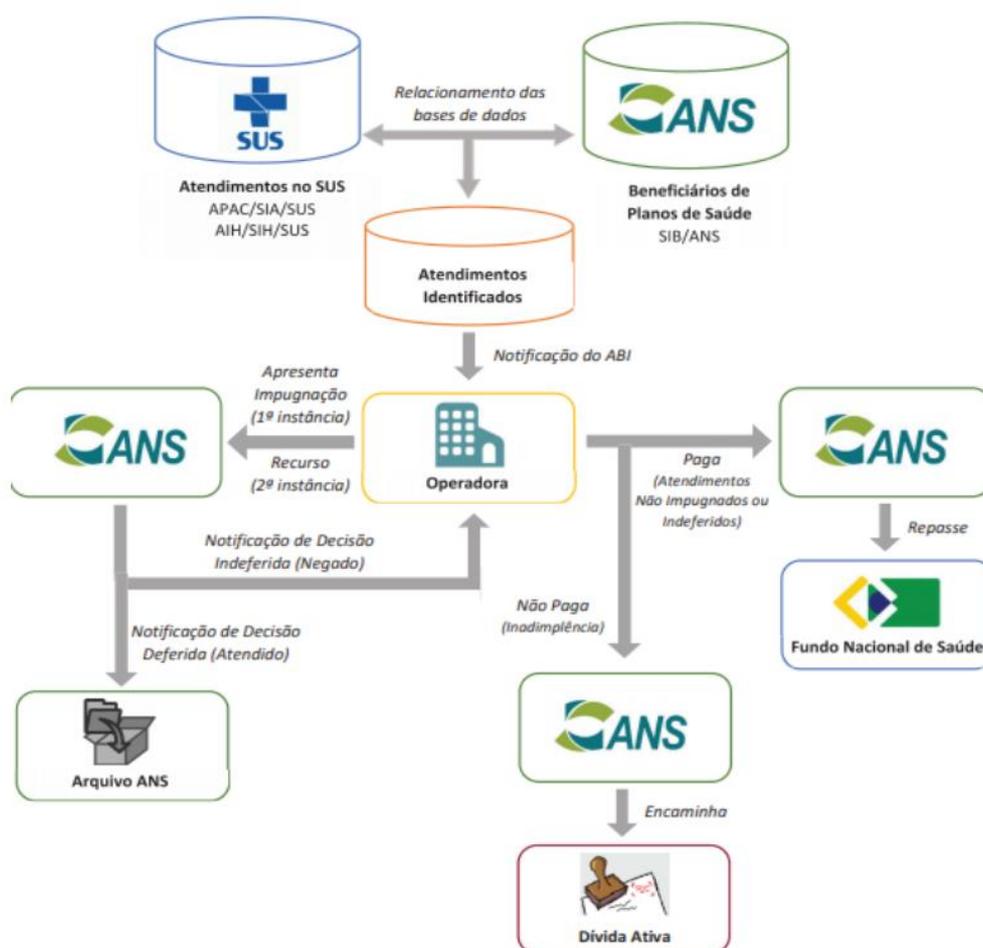
Da decisão proferida pelo diretor da DIDES caberá recurso à Diretoria Colegiada da ANS, como última instância administrativa, no prazo de 10 (dez) dias contados da ciência da decisão. Das decisões de primeira instância caberá recurso ao Diretor de Desenvolvimento.

Apreciado o recurso, a decisão da Diretoria Colegiada será publicada, em extrato, no Diário Oficial da União, e o processo será encaminhado à DIDES, que notificará a operadora da decisão. A DIDES notificará a operadora do valor devido para ressarcimento ao SUS e encaminhará Guia de Recolhimento da União para pagamento no prazo de 15 (quinze) dias.

A seguir, vejamos um gráfico estrutural do funcionamento do ressarcimento ao SUS, desde o recebimento pela ANS da base de dados com informações sobre atendimentos ocorridos pelo Departamento de Informática do SUS (DATASUS) até a

conclusão do processo administrativo, com a respectiva cobrança. O não pagamento importa em inscrição na dívida ativa e no Cadastro Informativo de Créditos não quitados do Setor Público federal (CADIN), sem prejuízo da cobrança judicial, sendo que os valores arrecadados pela ANS são encaminhados ao Fundo Nacional de Saúde (FNS) do Ministério da Saúde:

Figura 1 - Como funciona o ressarcimento ao SUS?



Fonte: ANS (2021, m/d)¹

Esse é, em apertada síntese, o procedimento para se efetivar o ressarcimento ora em debate. Vista a previsão legal do mesmo, assim como seu *modus operandi*, mister, para bem delimitar o presente trabalho, demonstrar o porquê de sua adoção pelo legislador.

¹ Imagem retirada do site da ANS, disponível em: <<https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/operadoras/compromissos-e-interacoes-com-a-ans-1/espaco-ressarcimento-ao-sus-1>>, acesso em: 20 ago. 2021.

1.2 DAS RAZÕES QUE LEVARAM A SUA CRIAÇÃO

Se não existisse o artigo 32 da Lei nº 9.656/98 seria necessário buscar a cobrança de valores pagos em atendimentos oferecidos pelo SUS a beneficiários de Planos de Saúde com base no Código Civil, mediante o ajuizamento de uma ação veiculando essa pretensão, na qual seria preciso demonstrar a presença de todos os requisitos à configuração do enriquecimento sem causa.

No entanto, a existência do art. 32 da Lei 9.656/98 desonera o Poder Público de utilizar a norma geral do Código Civil. A única exigência será a manifestação no mundo fático da hipótese elegida pela Lei (art. 32 da Lei nº 9.656/98) para a existência da obrigação de ressarcir ao SUS a prestação de serviços de atendimento à saúde em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS), aos consumidores e respectivos dependentes das operadoras de planos privados de assistência à saúde.

A distinção entre fonte e fundamento do ressarcimento ao SUS foi abordada de forma implícita pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça. Assim vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32 DA LEI N. 9.656/98. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, CPC. INOCORRÊNCIA.

1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional.

2. Controvérsia dirimida pelo C. Tribunal a quo à luz da Constituição Federal, razão pela qual revela-se insindicável a questão no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial. Precedentes: REsp 975.551/RS, DJ 19.10.2007; REsp 889.651/RJ, DJ 30.08.2007; REsp n.º 808.045/RJ, DJU de 27/03/2006; REsp n.º 668.575/RJ, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJU de 19/09/2005.

3. *In casu*, a questão atinente ao sistema de ressarcimento ao SUS (art. 32 da Lei 9.656/98) foi analisada pelo Tribunal local à luz de fundamentos de natureza eminentemente constitucional, consoante se conclui do excerto do voto condutor do aresto recorrido:

“7. Eis o sistema de ressarcimento, criado pela Lei e atacado pela Apelante, por não haver, segundo juízo que faz, ato ilícito que fundamente um ressarcimento, que seria reparação só cabível em caso de responsabilidade civil. Igualmente ilegítima a cobrança se chegar-se à conclusão que de tributo, na espécie ‘taxa’, se trata.

8. Em primeiro lugar, não se pode confundir a prestação em foco com uma taxa, uma vez que jamais a prestação do serviço de saúde poderia dar lugar a tal exação, dado que a Seguridade Social, que engloba o direito à saúde (CF, art. 194, é financiada por contribuição, entre outras fontes (art. 195). Verifica-se, igualmente, que o que tem em vista a Lei é recompor o patrimônio público (bens e serviços incluídos) com recursos de terceiro, que não utiliza o serviço público divisível, mas está vinculado ao sujeito que o utiliza por relação obrigacional. Não há, portanto, remuneração de serviço, mas recomposição de patrimônio, e esta não se dá pelo usuário, mas por operadora de Plano de Saúde ou seguro, obrigada originalmente apenas com aquele que precisou ser atendido em instituições integrantes do SUS.

9. Com relação ao termo "ressarcimento", parece ter o legislador utilizado segundo a noção comum, tendo em atenção o fato de que nada se acrescenta ao patrimônio das instituições ressarcidas, porém tão só são recompostas despesas com os pacientes dos Planos de Saúde.

10. Não se pode perder de vista que a lei pode criar novos institutos, desde que não seja afrontada a Constituição. Não é necessário, sempre, enquadrá-los em categorias jurídicas já existentes. Neste sentido, fica claro que a natureza jurídica do ressarcimento instituído na Lei atacada não é a de reparação por ato ilícito civil. Vejamos.

11. Poder-se-ia aduzir à negligência presumida da operadora de plano privado de assistência à saúde, por não colocar à disposição do seu usuário rede hospitalar bem distribuída, a fim de possibilitar o atendimento próximo à sua residência ou local de acidente ou doença. Todavia, note-se: pode acontecer de o usuário dirigir-se a hospital público ou integrante do SUS mesmo havendo um ou dois quarteirões após um credenciado pelo seu plano, pela boa fama do hospital vinculado ao SUS ou outro motivo que se apresente plausível no momento. Ainda assim, provada que fique a diligência do plano, que possui hospital credenciado próximo ao local de necessidade de atendimento não haveria espaço para a pretensão de não efetuar o ressarcimento.

12. No máximo, portanto, seria de cogitar-se de responsabilidade assimilável à instituída no art. 21, XXIII, letra c, da Constituição Federal (responsabilidade por danos nucleares). Todavia, como visto, não há dano no fato de um particular utilizar a rede pública ou integrante do SUS, sendo assistido por Plano de Saúde.

13. Mesmo assim, não causa arrepio o fato de procurar o Poder Público recobrar investimento do setor privado, pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa, em combinação com o princípio da solidariedade, pois todos são chamados à sua parcela de contribuição para a manutenção da saúde das pessoas.

14. Por outro lado, as operadoras de planos privados e seguros de saúde não podem queixar-se de diminuição patrimonial, uma vez que, não fosse o atendimento dado pelo SUS, estariam sujeitas a prestá-lo por si mesmas, dependendo para tanto recursos seus.

15. O princípio da solidariedade fundamenta a regra contida no art. 32 da Lei n° 9.656/98 e, em última análise, se insere no contexto da concretização do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a saber, a construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária (CF/88, art. 3°, inciso I). Conclui-se, portanto, pela constitucionalidade, legalidade e legitimidade do ressarcimento ao SUS instituído pela Lei n° 9.656/98."

4. Inocorre violação do art. 535, II, do CPC, por isso que o decisor foi capaz de dirimir a controvérsia nos limites em que lhe foi imposta. O julgador não está obrigado a rebater um a um todos os argumentos tecidos pela parte, que, não raras as vezes, tem pouca, ou nenhuma, importância para o deslinde da causa.

5. Agravo regimental desprovido.

(STJ - AgRg no REsp 866.393/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/04/2008, DJe 24/04/2008).

Destaque-se do precedente jurisprudencial acima transcrito a seguinte constatação: “*não se pode perder de vista que a lei pode criar novos institutos, desde que não seja afrontada a Constituição. Não é necessário, sempre, enquadrá-los em categorias jurídicas já existentes*”. E o julgado bem explicitou: “*não causa arrepio o fato de procurar o Poder Público recobrar investimento do setor privado, pelo princípio que veda o enriquecimento sem causa, em combinação com o princípio da solidariedade*”.

Firme na interpretação sistemática do ordenamento jurídico, a vedação ao enriquecimento sem causa é também consagrada como princípio geral de Direito e decorre da previsão legal inserida no art. 884 do Código Civil, segundo a qual “*aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários*”. (BRASIL, 2002, m/d).

Como não poderia ser diferente, a obrigação decorrente do art. 32 da Lei 9.656/98 consiste na concretização deste princípio e de outros princípios de matriz constitucional, tais como o da solidariedade e do Estado Democrático, assim como se revela um instrumento para o exercício da função regulatória do Estado sobre o mercado de Saúde Suplementar.

Os fundamentos da obrigação, portanto, são mais amplos que a vedação ao enriquecimento sem causa e a fonte da obrigação é o art. 32 da Lei nº 9.656/98.

Conforme preceitua Dalton Robert Tibúrcio (2011, p. 08), trata-se de um mecanismo legal de reinternalização de externalidades:

A dificuldade de compreensão da natureza do ressarcimento ao SUS como uma obrigação *ex lege* ressarcitória (compensatória), que não se confunde com uma pretensão de ressarcimento por enriquecimento sem causa, decorre, ainda, de uma ausência de sistematização dos demais fundamentos econômicos e jurídicos da obrigação. Não obstante a jurisprudência¹² compreender o instituto a partir da concretização do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, melhor seria entendê-lo como um mecanismo legal de reinternalização de externalidades (benefícios recebidos por agentes econômicos pelos quais não efetuaram prévio pagamento) nos custos das operadoras, como forma de corrigir uma falha do mercado decorrente do caráter suplementar da atividade privada de atendimento à saúde, em um contexto de universalização e gratuidade da saúde pública. A saúde pública é um direito social universal e gratuito, sendo que a prestação desse serviço público aos usuários de Planos de Saúde representa um ganho (uma não despesa) para as operadoras, que deixaram de desembolsar com a prestação do serviço ao usuário. O custo desse atendimento, no entanto, é suportado por toda a coletividade. Como forma de evitar o subsídio indireto de uma atividade privada, bem como em decorrência do princípio da solidariedade, o custo desse serviço público de saúde deve ser reinternalizado pela operadora, por meio do ressarcimento ao SUS.

Portanto, sob um enfoque mais amplo, o ressarcimento vem como mecanismo econômico que se presta a ajustar a coexistência da atividade privada suplementar de atendimento à saúde sobre um contexto de carências do atendimento público, regido pela universalização e gratuidade do sistema.

1.3 DO PAPEL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS

Preceitua o artigo 3º, da Lei nº. 9.961/00, a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), tendo como finalidade a defesa do interesse público e o melhor desenvolvimento das ações de saúde no Brasil:

Art. 3º A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País. (BRASIL, 2000, m/d).

Quanto ao aspecto histórico, Dagoberto Lima descreve os pormenores da Agência desde seu nascedouro, quando os prestadores de serviços esperavam que fosse uma liderança sindical enquanto o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor a considerava como mais um órgão de defesa do consumidor, o que não deveria ser. Assim vejamos:

Entre os principais desafios de regulamentar o mercado de Saúde Suplementar estavam a instabilidade política e sua consequente insegurança jurídica. A batalha jurídica da ANS foi intensa. Entre 2000 e 2002, a agência teve de enfrentar mais de 1.800 ações judiciais que questionavam tudo, desde a taxa de fiscalização até o ressarcimento ao SUS. Todos os segmentos do mercado reagiram. (LIMA, 2016, p. 187)

Atualmente, a ANS, no exercício da atividade do ressarcimento ao SUS, regulamentado pelo artigo 4º da Lei nº. 9.961/00, inciso VI, o qual estabelece que compete a ANS “*estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS*”, vem implementando modificações constantes. Por meio da Resolução Normativa nº 358/2014, criou o serviço on-line de protocolo (PERSUS), que passou a ser o meio exclusivo de envio de impugnações/recursos, notificações e intimações da ANS. Com o advento da RN nº 377/2015, que representou um marco na atividade de ressarcimento ao SUS, estabeleceu novas diretrizes sobre a cobrança.

Empresas do setor passaram a ser obrigadas a ressarcir o SUS por exames e terapias ambulatoriais de alta e média complexidade (como radioterapias,

quimioterapias, hemodiálises, cateterismo cardíaco e cirurgia de catarata). Até então, apenas as internações hospitalares e os exames mais simples eram pagos.

Na medida em que se inovam os mecanismos (maior controle e alcance dos perfis das pessoas atendidas pelos SUS), a saúde financeira das operadoras é comprimida. Inscrição na dívida ativa e execução judicial são imperativas em caso de inadimplência. Conjugue-se a isso a aplicação de multas e, em casos mais extremos, a intervenção e exclusão da operadora. Referidas consequências serão melhor pormenorizadas em capítulo adiante.

1.4 DA CONSTITUCIONALIDADE DO RESSARCIMENTO

O direito à saúde, reconhecido como direito fundamental pelo artigo 6º da Constituição Federal, é reforçado no seu artigo 196 como dever do Estado, que deve assegurar medidas que possam garantir tal direito:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988, m/d).

Propondo uma política pública de saúde estruturada a partir de um sistema único, a Constituição Federal consignou no seu artigo 198:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
- II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
- III - participação da comunidade. (BRASIL, 1988, m/d).

Paralelamente ao Sistema Único de Saúde, a Constituição trouxe a participação da iniciativa privada:

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

[...]

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. (BRASIL, 1988, m/d).

Embora destacada a participação das empresas no setor de Saúde Suplementar desde a CF de 1988, apenas dez anos depois houve a efetiva atenção do legislador com a edição da Lei nº 9.656/98. Foi então que o ressarcimento ao SUS teve sua constitucionalidade reconhecida.

Questionou-se a transferência às operadoras privadas da obrigação de ressarcir o Estado pelos gastos que este tiver com atendimento aos beneficiários daquelas, criando-se fonte de custeio que não tem previsão constitucional.

Os argumentos eram de que os serviços de saúde são custeados por toda a sociedade, estabelecendo o art. 195 da Constituição Federal as suas fontes de custeio, ficando expresso que novas fontes somente poderão ser criadas através de lei complementar (art. 195, parágrafo 4º, da CF), não podendo a Lei nº 9.656/98, por se tratar de lei ordinária, estabelecer tal exigência.

Além disso, argumentou-se que o Estado estaria ferindo o regime de livre iniciativa previsto no art. 170 da Constituição Federal.

Ainda, que o artigo 198 assegure os princípios da universalidade do acesso e da integralidade do Sistema Único de Saúde. Aludido dever do Estado está previsto, inclusive, na Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, sendo que o seu art. 7º, inciso I, prevê que os serviços públicos ou privados de saúde, contratados ou conveniados do SUS, devem ser desenvolvidos em obediência ao princípio da *“universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência”*. (BRASIL, 1990b, m/d).

Em que pese os fundamentos, não encontraram guarida quando do julgamento da constitucionalidade do artigo 32 da Lei nº 9.656/98 pelo STF.

Como já lecionava Leonardo Vizeu Figueiredo (2006, p. 297): *“a atual Ordem Constitucional veda o aumento arbitrário de lucros, tratando o mesmo, a teor do disposto no seu art. 173, § 4º, como infração à ordem econômica”*. Asseverando ainda que *“no que se refere à ordem social, no campo da saúde, a CF é expressa ao vedar o repasse de auxílios e subvenções públicas a entidades privadas com fins lucrativos, consoante art. 199, § 2º”*.

Em primeira análise, no julgamento no cautelar na ADI 1931, de relatoria do então Ministro Maurício Corrêa, o Supremo Tribunal Federal (STF) havia reconhecido provisoriamente a constitucionalidade da norma consignando que *“não impõe ela a criação de nenhum, mas exige que o agente do plano restitua à Administração*

Pública, os gastos efetuados pelos consumidores com que lhe cumpre executar”. (BRASIL, 2003, m/d).

Posteriormente, por ocasião do RE 597.064 de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, foi reconhecida a repercussão geral da tese relativa à constitucionalidade do instituto. No julgado, a Corte reconheceu a constitucionalidade, consignada no Tema 345, assim consignado:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 345 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: "É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4/6/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos". Falaram: pela recorrente, o Dr. Dagoberto José Steinmeyer Lima; pela recorrida, o Dr. Cláudio Peret, Procurador Federal; pelo *amicus curiae* Sociedade Cooperativa de Serviços Médicos e Hospitalares de Curitiba Ltda - UNIMED CURITIBA, o Dr. Fábio Artigas Grillo; e, pelo *amicus curiae* UNIMED/RS - Federação das Cooperativas Médicas do Rio Grande do Sul Ltda, o Dr. Marco Túlio de Rose. Impedido o Ministro o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7.2.2018. (BRASIL, 2018a, m/d).

Ainda na sessão Plenária de 07.02.2018, e, por unanimidade, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, a ADI 1931 restou assim publicada:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, julgou prejudicada a ação no tocante aos artigos 10, inc. VI; 12, incisos I, c, e II, g, e parágrafos 4º e 5º; e 32, parágrafos 1º, 3º, 7º e 9º, todos da Lei 9.656/1998, e, na parte conhecida, julgou parcialmente procedentes os pedidos, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 10, § 2º, e 35-E da Lei 9.656/1998, bem como do art. 2º da Medida Provisória n. 2.177-44/2001. Falaram, pela requerente, Confederação Nacional de Saúde - Hospitais Estabelecimentos e Serviços - CNS, Dr. Marcelo Ribeiro; e, pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, [Advogada-Geral da União. Impedidos o Ministro Dias Toffoli, ausente neste julgamento, e o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 7.2.2018. (BRASIL, 2018b, m/d).

Para melhor compreensão do julgado, confira-se trecho do voto do Ministro Marco Aurélio:

Essa distribuição, contudo, não comporta distorções e desequilíbrios, tais como os decorrentes da sobrecarga do Sistema Único de Saúde com consumidores contratualmente amparados pela iniciativa privada. A lógica é inversa à preconizada no preceito constitucional tido por violado: o reembolso decorre de falha na execução da avença relativa ao Plano de Saúde, e não da necessidade de aumento das receitas da seguridade social. Daí se extrai não ter sido o ressarcimento instituído para custear a seguridade social, mas para recompor despesas públicas atribuídos aos atores privados. (BRASIL, 2018b, m/d).

Como se vê, a alegada formalidade prevista na CF para a criação de novos tributos através da edição de lei complementar, bem como o malferimento do regime da livre iniciativa restaram afastados, sob o fundamento do interesse coletivo na satisfação do direito à saúde.

É necessário evitar o enriquecimento sem causa das operadoras e, como lembrado pelo Ministro Gilmar Mendes, impedir que os planos privados ofereçam uma cobertura de serviços insatisfatória ou que reduza seus custos forçando o encaminhamento dos assistidos da rede privada para a rede pública, cujo ideal não foi o proposto pelo legislador infraconstitucional segundo sua interpretação teleológica.

De todo modo, mesmo com a consideração pelo STF a respeito do dispositivo previsto no artigo 32 da norma em testilha, restaram pendentes os parâmetros sobre a abrangência do dever de ressarcimento, bem como os limites para a exigência dos valores em face das operadoras². Tais parâmetros são melhor estudados no terceiro bloco do presente trabalho.

² Nesse sentido, indica-se a leitura do trecho, na íntegra, da obra de Felipe Kertesz Renault: *“Ressarcimento ao SUS e Saúde Suplementar”*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 18.

2 O IMPACTO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO RESSARCIMENTO

Quando se estuda consequências da norma sobre o mercado e os atores nele envolvidos (Estado, Operadoras e Assistidos), imprescindível é que o jurista tenha noção da atividade econômica e da necessidade de harmonização dos interesses das partes.

Não é demasiado lembrar que o SUS é um sistema criado para atender, em razão de sua universalidade, a totalidade da população brasileira. E, ao longo dos anos, as operadoras de Planos de Saúde cresceram vertiginosamente, atualmente contando com mais de cinquenta milhões de assistidos, observando ser o Brasil um país de dimensões continentais.

O problema é que - a exemplo do tema tratado em *“The Tragedy of the Commons”*, de Garrett Hardin (1968) - as consequências da utilização de um procedimento de saúde na rede pública por um assistido ou segurado da rede privada não podem ser adequadamente mensuradas se as olharmos isoladamente, vez que os danos são mensurados somente quando se observa todo cenário (VAHL; GRUENFELD, 2016). Os ressarcimentos são efetuados - ou deixados de ser - individualmente pelas operadoras em favor de um amplo Sistema de Saúde que elas compõem, o que pode aparentemente não representar muito; todavia, o conjunto das recusas de procedimentos acaba por desorganizar este Sistema, além do planejamento orçamentário proposto segundo os recursos disponíveis, que, frise-se, são finitos.

Assim como o Poder Judiciário tem tomado para si a tarefa de tornar efetivo o direito à saúde - muitas vezes invadindo as competências reservadas aos Poderes Legislativo e Executivo, decidindo com discricionariedade em casos em que já existe política pública implantada (VAHL; GRUENFELD, 2016) -, no caso do ressarcimento, há um nítido crescimento populacional de assistidos da rede privada. Esse aumento atinge a competência do SUS que, por sua vez, embora conte com toda regulação dada pelo art. 32 da Lei 9.656/98 que permite o ressarcimento aos cofres públicos, na prática, aumenta ainda mais a necessidade de produção de serviços já deficitários, como também, resvala na própria ineficiência dele (Estado) efetuar de volta a cobrança do atendimento que prestou.

Disto, importante tecer algumas considerações gerais sobre o mercado de saúde suas falhas, a responsabilidade social dos atores privados, e analisar o impacto regulatório e a teoria das externalidades.

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O MERCADO DE SAÚDE E SUAS FALHAS

Nem sempre é possível alocar recursos e organizar a atividade econômica com a eficiência necessária. Quando se fala em sistema de saúde não é diferente, sobretudo ao ser tratar de mercado de Planos de Saúde, sua regulação e proteção ao consumidor, tudo devendo ser conduzido de forma consentânea aos objetivos constitucionais previstos.

Analisando a abrangência da ação econômica entre diversos sujeitos e a limitação das liberdades em função de responsabilidades recíprocas, assinala José Paschoal Rossetti (1987, p. 43):

Todos os fatos econômicos têm raízes e condicionamentos que os situam também na área específica do Direito. A ação econômica tem por sujeitos os indivíduos, as empresas e o setor governamental. Esses três sujeitos definem três diferentes esferas de interesse, cada uma das quais em conflito potencial com as duas outras. A liberdade de organização e de concorrência das empresas, bem como a liberdade de opção e de atividade econômica dos indivíduos deve ser permanentemente ajustada pelas leis jurídicas, de tal forma que se conciliem os interesses e as responsabilidades de cada um. Reconhecidamente, nenhuma ordem econômica é possível sem que o Direito limite as liberdades em função das responsabilidades recíprocas, solucionando claramente os conflitos potenciais observados.

Percebe-se que em uma relação entre indivíduos, empresas e Estado, a intervenção se faz necessária para prevenir e corrigir falhas de mercado, entendidas como situações de anormalidade de efeitos danosos, potenciais ou efetivos, ao devido processo competitivo de determinado nicho da economia, que geram resultados negativos para o bem-estar socioeconômico da população (FIGUEIREDO, 2015, p. 139-140).

É no mercado de Saúde Suplementar que se evidenciam uma das mais graves falhas de mercado a justificar a regulação estatal para suprir as deficiências, vez que é nesse mercado que se observam as maiores vulnerabilidades do indivíduo. Sobre essas vulnerabilidades, leciona Fernando de Oliveira Domingues Ladeira:

Com efeito, nesse setor, a atuação estatal é imperativa, pois o mercado de Planos de Saúde apresenta especificidades que se evidenciam como falhas de mercado que não permitem a atuação privada independente da regulação

estatal, sob pena de prejuízos indelévels aos consumidores, expressas pelas falhas de cobertura e exclusão de procedimentos, não cumprimentos de normas de atendimento de procedimentos médicos de emergência, ausência de cobertura ou deficiência de cobertura para doenças crônicas e degenerativas, além das majorações expressivas de preços em faixas etárias mais avançadas e, portanto, mais necessitadas dos atendimentos dos serviços de saúde, mecanismo esse que é uma forma de desestímulo à manutenção desses consumidores no contrato. (LADEIRA, 2011, p. 110)

Analisando a situação de Portugal, realidade também sentida em outros países, Pedro Pita Barros retrata bem a discussão das implicações em termos de organizações do sistema de saúde e intervenções possíveis e desejáveis:

Em Portugal, tal como noutros países, existe uma intensa participação do Estado no sector, cumprindo papéis diferentes, por vezes até contraditórios. O Estado, enquanto segurador recolhe impostos para em troca assumir a responsabilidade financeira das despesas em cuidados de saúde (quer pagando a terceiros o fornecimento desses cuidados de saúde quer fornecendo-os diretamente a quem necessita). O Estado prestador fornece e produz inúmeros bens e serviços (hospitais, centros de saúde, programas de vacinação etc.). Tem ainda o Estado-regulador, que determina a forma de relacionamento que o próprio Estado enquanto segurador (e/ou enquanto prestador) se relaciona com outros agentes económicos do sector. A criação de uma agência reguladora própria e independente para o setor da saúde para além dos organismos que procedem as inspeções e licenciamentos técnicos e das instituições de autorregulação (ordens profissionais), mitiga possíveis conflitos de papéis, mas não é claro que resolva todos os interesses contraditórios, consoante o papel do estado que se assume como dominante em cada caso. (BARROS, 2019, p. 27)

Entrementes, podemos nos deparar com situações em que tanto o mercado quanto o governo apresentam falhas, as quais são vistas na assistência à saúde. Assim vejamos os ensinamentos de Ullastres, Rubio e Tamayo (2005, p. 144) a respeito do intervencionismo público entre eficiência e falhas do mercado:

Tanto o mercado quanto o Estado têm falhas na assistência à saúde. Nem a existência de falhas de mercado é suficiente para justificar a intervenção estatal, nem as falhas estatais são suficientes para legitimar *laissez faire*. Pode-se falar de um certo processo de convergência entre a gestão pública e privada, uma vez que o comprometimento dos critérios públicos é exigido disso e as principais sugestões de reforma do sistema público apontam para uma introdução progressiva de fatores de mercado e concorrência. (Tradução do autor)³.

No caso do mercado brasileiro, o mecanismo legal de reinternalização de externalidades (benefícios recebidos por agentes econômicos pelos quais não

³ Texto original na obra de Ullastres, Rubio e Tamayo (2005, p. 144): “*Tanto el mercado como el Estado presentan fallos en la atención sanitaria. Ni la existencia de fallos de mercado basta para justificar la intervención estatal ni los fallos del estado son suficientes para legitimar el laissez faire. Podría hablarse de un cierto proceso de convergencia entre la gestión pública y la privada, pues se exige a ésta el comprometimiento de criterios públicos y las principales sugerencias de reforma del sistema público apuntan hacia una progresiva introducción de factores de mercado y de competencia.*”

efetuem prévio pagamento) nos custos das operadoras se deu justamente pela aplicação do princípio geral de direito da vedação ao enriquecimento sem causa (conforme decisão do STF já comentada), prestando-se como forma de corrigir uma falha do mercado decorrente do caráter suplementar da atividade privada de atendimento à saúde, em um contexto de universalização e gratuidade da saúde pública.

2.2 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DOS ATORES PRIVADOS

A saúde pública é um direito social universal e gratuito, sendo que a prestação desse serviço público aos usuários de Planos de Saúde representa um ganho (uma não-despesa) para as operadoras, que deixaram de desembolsar com a prestação do serviço ao usuário.

O custo desse atendimento, no entanto, é suportado por toda a coletividade. Como forma de evitar o subsídio indireto de uma atividade privada, bem como em decorrência do princípio da solidariedade, o custo desse serviço de saúde pública deve ser reinternalizado pela operadora, por meio do ressarcimento ao SUS.

Dalton Robert Tibúrcio, buscando do direito ambiental a aplicação do conceito de externalidades ao ressarcimento ao SUS, descreve:

O conceito de externalidades é atualmente objeto de amplo debate no direito ambiental e pode ser empregado analogicamente ao direito da saúde, por aplicação do princípio do usuário pagador, segundo o qual aquele que utiliza mais os recursos ambientais escassos, em detrimento dos demais, deve arcar com o correlativo ônus pelo seu uso intensivo. No direito ambiental tem merecido maior relevo a noção de externalidades negativas, enquanto custos sociais da conduta individual. Conforme expõe Silva Filho (2008, p. 154), percebe-se que o mercado, ao se deparar com recursos naturais, cujo acesso é livre e cujo uso ou consumo é não-rival, falha, eis que os referidos bens ou não têm preço, ou seu preço não traduz um reflexo fiel do seu valor (e, por conseguinte, do seu custo), gerando distorções no seu uso e consumo, tudo contribuindo para o que Garrett Hardin, em 1968, chamou de “tragédia dos bens comuns”, mediante uma postura individualista que leva cada um a procurar maximizar seu interesse à custa do outro (*free rider*)⁴. Conclui-se, do mesmo modo, que embora, por definição, a economia seja a ciência da eleição do atendimento às necessidades perante recursos escassos, a

⁴ Conforme Ricardo Carneiro, na obra: “Direito Ambiental. Uma Abordagem Econômica”, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 69, “a falta de mercado cria um preço ou custo zero e, por consequência, permite o uso excessivo ou abusivo dos recursos ambientais pelos chamados *free riders* (caronas) – expressão muito utilizada pelos economistas para designar os agentes econômicos que não pagam pela utilização dos bens livres. É como se o mercado pudesse se comparado a uma barreira de pedágio, que deve cobrar um determinado valor dos usuários que trafegam pela rodovia. Os *free riders* seriam aqueles que se valem de um atalho ou desvio para elidir à cobrança do pedágio, o que os coloca em posição mais vantajosa em relação aos demais motoristas.”

escassez não pode ser entendida e, um sentido absoluto, mas apenas de modo relativo dentro do mercado⁵. Com razão, portanto, Cristiane Derani (2001, p. 117), ao afirmar que “a economia não surge com a escassez, porém a escassez é um pressuposto para a economia de mercado. Além do mais, não é toda a escassez que integra a dinâmica de preços do mercado, mas aquela escassez que pode ser controlada e produzida”. (TIBÚRCIO, 2011, p. 09)

Sobre os fundamentos na economia da saúde, válida a transcrição dos ensinamentos da obra de Ullastres, Rubio e Tamayo (2005, p. 123), para quem se aplica à saúde as externalidades do consumo, que nada mais é do que efeito indireto em outros assuntos que não aqueles envolvidos no consumo direto do bem ou serviço:

Os bens de consumo trazem benefício privado ao consumidor direto e podem ou não afetar indivíduos que não sejam o consumidor. Quando esse efeito indireto ocorre em outros assuntos que não sejam os envolvidos no consumo direto do décimo bem ou serviço, é uma externalidade nesse consumo. Exatamente o mesmo pode ser dito de um processo produtivo e os efeitos colaterais dele em outros assuntos além do produtor. (Tradução do autor)⁶.

Complementando, Tibúrcio (2011, p. 08) prossegue correlacionando outros autores para fins de concluir que, na produção e circulação de riquezas, existem benefícios recebidos por agentes econômicos pelos quais não efetuaram prévio pagamento:

Enfim, as falhas do mercado concernentes aos bens ambientais geram aquilo que se convencionou chamar de externalidades negativas, espécie do gênero externalidade, conceituado por Victor Carvalho Pinto, como “situações em que a atividade de uma unidade econômica prejudica ou beneficia outras unidades”, de forma que “terceiros ganham sem pagar por seus benefícios marginais ou perdem sem serem compensados por suportarem o malefício adicional”. Maria Alexandra de Sousa Aragão também indica o caminho para a compreensão do que sejam as externalidades, ao afirmar que: “a denominação ‘efeitos externos ao mercado’ é compreensível, porque se trata de transferência de bens ou prestação de serviços fora dos mecanismos do mercado. São transferências por meios não econômicos na medida em que não lhes corresponde qualquer fluxo contrário de dinheiro. Sendo transferências ‘a preço zero’, o preço final dos produtos não as reflete, e por isso não pesam nas decisões de produção ou consumo, apesar de representarem verdadeiros custos ou benefícios sociais decorrentes da utilização privada dos recursos comuns”. Em outras palavras, o que a jurista lusitana já deixa entrever é que na produção e circulação de riquezas existem benefícios recebidos por agentes econômicos pelos quais não efetuaram

⁵ No exemplo antes exposto, do consumo excessivo da fauna ictiológica, o fato da diminuição do número de exemplares de uma dada espécie de peixes (a sua escassez em termos absolutos) não provoca um aumento do preço do respectivo pescado, mas sim um incremento exponencial de sua captura.

⁶ Texto original na obra de Ullastres, Rubio e Tamayo (2005, p. 123): “*Los bienes de consumo acarrear beneficios privados, para su consumidor directo, y pueden o no afectar a los individuos distintos del consumidor. Cuando se produce esse efecto indirecto sobre otros sujetos distintos del involucrado em el consumo directo del bien o servicio decimos que se trata de una externalidade em esse consumo. Exactamente lo mismo puede decirse de um processo produtivo y los efectos colaterales del mismo sobre sujetos distintos al productor.*”

prévio pagamento, assim como custos não apropriados pelos responsáveis, e que são sustentados por aqueles que não se beneficiam do resultado do processo produtivo. Em suma, efeitos externos ao mercado, ou externalidades, positivas, na primeira hipótese aqui proposta; e negativas, no segundo exemplo.

Trazendo estes conceitos econômicos para o ordenamento constitucional, uma das consequências destas externalidades é a responsabilidade social, pela qual a atuação dos agentes privados no mercado não pode deixar de ser vincular aos objetivos constitucionais estabelecidos pelo Brasil, como é o caso do art. 3º da Constituição Federal que, dentre outros objetivos fundamentais, deve promover o bem de todos. E, sob um ângulo mais restrito, tais agentes (operadoras de Planos de Saúde) foram tratados pelo art. 199, § 1º, da CF. (BRASIL, 1988).

2.3 O INTERVENCIONISMO DO ESTADO E A TEORIA DAS EXTERNALIDADES

A relação entre o ressarcimento ao SUS e a teoria das externalidades ainda é um campo a ser pesquisado, exigindo conhecimentos multidisciplinares. De qualquer sorte, o conceito acima apresentado de externalidade apresenta perfeita adequação ao objeto do ressarcimento ao SUS: situações em que a atividade de uma unidade econômica prejudica ou beneficia marginais (externalidades positivas) ou perdem sem serem compensados por suportarem o malefício adicional (externalidades negativas).

O princípio da solidariedade fundamenta a regra contida no art. 32 da Lei nº 9.656/98 e, em última análise, se insere no contexto da concretização do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a saber, a construção de uma sociedade mais justa, livre e solidária (CF/88, art. 3º, inciso I e REsp 866.393/2008/RJ/STJ).

O Estado, ao prestar os serviços de saúde, deve atender a todos, incluindo aqueles que são assistidos pelas redes privadas. Porém, ao proceder desta forma acaba por beneficiar este segmento, advindo daí uma falha de mercado. Embora a regulação estatal por meio do ressarcimento venha coibi-la, a 'justa causa', isto é, previsão contratual que assim possibilite a recusa, permite que a obrigatoriedade do retorno aos cofres públicos dos gastos suportados pelo SUS deixe de existir.

Em outras palavras, o elemento "justa causa" é a externalidade que permite que a operadora se beneficie de fatos externos à sua atividade, seja quando o usuário

opta por buscar atendimento médico particular (fora da rede credenciada), bem como a prestação de um serviço público, por sua livre escolha.

As teorias econômicas debatem se essas externalidades devem ser solucionadas pelo mercado ou pela atuação interventiva do Estado, incumbindo a participação da sociedade a fim de dizer quais tipos de externalidade são aceitas, mediante amplo debate e atuação do Poder Legislativo (TIBÚRCIO, 2011).

Atualmente, se o assistido da rede privada se utiliza do serviço público de saúde não há esta justa causa: surge daí a chamada externalidade negativa, representada pelo custo do atendimento médico para a sociedade.

Conforme expõe Ricardo Lorenzetti (2010, p. 34), a chamada externalidade negativa, estudada pelo Direito Ambiental, é o custo social da conduta individual através da análise econômica do agir arcada pelos outros, custo este que a sociedade não quer suportar:

A grande mudança se produz quando se “internalizam” esses custos porque a sociedade já não quer suportá-los. Isso se vê claramente nas indenizações por danos ambientais que devem pagar as empresas, mas também nas exigências de transformação dos mecanismos de produção de bens, obrigando-as a incorporar novas tecnologias “limpas”, com cujo custo devem arcar. Constrói-se assim um novo modelo de relação entre a empresa e a sociedade em relação às externalidades, altamente complexo e conflituoso.

Sob o enfoque teórico, José Paschoal Rossetti complementa:

Como observamos em capítulo anterior, as definições contemporâneas da Economia, superando a clássica trilogia da produção, distribuição e consumo das riquezas, procuram evidenciar que esta é, em última análise, a ciência da escassez. Em todas as sociedades, os recursos humanos e patrimoniais são sempre escassos para tender às crescentes exigências de consumo e bem-estar. Em contrapartida, enquanto a escassez dos recursos produtivos constitui uma limitação à produção de bens e serviços, parece não haver limites para as necessidades e desejos humanos. Jogando, então, de um lado, com a escassez de recursos, e, de outro, com a ilimitação dos desejos humanos, as sociedades têm de optar pela melhor canalização dos recursos para os diversos setores produtivos e ainda decidir sobre como deverá ser organizada a atividade econômica. (ROSSETTI, 1987, p. 112)

No âmbito dos serviços públicos de saúde, sabidamente escassos, esta externalidade leva a uma superprodução que excede a disposição de produção ou, no caso do Poder Público, a capacidade de atender desde a atenção básica através da Atenção Primária à Saúde (APS), incluindo aí promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, a redução de danos e a manutenção da saúde.

O tratamento legal quanto ao valor do ressarcimento ao SUS demonstra que além da função de concretização do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa e da solidariedade, a obrigação legal instituída atua como mecanismo de regulação da atividade econômica privada, sujeita à intervenção estatal. A regulação estatal da atividade privada de prestação de serviços de saúde, materializada pela Lei nº 9.656/98, encontra fundamento de validade no art. 197 da Constituição, já citado.

Segundo Pereira, Costa e Giovanella (2001), o motivo para a criação da ANS é:

[...] a de que uma agência reguladora proporciona maior visibilidade às preocupações do Ministério da Saúde com a temática do direito ao consumidor ante as “falhas de mercado” dos planos e seguros de saúde, tema de crescente interesse da opinião pública. (PEREIRA; COSTA; GIOVANELLA, 2001, p. 163)

Acrescentando outros fundamentos, leciona Isabela Soares Santos:

Por um lado, os usuários de serviços são desejosos por terem todos os procedimentos incorporados à listagem obrigatória, bem como os órgãos de defesa do consumidor que os defendem. No mesmo sentido, as entidades médicas e de outros profissionais de saúde não querem sofrer interferência no ato clínico, tampouco controle das operadoras sobre a prescrição, e os demais prestadores e hospitais desejam vender serviços, ampliar a produção e, portanto, a demanda por eles. Mas, por outro lado, as empresas que operam seguros têm interesse por menores despesas e maior lucro, de modo que a possibilidade de aumento dos custos de operação no mercado de seguros privados, decorrente da incorporação de novos procedimentos, faz com que as operadoras temam a ampliação da cobertura mínima obrigatória. (SANTOS, 2009, p. 140)

Há, pois, no art. 32 da Lei nº 9.656/98, o estabelecimento de um mecanismo de regulação para corrigir práticas mercadológicas viciadas, mediante a previsão de competência da Agência Reguladora para fixar o valor do ressarcimento, que não poderá ser inferior ao praticado pelo SUS nem superior ao praticado pelas operadoras. A Lei, portanto, estabelece dois limites dentro dos quais caberá à Agência Nacional de Saúde Suplementar fixar o valor da obrigação.

Essa possibilidade de fixação do valor do ressarcimento em montante superior aos praticados pelo SUS evita que as operadoras prefiram pagar o ressarcimento ao SUS ao invés de corrigirem eventuais falhas na prestação do serviço a seus usuários. Esse valor já se encontra limitado pela Lei ao valor praticado pelas operadoras, o que revela uma opção legislativa decorrente de um prévio de proporcionalidade da medida.

3 AS CONSEQUÊNCIAS PARA OPERADORAS, ESTADO E O CONSUMIDOR

Pano de fundo na relação entre o Estado e as operadoras ou seguradoras de Planos de Saúde, o ressarcimento ao SUS traz elementos que proporcionam consequências entre as partes de um sistema que não poderiam ser conectadas diretamente. A interface da relação obrigacional, aparentemente bilateral, prevista no art. 32 Lei 9656/98, possui mais de um revés que pode atingir não só as entidades que atuam na atividade suplementar e o Estado, como os próprios assistidos.

O que se quer dizer é que a discussão não se encerra a partir da “conta”, apresentada pela ANS às operadoras. Estado e operadora não resolvem esse jogo entre si, havendo um leque de variáveis vai um pouco além.

É preciso saber se essa conta está sendo integralmente cobrada e, por outro lado, se as empresas estão pagando. E se o assistido, que ao mesmo tempo compõe esse sistema mas está na ponta desse “iceberg”, sofre com este “jogo de empurra”.

A equação é seguinte: se o ressarcimento é integralmente cobrado, o SUS tende a “aliviar” seus custos; porém, se cobra, a empresa deve ter meios de solvê-lo, a fim de manter seu equilíbrio financeiro e não repassar ao assistido aquilo que já é previsto contratualmente. Se o ressarcimento deixa de ser cobrado, cobrado parcialmente ou é cobrado e não é pago pelas operadoras como deveria, o sistema entra em desequilíbrio e o Sistema Único sofre consequências, deixando de melhor atender inclusive o cidadão que não conta com assistência médica suplementar: o chamado “custo social”.

O assistido, ao ter a cobertura negada, acaba voltando para o SUS, mas aquele que tem mais recursos, na prática, pode ficar com o prejuízo ou, se optar por tratamento particular, cobrá-lo do Plano de Saúde, observando não só as regras previstas pela Lei 9656/98, como também o Código de Defesa do Consumidor, cujos princípios e interpretação lhe são mais favoráveis, o que eleva a judicialização (e a conta para a operadora pode sair mais cara).

Se voltar para o SUS e o ressarcimento não é exigido e satisfeito, compensou para a operadora a “venda da vaga” na rede pública. O mesmo se aplica ao assistido que vai até a rede particular e não aciona a operadora ou, se aciona, não é ressarcido. Já se esse reembolso vem, ele pode vir integralmente ao custo do valor cobrado pela rede particular, o que torna o procedimento muito mais oneroso e, aí, causa um desequilíbrio para a operadora como também aquele assistido que não tinha recursos,

afinal, a ideia do repasse não deve ser esquecida e as mensalidades podem ser reajustadas considerando custos adicionais, desde que previstos contratualmente.

Destarte, essas são as interfaces do ressarcimento sob ópticas diversas, a iniciar pelas Operadoras, com suas matérias de defesa, passando pelo Estado, com suas ferramentas de cobrança, ambos na busca de um equilíbrio, até chegar nos Assistidos, à luz de todo um ordenamento jurídico protetivo e de um Judiciário que tenta dar respostas à um sistema ineficaz. Afinal, o modelo que permite o ressarcimento não deve se tornar um “jogo de empurra” entre as redes pública e privada.

3.1 CONSEQUÊNCIAS PARA AS OPERADORAS

Sob a perspectiva das operadoras de Planos de Saúde, a despeito da constitucionalidade do ressarcimento reconhecida pelo STF, há que se extrair da norma a razoabilidade compatível com os princípios constitucionais, analisados sob um enfoque sistêmico, em consonância com o moderno conceito de contrato e suas especificidades concretas.

Há que se distinguir as hipóteses, admitindo-se a existência do enriquecimento sem causa na presença do inadimplemento contratual da operadora, sob pena de estabelecer uma prestação compulsória desvinculada da razoabilidade.

Portanto, há também que se identificar se houve inadimplemento contratual. Em caso positivo, a consequência para a operadora, da utilização de um procedimento de saúde na rede pública por um assistido ou segurado da rede privada, deixa de ser o ressarcimento automático mas sim, a oportunidade de demonstrar perante à ANS hipóteses específicas. Os atendimentos dispensados aos pacientes que tenham um plano ou seguro limitados, sem cobertura para aquele tratamento, não serão objeto de reembolso, evidentemente, posto que a saúde privada é suplementar.

O artigo 32 da Lei 9656/98 prevê expressamente que serão ressarcidos “os *serviços de atendimento previstos nos respectivos contratos*”, de modo que a previsão legal nos parece muito clara ao restringir suas hipóteses. (BRASIL, 1998, m/d).

Como não poderia deixar de ser, há orientação da própria ANS no sentido de que o dever de ressarcimento não é automático, incidindo apenas para procedimentos cuja cobertura é prevista pelos contratos firmados entre operadoras e seus assistidos:

O uso do SUS por beneficiários de Planos de Saúde requer uma análise cuidadosa da agência reguladora, uma vez que é necessário identificar as hipóteses passíveis de ressarcimento ao SUS em contraposição aos casos em que os consumidores não se encontram cobertos pelos contratos firmados com as operadoras.

Em razão disso, constata-se que a utilização do SUS pelos beneficiários das operadoras acarreta o dever legal de ressarcir nas hipóteses em que os atendimentos poderiam também ter ocorrido nos Planos de Saúde. Assim o número de atendimentos da rede pública por consumidores de Planos de Saúde acaba sendo maior do que aquilo que legalmente deve ser ressarcido. (ANS, 2016, m/d).

Deste modo, analisamos as variáveis mais comuns de contraposição à cobrança, evitando eventuais excessos.

São elas: beneficiário que se encontra em carência; procedimento expressamente excluído pela lei ou contrato; atendimento realizado fora da área de abrangência ou o próprio direito de escolha, pelo qual o usuário busca diretamente o SUS, sem que tenha havido ciência ou recusa por parte da operadora de Plano de Saúde. Além das consequências relativas ao inadimplemento contratual, não devemos deixar de estudar outras consequências que atingem as operadoras, como a discussão a respeito das diferenças dos valores a serem ressarcidos, mediante aplicação da TUNEP (Tabela Unificada Nacional de Equivalência de Procedimentos) e do posterior Índice de Valorização do Ressarcimento (IVR), bem como a prescrição e o ônus probatório.

3.1.1 Procedimento não coberto pelo contrato e usuários inadimplentes

O ressarcimento ao SUS não é automático, de modo que a jurisprudência majoritária dos Tribunais Regionais Federais admite que tal cobrança não será cabível caso o atendimento obtido no SUS não guarde congruência com os termos contratuais dos Planos de Saúde, como se vê:

APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COOPERATIVA DE SERVIÇOS MÉDICOS. PLANO DE SAÚDE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. IMPUGNAÇÃO. RESSARCIMENTO AO SUS. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. SUCUMBÊNCIA. 1. É constitucional a previsão de ressarcimento ao SUS pela prestação de serviço médico a usuários com Plano de Saúde privado. Precedentes do STF. 2. Na hipótese de o procedimento não ser coberto pelo Plano de Saúde, a operadora fica isenta da responsabilidade pelo ressarcimento à rede pública. (TRF4, Apelação 5023259-49.2013.4.04.7108, Relator EDUARDO VANDRÉ O L GARCIA, QUARTA TURMA, julgado em 25.01.2017, DJe 07.02.2017).

APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SUS. OBRIGAÇÃO DE ASSISTÊNCIA DEFINIDA PELOS LIMITES DO CONTRATO. TRATAMENTO EXPRESSAMENTE EXCLUÍDO DA COBERTURA CONTRATUAL. ILEGITIMIDADE DA COBRANÇA. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA ANS. 1. A ANS, ora apelante, alegou que alguns dos beneficiários do plano de assistência médica oferecido pela embargante foram atendidos em hospitais vinculados ao Sistema Único de Saúde, tendo sido expedidas as Autorizações de Internação Hospitalar - AIHs de nº 2737834462, 2737830139, 2737987087, 2738022100, 2738611205 e 2891369459, razão pela qual ajuizou ação de execução fiscal a título de ressarcimento ao SUS. 2. As AIHs de nº 2737830139 e nº 2737834462 se referem à paciente que realizou perante o SUS procedimento de Curetagem Pós-Aborto e Curetagem Semiótica. A AIH de nº 2737987087 se refere à paciente que realizou perante o SUS procedimento de Reconstituição Parcial da Pálpebra. O contrato firmado com a empresa embargante expressamente exclui o pagamento pela operadora do Plano de Saúde de despesas relacionadas a internações clínicas ou cirúrgicas de qualquer natureza. Portanto, os procedimentos cirúrgicos que as beneficiárias se submeteram no Sistema Único de Saúde não possuíam cobertura contratual, razão pela qual resta indevida a cobrança das referidas AIHs, que se referem a despesas médicas pelas quais a embargante não se comprometeu em arcar. 3. A AIH de nº 2891369459 se refere à paciente que ficou internada em hospital vinculado ao SUS por conta de Pielonefrite (infecção urinária). As AIHs de nº 2738022100 e nº 2738611205 se referem à paciente que ficou internada em hospital vinculado ao SUS por conta de " Intercorrências Clínicas de Paciente Oncológico" e "Paciente sob cuidados prolongados por enfermidades oncológicas". Da análise dos contratos celebrados entre a embargante e as beneficiárias constata-se que, em relação às internações hospitalares, a cobertura se restringe apenas às internações cirúrgicas e obstétricas (gravidez/parto). Portanto, as internações das beneficiárias não se enquadram em nenhuma das situações cobertas pelos contratos celebrados com a operadora embargante, razão pela qual também resta indevida a cobrança destas AIHs. 4. [...] (TRF2, Apelação 0040638-81.2015.4.02.510, Rel. FIRLY NASCIMENTO FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 19.09.2016, DJe 22.09.2016).

CONSTITUCIONAL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO REJEITADA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. RESSARCIMENTO AO SUS DE DESPESAS MÉDICAS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 32, DA LEI Nº. 9.656/98.
[...]

5. Razoabilidade do Poder Público reaver, das operadoras do Plano de Saúde, os valores decorrentes de atendimento médico prestado aos seus usuários pelas entidades integrantes do SUS. Restituição que compreende, tão-somente, os valores daqueles serviços que estão previstos expressamente no contrato firmado entre a empresa e o beneficiário, sob pena de enriquecimento ilícito do ente público.

6. O art. 32, da Lei nº 9.656/98, que determina o ressarcimento pelas empresas que operam Plano de Saúde dos atendimentos prestados a seus beneficiários, em instituições integrantes do SUS, teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Col. STF, quando do julgamento do ADI nº 1.931/DF.

7. Apelação improvida.

(TRF5, Apelação 00005836520144058100, Relator MANUEL MAIA (CONVOCADO), QUARTA TURMA, julgado em 14.02.2017, DJe 17.02.2017).

As hipóteses de exclusão expressa em contrato, cujas diretrizes estão previstas no artigo 10, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no artigo 12 da Lei 9656/98, *verbi gratia*:

- I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental;
- II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;
- III - inseminação artificial;
- IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;
- V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;
- VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;
- VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico;
- [...]
- IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes. (BRASIL, 1998, m/d).

Ainda, a dispensa do ressarcimento também pode ser obtida em caso de fraude ou inadimplência do usuário por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, nos termos artigo 13, inciso II da Lei 9656/98 Neste sentido a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. SUS. RESSARCIMENTO. LEI 9.656/98, ART. 12. AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATOS ADMINISTRATIVOS E NULIDADE DE DÉBITO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. Constitucionalidade do art. 12, da Lei 9.656/98. Legalidade da Tabela TUNEP. Inexigibilidade do ressarcimento em casos de autorização de internação hospitalar relativa a usuária inadimplente e a procedimento não coberto pelo Plano de Saúde. (TRF4, Apelação 2005.70.00.028080-0, Relator VALDEMAR CAPELETTI, QUARTA TURMA, julgado em 04.11.2009, DJe 16.11.2009).

Se o usuário se encontra desvinculado do Plano de Saúde, seja por motivo de inadimplência ou outra - como rescisão do contrato de trabalho (art. 30), aposentadoria (art. 31) -, o ônus pelo atendimento no Sistema Integrado de Saúde passa ser do Estado, e não das operadoras. Todavia, incumbe à operadora do Plano de Saúde comprovar que cientificou a ANS da exclusão do usuário anteriormente à prestação do atendimento, nos termos dos arts. 20 da Lei nº 9.656/98, 1º, 5º e 9º da RDC nº 03/00 e 4º da RN 17/02⁷.

⁷ Nesse sentido, ver: TRF 3ª Região, 4ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 0017522-97.2013.4.03.6100, Rel. Desembargador Federal MARCELO MESQUITA SARAIVA, julgado em 17/07/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/07/2020.

3.1.2. Carência e área de abrangência

Os contratos de Planos de Saúde são previamente aprovados pela ANS, passando pelo controle de seus órgãos técnicos, obedecendo tais contratos ao que dispõe a Lei 9.656/98, A norma em testilha, em seu artigo 12, permitiu que as operadoras de Planos de Saúde estipulassem períodos de carência em seus contratos. Assim vejamos:

Figura 2 - Períodos de Carência

Situação	Tempo a ser aguardado após a contratação do Plano de Saúde*
Casos de urgência (acidentes pessoais ou complicações no processo gestacional) e emergência (risco imediato à vida ou lesões irreparáveis)	24 horas
Partos a termo, excluídos os partos prematuros e decorrentes de complicações no processo gestacional	300 dias
Demais situações	180 dias

Fonte: ANS (s/d, m/d)⁸

A imposição de carência pode variar conforme o tipo de plano, a teor das informações constantes do sítio eletrônico da ANS⁹

- Planos individuais ou familiares: Aplica-se a carência.
- Planos coletivos empresariais: Com até 29 beneficiários: poderá haver aplicação de carência; com 30 ou mais beneficiários: isenção de carência desde que o beneficiário solicite o ingresso em até 30 dias da celebração do contrato ou da sua vinculação à empresa contratante.
- Planos coletivos por adesão: pode haver aplicação de carência. Há isenção de carência nos seguintes casos: a) se o ingresso do beneficiário acontecer até 30 dias após a celebração do contrato. b) se o ingresso acontecer no aniversário do contrato. (ANS,s/d, m/d).

Os contratos dos pacientes no período de carência não devem ter o tratamento realizado antes daquele lapso temporal. *A mens legis* é permitir que as operadoras dos Planos de Saúde tenham fundos suficientes, a fim de atender todos os demais consumidores filiados.

⁸ Como disponível em: <<https://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/carencia>>, acessado em: 18 fev. 2020

⁹ Idem.

Por outro lado, havendo mudança de critério para atendimento, em curto ou médio prazo, poderia haver solução de continuidade no Plano e assim, prejudicar os cálculos atuariais. Desta maneira, a fim de salvaguardar um suposto direito isolado, estaríamos prejudicando o direito à saúde de uma massa outros usuários.

O mutualismo e o cálculo atuarial à luz do ressarcimento são consequências que causam impacto sob a óptica do assistido, as quais serão analisadas mais à frente.

Para as operadoras poderia também haver a possibilidade de aparecerem clientes ocasionais, que após conseguirem internações de alto custo (pois, sem carência) logo se desligariam, ficando os Planos de Saúde com todos os prejuízos, sem a devida compensação, tornando o sistema inviável.

A propósito, colhe-se da jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região julgado negando o ressarcimento ao SUS nas hipóteses de atendimentos realizados em período de carência:

ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32 DA LEI 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. REGULAMENTAÇÃO PELA ANS. MANDAMENTO LEGAL. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA. RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRATOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI 9.656/98. DEVER LEGAL E NÃO CONTRATUAL. CABIMENTO DA COBRANÇA. REQUISITOS CONTRATUAIS. CARÊNCIA. SITUAÇÕES DE EMERGÊNCIA E URGÊNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. - Constitucionalidade do art. 32 da Lei 9.656/98. Reconhecida pelo STF em cautelar de ADI. Súmula 51 desta E. Corte. - Delegação legal à ANS para a regulamentação do ressarcimento. Discricionariedade técnica das agências reguladoras. - Possibilidade de ampla discussão sobre o débito. Previsão de recursos administrativos. Respeito ao devido processo legal. - Dever decorrente da Lei e não do contrato. Aplicável aos Planos de Saúde anteriores a sua vigência. Atendimentos médicos realizados em data posterior. - Não vislumbradas quaisquer evidências de que os atendimentos correspondentes às cobranças afastadas pela d. Magistrada sentenciante tenham sido realizados em situações de emergência e urgência, devendo ser observada, portanto, a carência, pelo que inexigível, naqueles casos, o ressarcimento. - Negado provimento aos agravos internos. (TRF2, Apelação 00200498320064025101, Rel. FERNANDO CESAR BAPTISTA DE MATTOS, 7ª TURMA, julgado em 13.07.2011, DJe 21.07.2011).

Há, no entanto, precedentes em sentido contrário, reconhecendo o ressarcimento quando não comprovado pela operadora de Plano de Saúde que o atendimento prestado no SUS não foi relativo à hipótese de urgência ou emergência:

PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32 DA LEI Nº 9.656/98. VERBETE Nº 51 DA SÚMULA DESTA CORTE. HIPÓTESES QUE EXCLUEM O RESSARCIMENTO NÃO IDENTIFICADAS. 1. A questão posta no presente feito refere-se à legalidade do ressarcimento ao SUS, previsto no art. 32 da Lei nº 9.656/98. 2. Da leitura da sentença recorrida infere-se que foram

enfrentados todos os pontos levantados pelo apelante em sua exordial, não havendo que se cogitar em violação ao art. 128 do CPC. 3. A postulação de reconhecimento de nulidade e ilegalidade de atos administrativos da ANS é manifestamente incabível, eis que constituem atos normativos genéricos e abstratos, razão pela qual descabe a invalidação, mas sim, quando muito, a inaplicabilidade por força de vício, o que não é a hipótese dos autos, pois legítimos na atividade de regulação. 4. O Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que "o termo inicial do prazo prescricional, previsto no Decreto 20.910/32, em hipótese de pretensão ressarcitória de valores ao SUS, se dá a partir da notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito será passível de ser quantificado" (STJ- AGARESP 201500727945, rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJE:18/08/2015). Hipótese de prescrição afastada. 5. Orientação do Plenário desta e. Corte consubstanciada no enunciado da Súmula nº 51, a saber: "O art. 32, da Lei nº 9.656/98, que trata do ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS), é constitucional". 6. Alegação de que a Lei nº 9.656/98 seria posterior ao contrato não encontra amparo, tendo em vista que a cobrança relativa ao ressarcimento ao SUS não interfere na relação contratual firmada entre a operadora de Plano de Saúde e o segurado, cuja relação jurídica não é objeto de discussão nestes autos. Inclusive porque a "aplicação da referida lei não se encontra vinculada ao contrato, mas, sim, ao atendimento realizado pelo SUS" (TRF2 - AC 200851010060725, Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA, SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R: 27/04/2012). 7. No que tange às 79 (setenta e nove) intervenções médicas cujo pagamento o apelante se insubordina, alegando a ausência de cobertura para os procedimentos ou para a área geográfica do atendimento, ou, ainda, que o conveniado estaria em período de carência, melhor sorte não o socorre. 8. Consoante o disposto nos artigos 12, V e VI, e 35-C da Lei nº 9.656/98, as circunstâncias 1 contratuais de prazo de carência, localização geográfica ou necessidade de autorização prévia não eximem a operadora de Planos de Saúde do atendimento realizado em situação de urgência, emergência ou de planejamento familiar. Neste contexto, é ônus da apelante demonstrar que o atendimento cujo ressarcimento pretende afastar não ocorreu em quaisquer daquelas situações. 9. A sentença recorrida destacou que o apelante não comprovou de maneira inequívoca a ocorrência de situações contratuais que excluam o ressarcimento devido pelos Planos de Saúde. Ademais, não se incluem entre os documentos apresentados as autorizações de internação hospitalar (AIH), que se revelam fundamentais para a análise do alegado pela autora no plano fático, especialmente a perfeita identificação do procedimento médico-hospitalar a que cada paciente/usuário foi submetido. 10. Legalidade dos valores cobrados pela ANS, com base no IVR (Resolução nº 251/2011) ou na TUNEP (Resoluções nº 17/2000 e nº 131/2006), porquanto foram estabelecidos com a participação de representantes das operadoras de Planos de Saúde, tomando por base a média nacional e incluídas todas as ações necessárias ao atendimento e à recuperação do paciente. 11. Apelo conhecido e desprovido. (TRF2, Apelação 0050168-46.2014.4.02.5101, Rel. JOSÉ ANTONIO NEIVA, VICE-PRESIDÊNCIA, julgado em 17.03.2017, DJe 22.03.2017).

A contragosto das operadoras, interessante notar que as hipóteses de urgência ou emergência tanto se prestam a quebrar as situações contratuais da carência como procedimento não coberto pelo contrato ou áreas de abrangência abaixo elencadas, consoante aplicação do art. 35-C da Lei 9656/98, cujo dispositivo prevê a obrigatoriedade do atendimento:

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos: (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente; (Redação dada pela Lei nº 11.935, de 2009)

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001) (BRASIL, 1998, m/d).

Conforme previsto pelo art. 12, alínea “e” da Lei n.º 9.656/1998 e definida pela RN 259 da ANS¹⁰, abrangência contratual é a área geográfica em que a operadora se compromete a garantir a cobertura contratual. Pode ser nacional, estadual, municipal ou por grupos de estados ou municípios.

Embora possível que o assistido possa se utilizar da rede pública fora dos limites do seu contrato, em regra demarcados pelo seu domicílio, fato é que tal alegação obstativa não prospera em casos de emergência e urgência, já que a Lei n.º 9.656/1998, em seus artigos 12, incisos V e VI, e 35-C, assegura a obrigatoriedade da cobertura contratual. Destarte, para barrar a cobrança é necessário que o procedimento buscado junto à rede pública, em região diversa do domicílio, seja ainda eletivo, cujas hipóteses nos parecem ser diminutas.

Há, inclusive, entendimentos consolidados em alguns tribunais, como é o caso do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, para quem pouco importa que o atendimento tenha sido efetuado fora da rede credenciada ou da área geográfica de abrangência, ou ainda qual o tipo de plano de pagamento referente ao contrato firmado.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. RESSARCIMENTO AO SUS. ATENDIMENTOS PRESTADOS FORA DA ÁREA GEOGRÁFICA DELIMITADA NO CONTRATO. CAUSAS IMPEDITIVAS DA COBRANÇA. 1. O artigo 32 da Lei n.º 9.656/98 já teve a sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1931. 2. O dever de ressarcimento está previsto no artigo 32 da Lei n.º 9.656/98. O ressarcimento ao SUS não se reveste de natureza tributária, não se encontrando sujeito às limitações impostas à exigência de tributos. 3. 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 credenciada ou da área geográfica de abrangência ou ainda qual o tipo de plano de pagamento referente ao contrato firmado. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 5021920-20.2015.404.7000, 3ª TURMA, Des.

¹⁰ § 1º Para fins do disposto nesta Resolução, considera-se: I - Área Geográfica de Abrangência: Área em que a operadora fica obrigada a garantir todas as coberturas de assistência à saúde contratadas pelo beneficiário, podendo ser nacional, estadual, grupo de estados, municipal ou grupo de municípios. (Acrescentado pela RN nº 268, de 02/09/2011). (ANS, 2011, m/d).

Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 09/06/2016).

Tal entendimento, bastante razoável, baseia-se no sentido de que interpretação diversa permitiria a inserção de cláusulas contratuais que sirvam de óbice ao ressarcimento aos cofres públicos, cuja natureza cogente da norma impede estabelecer critérios de eleição (atendimentos realizados somente na rede credenciada, por médico credenciado, com autorização da operadora), ou ainda por exigirem a adoção de alguma providência antecipada ao atendimento (como a apresentação prévia de certa documentação).

3.1.3 A cobertura duplicada e o direito de escolha

Há casos em que o usuário do Plano de Saúde, por inúmeras circunstâncias, prefere se utilizar do Sistema Público de Saúde sem recorrer ao Plano de Saúde contratado. Isso ocorre, muitas vezes, para evitar um possível constrangimento ou outro motivo qualquer que o paciente julgue de relevância para a opção de se utilizar dos serviços públicos de saúde.

Quando o contratante de um Plano de Saúde encontra-se inadimplente, para evitar tornar público esse fato diante das pessoas que o irão atender; ele, por ser igualmente usuário do SUS, opta por esse último, exercendo seu livre direito de escolha, e poupando-se de possíveis constrangimentos. Há casos frequentes de extravio da carteira de identificação do Plano ou outro documento pessoal, sendo que o usuário, em decorrência da não possibilidade de identificação, se socorre do SUS.

Ainda, e não raras vezes, o assistido pode simplesmente procurar o atendimento em um nosocômio público por poder se mostrar mais eficiente ou qualificado do que aqueles disponibilizados pela operadora contratada.

Em casos específicos como esses não se deve responsabilizar, de antemão, as empresas seguradoras e operadoras de Planos de Saúde pelo ressarcimento daquilo que não se negou a oferecer a seus associados. Em outras palavras, não há como se perquirir sobre a motivação íntima que leva determinado associado a buscar a rede vinculada ao SUS e não os serviços por ele contratados.

Destarte, não ocorrendo qualquer ilícito contratual, ou seja, se o associado fizer uso da faculdade de escolha, inviável se exigir das empresas a restituição daquilo a que não deram causa. Nesse sentido, precedente minoritário sobre o tema:

Com efeito, ao procurar o SUS, o associado apenas está fazendo uso da faculdade dessa escolha, que não lhe foi contratualmente proibida. Diferentemente, sim, pode haver tal alegação, se o Estado, procurado por alguém, eximir-se de prestar o serviço constitucionalmente a ele atribuído. Observa-se, por oportuno, e isto é muito importante, que o associado de Planos de Saúde não tem a obrigação de utilizar, exclusivamente, os serviços dos serviços planos, mas a liberdade de utilizá-los. Destarte, se o associado utilizar-se de serviços não credenciados, deverá remunerá-los diretamente, se for a hipótese, e se utilizar do SUS nada pagará, porque assim funciona. (TRF2 – Processo n. 137683320024013500 – Des. OSMANE ANTÔNIO DOS SANTOS, julgado em 13.08.2013).

Segundo Paulo Roberto Vogel de Rezende:

[...] as operadoras defendem a tese de que a saúde, como dever do Estado, deve ser prestada por este, independentemente de ter o contribuinte contratado um Plano de Saúde, sendo que este pode optar por utilizar do serviço que lhe convier, de acordo com sua necessidade, ou mesmo, escolha. (REZENDE, 2014, p. 76)

Prepondera, no entanto, quanto a esta hipótese, o entendimento de que a norma cogente do ressarcimento aplica-se independentemente da manifestação de vontade:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ART. 557, §1º, DO CPC. RESSARCIMENTO AO SUS. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 32, DA LEI Nº 9.656/98. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI Nº 1931 MC/DF. INOCORRÊNCIA DE APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI Nº 9.656/98. PRESCRIÇÃO. SEGURO DPVAT. BIS IN IDEM. NÃO INCIDÊNCIA. RESOLUÇÕES EDITADAS PELA ANS. EXERCÍCIO DO PODER REGULAMENTAR. ATOS DA ANS. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. ALEGAÇÃO DE ORDEM CONTRATUAL. LEGALIDADE. INSCRIÇÃO NO CADIN. [...] VII - Em relação à alegada impossibilidade de ressarcimento de procedimentos realizados sem a observância dos critérios de credenciamento pela Operadora de Saúde, aponte-se que tais questões não possuem o condão de afastar a obrigação de ressarcimento ao SUS, porquanto tal obrigação decorre de lei, independendo, assim, de autorização ou de qualquer ingerência por parte das Operadoras de Planos de Saúde. O fato de o atendimento ter ocorrido em unidade pública, por livre e espontânea vontade do beneficiário, não afasta a obrigação de ressarcimento, a qual tem origem em comando legal. (TRF2, Apelação 00074122220144025101, Rel. SERGIO SCHWAITZER, VICE-PRESIDÊNCIA, julgado em 02.12.2015, DJe 04.12.2015).

De fato, admitir o direito de escolha do assistido que opte por ser atendido junto ao SUS, sem permitir a respectiva cobrança em retorno, significa admitir às operadoras o enriquecimento sem causa ou, em outras palavras, a venda de uma vaga no SUS.

3.1.4 Da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos – TUNEP e do Índice de Valorização do Ressarcimento – IVR

A Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) nº 17, de 30/03/2000 da ANS criou a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP), para fins de ressarcimento dos atendimentos prestados aos beneficiários de planos privados de assistência à saúde, por instituições públicas ou privadas, integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS). Os seus artigos 1º e 2º assim dispõem:

Art. 1º Aprovar, nos termos dos artigos 32 da Lei nº 9.656 de 03 de junho de 1998, a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos TUNEP, conforme anexo desta Resolução.

Art. 2º A TUNEP terá como finalidade única o ressarcimento, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, dos atendimentos prestados a seus beneficiários pelas entidades integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS, sendo vedada sua utilização para outros fins. (ANS, 2000, m/d).

A Tabela TUNEP foi definida a partir de um Comitê retirado da Câmara de Saúde Suplementar, que é um órgão da governança da ANS, mas que foi criado por inspiração de um órgão anterior que era o Conselho de Saúde Suplementar, formado por Ministros de Estado. Esta Tabela era atualizada a partir de muitos critérios, o que gerava muito desentendimento e inconformidade.

Esse primeiro período foi de alta judicialização, tanto pelo ineditismo da medida quanto pela instabilidade das normas que regiam o ressarcimento ao SUS, bem como pela instabilidade dos valores que eram cobrados das operadoras a este título. A TUNEP apresentava os valores dos procedimentos obrigatórios a serem ressarcidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, pelos serviços prestados a seus beneficiários da rede SUS. A dificuldade de consenso e a defasagem dos valores em procedimentos eram causas de inúmeras críticas.

Isto ocorreu durante praticamente 10 (dez) anos até que, em 2011, a ANS reviu o seu processo e o seu arcabouço regulatório, fazendo um estudo aprofundado pelo qual seria necessário um outro formato de cobrança de ressarcimento ao SUS; foi quando chegou ao IVR (Índice de Valoração do Ressarcimento), que estabelece índice de 1,5% (um e meio por cento) do serviço que era cobrado na Tabela SUS.

O fator numérico fixado para o aludido índice resultou de índices técnicos realizados pela agência reguladora, considerando o fluxo financeiro do SUS, a existência de convênios e as diferenças existentes entre o procedimento médico

singularmente registrado e o atendimento público como um todo, que depende da disponibilização da estrutura administrativa da saúde pública no território nacional.

Nesses termos, estabeleceu a Resolução Normativa nº. 251/2011 e, atualmente, a Resolução Normativa nº. 367/2014:

Art. 1º 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.

§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. (ANS, 2014, m/d).

Esse é um tema que foi bastante debatido e judicializado, e hoje temos uma queda dessa judicialização em razão desse instrumento ser mais simples de ser compreendido, fácil de ser aplicável e, portanto, mais adequado para a regulação desse instrumento.

Conforme parágrafo segundo da referida resolução, o IVR aplica-se aos atendimentos das competências a partir de janeiro de 2008. Decorre de um estudo bastante abrangente da ANS onde se considerou, além dos valores efetivamente praticados pela rede pública ao longo do país, como os custos administrativos com o próprio ressarcimento, ou seja, dinheiro público que é gasto para recuperar aquilo que sequer deveria ser atendido. Além de mais simples, independe de atualizações.

A jurisprudência aceita as duas regras por entender que o ressarcimento compreende não apenas os custos referentes aos procedimentos feitos pelos médicos, mas também todos os outros valores que são gastos no SUS para que o consumidor da operadora possa ser devidamente atendido na rede pública.

Acerca da higidez da incidência do IVR e da TUNEP, vejamos alguns julgados:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. RESSARCIMENTO AO SUS. PRESCRIÇÃO. NULIDADES INEXISTENTES. IMPROCEDÊNCIA NO MÉRITO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA. APELO DESPROVIDO.

[...]

5. A apelante alega que a cobrança do ressarcimento ao SUS pela utilização do serviço público de saúde não pode ser admitida, tendo em vista a condição dos beneficiários, em cumprimento de período de carência, e, portanto, sem cobertura contratual, além dos que estavam fora da área de abrangência geográfica do contrato. Ocorre que, em casos de emergência e urgência, a Lei 9.656/1998, em seus artigos 12, incisos V e VI, e 35-C, assegura a obrigatoriedade da cobertura contratual.

6. Desde a edição da Lei 9.656/1998, é perfeitamente possível a exigência de reembolso, em favor das instituições integrantes do SUS, dos valores gastos com atendimento médico prestado para beneficiários de serviços

contratados com operadoras de planos de assistência médica, impondo-se, pois, a confirmação da sentença.

7. E certo que, da mesma forma, não se verifica excesso nos valores estabelecidos pela TUNEP - Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos, sendo que não restou comprovado que os valores são superiores à média dos praticados pelas operadoras, sendo ainda que tais valores foram estabelecidos em procedimento administrativo, com participação de representantes das entidades interessadas.

8. Apelação improvida." (sem grifos no original)

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2280082 - 0000558-75.2014.4.03.6138, Rel. JUIZA CONVOCADA DENISE AVELAR, julgado em 21/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/03/2018).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. ATENDIMENTO NA REDE PÚBLICA DE SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. LEI Nº 9.656/98. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE VALORIZAÇÃO DO RESSARCIMENTO - IVR. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO.

1. Nas demandas que envolvam pedido de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde - SUS, nos termos do art. 32 da Lei nº 9.656/1998, a jurisprudência firmou entendimento de que é aplicável o prazo prescricional de cinco anos previsto no Decreto nº 20.910/1932. Precedentes do STJ e deste Tribunal.

2. É obrigatório o ressarcimento, por parte de operadoras de Planos de Saúde, dos valores despendidos para a prestação de serviços aos seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde (questão já analisada pelo Supremo Tribunal Federal no exame da ADI nº 1.931- 8 MC).

3. No caso sub judice, não restou comprovado que os valores cobrados com a aplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento (IVR) são superiores à média dos praticados pelas operadoras de Planos de Saúde, razão pela qual não há que se falar em abusividade ou excesso de cobrança.

4. Apelação desprovida."

(TRF 3ª Região, 3ª Turma, ApCiv - APELAÇÃO CÍVEL - 5003995-11.2018.4.03.6102, Rel. Desembargador Federal NELTON AGNALDO MORAES DOS SANTOS, julgado em 15/03/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 19/03/2019).

EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RESSARCIMENTO OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE. REPERCUSSÃO GERAL. RE 597064-RJ. TEMA 345. IVR. AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO IMPROVIDOS.

1. O entendimento do STJ é de que a prescrição para a cobrança da dívida ativa de natureza não tributária é quinquenal, com base no Decreto 20.910/1932.

2. "É constitucional o ressarcimento previsto no art. 32 da Lei 9.656/98, o qual é aplicável aos procedimentos médicos, hospitalares ou ambulatoriais custeados pelo SUS e posteriores a 4/6/1998, assegurados o contraditório e a ampla defesa, no âmbito administrativo, em todos os marcos jurídicos".

3. Os valores constantes da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP) foram fixados a partir de processo participativo, que contou inclusive com o envolvimento das operadoras de Planos de Saúde e a aplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR no cálculo do ressarcimento de valores ao SUS, encontrando-se dentro dos parâmetros fixados no art. 32, § 8º da Lei n.º 9.656/98, portanto, não se revelando desarrazoados ou arbitrários.

4. Agravo retido, conhecido, e Apelação improvido (sem grifos no original)

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2107832 - 0039126-86.2015.4.03.9999, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAIRAN MAIA, julgado em 20/03/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/03/2019).

Em sentido contrário, considerando que o ato normativo da ANS extrapolou o comando legal previsto no art. 32, §8º da Lei 9.656/98 ao editar o IVR, há jurisprudência minoritária colhida do TRF4. Assim vejamos:

ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. RESSARCIMENTO AO SUS. ARTIGO 32 DA LEI 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA NORMATIVA DA ANS. RESOLUÇÃO Nº 251/2011. ÍNDICE DE VALORAÇÃO DO RESSARCIMENTO - IVR. LIMITES LEGAIS. ABRANGÊNCIA DO RESSARCIMENTO. CARTÕES DE DESCONTO. - O artigo 32 da Lei n.º 9.656/98 teve a sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1931, sendo perfeitamente lícito à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) normatizar a matéria e cobrar das operadoras de Planos de Saúde o adimplemento de sua obrigação legal. - Os parâmetros estabelecidos pela Lei nº 9.656/98, nos termos do § 8º do art. 32, para fixação da cobrança do ressarcimento ao SUS, consistem em valores não inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de Planos de Saúde. - A Resolução Normativa ANS nº 251, ao prever em seu art. 4º, que 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, sem observar o limite previsto no § 8º do artigo 32 da Lei 9.656/98 (valores praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º do citado Diploma), viola a matriz legal, criando indevidamente fonte de custeio e avançando contra o patrimônio das operadoras. - A despeito dos questionamentos relacionados à validade de contratos de desconto (cartões de desconto ou de preço tabelado), e à possibilidade de atuação nesta área por parte das operadoras de planos de assistência à saúde, referidas modalidades não caracterizam Planos de Saúde, nos termos do entendimento da 2ª Seção desta Corte, e da própria ANS. Assim, tratando-se de figura que não se enquadra na Lei 9.656/99, descabido o ressarcimento dos serviços de atendimento relacionados aos referidos contratos, nos quais os custos são assumidos pelo próprio contratante. (TRF4, AC 5029445-44.2015.4.04.7100, TERCEIRA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 16/09/2016).

As razões que levaram à conclusão da ilegitimidade do índice são explicitadas a partir do voto do Relator condutor do acórdão:

Como se vê, a Resolução estabelece um percentual que acresce em 50% aquele orçado pelo SUS, quando prestado o atendimento. Não observa, contudo, o limite previsto no § 8º do artigo 32 da Lei 9.656/98, ou seja, aquele representado pelos valores praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º do citado Diploma. No particular, eventual excedente aos valores praticados pelas operadoras que seja exigido a título de ressarcimento deixa de ser uma indenização e passa a ser uma fonte de custeio, sem que haja previsão legal para tanto. Ademais, de rigor avança contra o patrimônio das operadoras. Nessas condições, legal a cobrança de valores de ressarcimento ao SUS, devendo, contudo, ser observada a limitação representada pelo valor que a

operadora, comprovadamente, paga para sua rede assistencial. (TRF4, AC 5029445-44.2015.4.04.7100, TERCEIRA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 16/09/2016).

Em que pesem os fundamentos, nos parece que o índice aplicado detém a legitimidade necessária. Advém do poder regulador da ANS, cujo processo participativo, desde sua criação foi discutida no âmbito do Conselho e Saúde Suplementar, de que participam gestores públicos e representantes das operadoras. Além disto, possui metodologia simplificada, que não se mostra desarrazoada ou arbitrária.

3.1.5 Outras modalidades de Planos

Outro fundamento a afastar o ressarcimento é o de ser descabida a cobrança sobre contratantes de modalidades não abrangidas pela Lei 9.656/98, quando os custos são assumidos pelo próprio contratante, como é o caso dos Planos na modalidade “custo operacional” ou “pós-pago”. Tratando-se de modalidade em que o custo é arcado pelo próprio usuário, e que não está regida pela Lei 9.656/98, não pode o artigo 32 da citada norma se prestar como fundamento para a cobrança de qualquer valor. Neste sentido:

ADMINISTRATIVO. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. RESSARCIMENTO AO SUS. ARTIGO 32 DA LEI 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA NORMATIVA DA ANS. RESOLUÇÃO Nº 251/2011. ÍNDICE DE VALORAÇÃO DO RESSARCIMENTO - IVR. LIMITES LEGAIS. ABRANGÊNCIA DO RESSARCIMENTO. CARTÕES DE DESCONTO.

- O artigo 32 da Lei n.º 9.656/98 teve a sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1931, sendo perfeitamente lícito à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) normatizar a matéria e cobrar das operadoras de Planos de Saúde o adimplemento de sua obrigação legal.

- Os parâmetros estabelecidos pela Lei nº 9.656/98, nos termos do § 8º do art. 32, para fixação da cobrança do ressarcimento ao SUS, consistem em valores não inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de Planos de Saúde. - A Resolução Normativa ANS nº 251, ao prever em seu art. 4º, que o valor de ressarcimento ao SUS resulta da multiplicação do Índice de Valoração do Ressarcimento - IVR, estipulado em 1,5 (um virgula cinco), pelo valor lançado no documento do SUS de autorização ou de registro do atendimento, sem observar o limite previsto no § 8º do artigo 32 da Lei 9.656/98 (valores praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º do citado Diploma), viola a matriz legal, criando indevidamente fonte de custeio e avançando contra o patrimônio das operadoras.

- A despeito dos questionamentos relacionados à validade de contratos de desconto (cartões de desconto ou de preço tabelado), e à possibilidade de atuação nesta área por parte das operadoras de planos de assistência à saúde, referidas modalidades não caracterizam Planos de Saúde, nos termos do entendimento da 2ª Seção desta Corte, e da própria ANS.

- Assim, tratando-se de figura que não se enquadra na Lei 9.656/98, descabido o ressarcimento dos serviços de atendimento relacionados aos referidos contratos, nos quais os custos são assumidos pelo próprio contratante. (TRF4, AC 5029445-44.2015.4.04.7100, TERCEIRA TURMA, Relator RICARDO TEIXEIRA DO VALLE PEREIRA, juntado aos autos em 16/09/2016)

Entretanto, trata-se de precedente minoritário, porquanto não há distinção legal que autorize a exclusão do ressarcimento ao SUS no caso de prestação de serviços a usuário de Planos de Saúde em outras modalidades. Neste sentido, a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO SUS. PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SUS. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 32 DA LEI N. 9.656/98. SÚMULA Nº 51 DESTA CORTE. SÚMULA NORMATIVA Nº 9 DA ANS. CONTRATO DE CUSTO OPERACIONAL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Trata-se de apelação interposta em face de sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação declaratória de nulidade e inexigibilidade de débito. 2. A apelante é operadora de planos privados de assistência à saúde, sujeitando-se, desta forma, aos ditames da Lei nº 9.656/98, a qual instituiu a obrigatoriedade das operadoras de planos privados de assistência à saúde ressarcirem ao Sistema Único de Saúde as despesas relativas aos atendimentos prestados aos beneficiários de seus planos, pelas entidades públicas ou privadas, estas últimas quando conveniadas ou contratadas pelo SUS, consoante o seu art. 32. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 2004, ao julgar a ADI 1931-8/DF, da relatoria do Min. Maurício Corrêa, decidiu pela constitucionalidade do art. 32 da Lei 9.656/98. No mesmo sentido esta Corte editou a Súmula 51. Precedente: TRF2, 5ª Turma Especializada, AC 201351010146512, Rel. Des. Fed. ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES, DJF2R 18.4.2016. 3. O art. 32 da Lei nº 9.656/98 não faz qualquer distinção quanto ao tipo contrato para fins de ressarcimento ao SUS, a aplicação da Lei não se encontra vinculada ao contrato, mas, sim, ao atendimento do SUS àqueles que possuíam Plano de Saúde privado e se utilizaram de procedimento médico-hospitalar após os atos normativos regulamentares, o que ocorreu no caso concreto. Portanto, são irrelevantes as características peculiares dos contratos de custo operacional (ou pós-pagamento), pois a exigência de reembolsar o erário decorre da Lei. Ademais, os contratos pós-pagos também são regulados pela Lei nº 9.656/98 e representam formas de se oferecer Planos de Saúde suplementar. Inteligência da Súmula Normativa nº 9 da ANS: "É devido o Ressarcimento ao SUS em todas as operações caracterizadas como de plano privado de assistência à saúde, mesmo naquelas em que a formação do preço é pós-estabelecida e seu pagamento é suportado pela pessoa jurídica contratante ou pelos beneficiários a ela vinculada, em sistema de rateio". Precedentes: TRF2, 8ª Turma Especializada, AC 00088119120114025101, Rel. Des. Fed. MARCELO PEREIRA DA SILVA, E-DJFR2 16.12.2015. 4. Apelação não provida. (TRF2 – Apelação 0000961-49.2012.4.02.5101, VICE-PRESIDÊNCIA, Rel. Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO, julgado em 08.08.2017, DJe 15.08.2017).

Do mesmo modo, a cláusula de coparticipação não vincula o beneficiário ao contrato, nem obsta o integral ressarcimento. Mesmo raciocínio se aplica às sociedades de autogestão, caso se questione a premissa do enriquecimento sem

causa, vez que são os próprios beneficiários que custeiam os serviços que lhe são prestados, sem intenção de lucro.

Não bastasse a ausência de distinção legal, a Súmula Normativa nº 9, de 10 de novembro de 2005 da ANS, consigna ser devido o Ressarcimento ao SUS “*em todas as operações caracterizadas como de plano privado de assistência à saúde*” (ANS, 2005), prevalecendo também com fundamento no próprio poder regulatório conferido à Agência a competência para estabelecer tal critério, a teor do art. 4, V da Lei 9.961/2000: “*estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS*” (BRASIL, 2000).

3.1.6 Da prescrição

As operadoras de Planos de Saúde sustentam (ou sustentaram até certo tempo) que o prazo prescricional para a cobrança do ressarcimento é de 3 (três) anos. Isto porque o ressarcimento teria caráter indenizatório, constituindo reparação pelo enriquecimento sem causa previsto no artigo 884 do Código Civil, cuja natureza é de direito privado, sujeitando-se ao prazo trienal previsto no artigo 206, §3º, IV, do Código Civil¹¹.

Ocorre que a vedação ao enriquecimento sem causa é apenas um dos fundamentos da obrigação. O artigo 32 da Lei 9.656/98 possui caráter público, ainda que não se negue eventual fundamento típico de direito civil. As pretensões indenizatórias da Fazenda Pública contra os particulares, mesmo fundadas em direito civil, também são regidas pela prescrição quinquenal, afastando-se os prazos menores fixados no Código Civil, tal como o prazo do artigo 206, §3º, IV, a fim de que seja aplicada a regra geral prevista no Decreto 20.910/32 considerada a cobrança da dívida ativa de natureza não tributária¹².

¹¹ Nesse sentido, a jurisprudência minoritária: TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1911774 - 0007935-22.2011.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAURÍCIO KATO, julgado em 13/11/2017, e-DJF3 Judicial 1, DATA:22/11/2017.

¹² Assim é o atual posicionamento pacificado pela jurisprudência: “*Conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o crédito referente ao ressarcimento ao SUS sujeita-se ao prazo prescricional quinquenal*” (STJ - AgInt no AREsp 1495902/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2020, DJe 20/02/2020).

Interessante destacar ainda, especialmente no que diz respeito aos processos administrativos, que a ANS, seguindo a Instrução Normativa TCU nº 63, de 2010 - que determina a prestação de Contas - se submeteu a uma auditoria, resultando em uma série de recomendações.

Dentre elas, algumas bastante positivas para a Agência, porque propiciou uma estrutura mínima na condição deste processo como, por exemplo, o processo eletrônico (PERSUS), mas também outras desfavoráveis às operadoras, como a imprescritibilidade dos créditos decorrentes do ressarcimento ao SUS vez que o art. 37, § 5º da CF estabelece que *“A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”* (BRASIL, 1988, m/d).

Tal parecer trouxe uma dificuldade na cobrança administrativa em anos muito anteriores aumentando, por consequência, a impugnação por período e a própria judicialização, afinal de contas, créditos não prescritíveis afrontam a segurança jurídica, e a origem do ressarcimento ao SUS não é prática de ilícito pela operadora de Plano de Saúde.

Registre-se que a tese da imprescritibilidade foi ventilada pelo Tribunal de Contas da União, por ocasião do Acórdão 502/2009 (DOU 31.03.2009); contudo, nem a própria Advocacia Geral da União (AGU) vem adotando a referida tese, conforme Despacho Conjunto nº. 06/2012/DIGEVAT - DIGEAP/CGCOB/PGF/AGU, filiando-se ao prazo quinquenal previsto no Decreto 20.910/32.

Superado o ponto, outros merecem destaque, tais como o termo inicial, suspensão e prescrição intercorrente.

O termo inicial de contagem do prazo prescricional é a notificação da decisão final do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, de modo que, enquanto pender o processo administrativo perante a ANS, não há fluência do prazo prescricional. A título de ilustração, o STJ já esclareceu as questões:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESSARCIMENTO AO SUS. PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/32. TERMO INICIAL. DECISÃO PROFERIDA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTE DO STJ. 1. A Segunda Turma desta Corte Superior, em hipótese análoga a dos autos, firmou orientação no sentido de que o termo inicial do prazo prescricional, previsto no Decreto 20.910/32, em hipótese de pretensão ressarcitória de valores ao SUS, se dá a partir da notificação da decisão do processo administrativo que apura os valores a serem ressarcidos, porquanto somente a partir de tal momento é que o montante do crédito será passível de ser

quantificado. Nesse sentido, o seguinte precedente: AgRg no REsp 1439604/PR, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 09/10/2014.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no AREsp 699.949/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2015, DJe 18/08/2015).

ADMINISTRATIVO. CRÉDITO DA ANS. CUSTOS DE INTERNAÇÃO E SERVIÇOS DE SAÚDE. BENEFICIÁRIOS DE PLANO DE SAÚDE. INSTITUIÇÕES INTEGRANTES DO SUS. RESSARCIMENTO. TERMO INICIAL. PRAZO DO LUSTRO PRESCRICIONAL.

1. O crédito da ANS foi apurado em processo administrativo, o qual é necessário ao cálculo dos valores que deverão ser ressarcidos ao Sistema Único de Saúde.

2. O entendimento do STJ é no sentido de que a prescrição para a cobrança da dívida ativa de natureza não tributária é quinquenal, com base no Decreto 20.910/1932.

3. Enquanto pendente a conclusão do processo administrativo, não há falar em transcurso de prazo prescricional, nos termos do art. 4º do Decreto 20.910/1932 ("não corre a prescrição durante a demora que, no estudo, ao reconhecimento ou no pagamento da dívida, considerada líquida, tiverem as repartições ou funcionários encarregados de estudar e apurá-la"). Com efeito, enquanto se analisa o quantum a ser ressarcido, não há, ainda, pretensão.

4. Só se pode falar em pretensão ao ressarcimento de valores após a notificação do devedor a respeito da decisão proferida no processo administrativo, uma vez que o montante do crédito a ser ressarcido só será passível de quantificação após a conclusão do respectivo processo administrativo.

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1524902/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/05/2015, DJe 16/11/2015).

Caso o ressarcimento não seja objeto de defesa administrativa, o termo inicial será a data do vencimento da cobrança, a teor do princípio da *actio nata*¹³.

Por outro lado, a partir da data do atendimento, a ANS dispõe do prazo de 5 (cinco) anos para iniciar o processo administrativo, através da geração dos respectivos Avisos de Beneficiários Identificados (ABI) e as Guias de Recolhimento à União (GRU's).

Por fim, quanto a prescrição intercorrente, ou seja, quando por inércia da ANS, o processo restar paralisado por mais de 5 (cinco) anos, aplicável o reconhecimento da perda da pretensão relativa a cobrança¹⁴.

¹³ . Nesse sentido: TRF1, Apelação 0024120-97.2017.4.01.9199, SÉTIMA TURMA, Rel. Ângela Catão, julgado em 22.08.2017, DJe 01.09.2017.

¹⁴ Nesse sentido, ver TRF2, apelação 0047586-39.2015.4.02.5101, VICE-PRESIDENCIA, Rel. Júlio Emilio Abranches Mansur, julgado em 24.10.2016, DJe 26.10.2016.

3.1.7 Ônus probatório

Ao par da pesquisa jurisprudencial realizada, foi possível constatar que, em muitas das vezes, a medida processual intentada pelas operadoras de Plano de Saúde restaram improcedentes face ao ônus probatório em demonstrar que o atendimento cujo ressarcimento é sollicitado não ocorreu em quaisquer das situações acima ventiladas, ônus do qual, em regra, não costumam se desincumbir.

À vista da presunção da legitimidade dos atos administrativos, compete às operadoras provarem que os atendimentos não se enquadram nas situações previstas em lei; contudo, especialmente por envolver prontuários médicos e a dificuldade quanto ao acesso devido ao seu natural sigilo, o caminho ao sucesso da defesa se torna bastante delicado.

O mesmo se pode dizer com relação à discussão dos índices aplicados, vez que se tratam de processos que, a depender da quantidade ou complexidade dos atendimentos, somente a nomeação de um perito contábil será capaz de asseverar se o IRV foi efetivamente aplicado nos cálculos da ANS e se tal aplicação importa em violação aos critérios legais previstos no art. 32, § 8º, da Lei 9.656/98.

Fato é que as demandas alusivas às prestações de saúde, dadas a sua complexidade, podem demandar conhecimento específico, de natureza técnica, seja médica ou contábil.

Destarte, há que se oportunizar às partes, sobretudo às operadoras, a produção de provas e diligências necessárias ao exercício do seu direito, especialmente se, a teor da análise documental disponível pela Agência Reguladora, não seja possível enquadrar ou não, por exemplo, o atendimento em razão de sua urgência e/ou emergência. Há que se garantir, pois, a ampla defesa e o contraditório face a sua índole de princípios constitucionais, sob pena de cerceamento de defesa.

Neste diapasão, confira-se julgado que reconheceu a nulidade da sentença e o conseqüente retorno dos autos à 1ª Instância para determinar a realização de prova pericial:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32 DA LEI 9.656/98. CONSTITUCIONALIDADE. NECESSIDADE DE PERÍCIA CONTÁBIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DA SENTENÇA.

I - No julgamento do RE 597064/RE, em sede de repercussão geral, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade do art. 32, da Lei 9.656/98, o qual, em seu § 8º, determina limites mínimo e máximo para fins

de ressarcimento ao SUS pelos serviços prestados a pacientes beneficiários de planos privados de assistência à saúde.

II - A todo modo, à míngua de perícia contábil, não se pode aferir se os valores cobrados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, ora promovida, são superiores à tabela do SUS e inferiores aos praticados pelos planos privados de assistência à saúde, nos exatos termos do aludido dispositivo legal. Na espécie, a parte autora requereu a produção de prova pericial, a qual restou indeferida pelo juízo monocrático, configurando cerceamento de defesa.

IV – Apelação da autora provida, para anular a sentença monocrática e determinar a realização de perícia contábil perante o juízo singular, nos termos do art. 370 do CPC vigente. Prejudicada a apelação da parte ré. (TRF1, Apelação 0016918-67.2017.4.01.3800, Rel. Souza Prudente, e-DJF3: 05.05.2019).

Contudo, via de regra, a solução dada às lides vem demandando exclusivamente análise documental. Nesse sentido, a jurisprudência majoritária:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - PROVA PERICIAL - DESSNECESSIDADE. 1. O processo não pode valer-se de diligências intermináveis e até mesmo protelatórias, mas deve resolver a questão que envolve a res in iudicium deducta, por meio do convencimento motivado do Juiz. 2. Doutrina de Humberto Theodoro Júnior. 3. Nesse sentido, o Código de Processo Civil consagrou importantes dispositivos que devem ser aplicados ao presente caso, os quais envolvem a produção de prova pericial : arts. 130, 283, 396 e 420. 4. A prova pretendida revela-se desnecessária na hipótese em que o mérito da demanda envolve questões que devem ser extraídas precipuamente de provas documentais, a instruírem a demanda desde a sua propositura, a não ser que se comprovem as hipóteses do art. 397 do CPC. 5. Precedente do C. STJ. 6. Agravo de instrumento a que se nega provimento." (TRF3, AI - 503931, processo: 0011180-37.2013.4.03.0000, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, e-DJF3: 11/10/2013).

Respeitado o entendimento acima, constatamos que a análise das questões controvertidas em demandas desta natureza, em regra, não será de questões exclusivamente de direito: especialmente se questionada a urgência e/ou emergência dos atendimentos, bem como a correção do índice aplicado, devendo atentar-se à produção de provas pelas partes, sob pena de cerceamento de defesa.

3.2 CONSEQUÊNCIAS PARA O ESTADO

Precipuamente, incumbe à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) detectar problemas na rede das operadoras de Planos de Saúde, ou seja, quando uma operadora ou seguradora oferta um Plano de Saúde para o consumidor, ela tem que ter uma rede de prestadores de serviços apta a fazer o atendimento de todas as necessidades daquele, desde que estejam dentro do rol de eventos e procedimentos cobertos editados pela ANS.

Quando isto não ocorre, há um índice maior de detecção de atendimentos de beneficiários de Planos de Saúde na rede pública de saúde, o que por si só caracteriza uma falha na estruturação da rede daquela operadora e, por isso, exige a atuação da ANS.

Além de detectar falhas na estruturação, há que se evitar o enriquecimento sem causa das operadoras; não necessariamente de um ato ilícito, mas sem causa, porque a operadora ofertou um serviço para o consumidor e ela deveria dar atendimento a este. Ao negar cobertura, ela deixa de prestar um serviço para o qual foi remunerada: daí o enriquecimento que se visa evitar.

Além disto, é dever do Estado promover preventivamente a tutela dos beneficiários dos Planos de Saúde, desestimulando o descumprimento por parte das operadoras, dos contratos celebrados. Antigamente era comum - hoje menos - dentro de uma atuação mais eficiente e efetiva da ANS e de uma gerência específica que trata exclusivamente do ressarcimento, que as operadoras formatassem seus produtos já considerando certa utilização da rede pública naquela região por questões econômicas. A ANS não pode estimular essa prática por se tratar de uma forma de atuação ilegal e irregular.

O Estado deve impedir o subsídio não programado, ainda que indireto, de atividades lucrativas com recursos públicos. A operadora, quando vai formatar um produto, ela faz um cálculo atuarial para desse cálculo chegar a um valor a ser cobrado de seus beneficiários que já contemple uma rede suficiente de atendimento. Não pode se considerar como subsídio não programado, sendo o ressarcimento ao SUS o instrumento adequado para esse impedimento.

Partindo esses objetivos, necessário analisar, sob a óptica do Estado, as consequências da utilização de um procedimento de saúde na rede pública por um assistido ou segurado da rede privada, ou seja, quais as ferramentas em defesa do ressarcimento e, a partir dos dados coletados, verificar as deficiências do controle pelos entes, a inadimplência e o custo social.

3.2.1 Ferramentas em defesa do ressarcimento

Faz parte do atual cenário institucional da ANS a preocupação com o ressarcimento ao SUS, encontrando-se no cronograma de suas atividades prioritárias,

cuja Agenda Regulatória 2016/2018 expressamente pontua a chamada “*integração com o SUS*” e o consequente aperfeiçoamento do processo de ressarcimento e integração das informações um de seus principais objetivos (ANS, 2017).

Percebe-se que a Agência, que já detinha atividades como o recebimento, guarda, processamento e monitoramento de dados sobre as operadoras, planos e beneficiários ultrapassa esses limites para que as informações sejam integradas com aquelas pertencentes ao Sistema Único de Saúde.

Um dos questionamentos do instituto do ressarcimento são seus altos custos operacionais vez que, além de tecnologia, são necessários funcionários, treinamento e medidas outras que visem recuperar os gastos públicos. Existem projetos legislativos em andamento no Senado Federal (mais à frente estudados) que propõem que as operadoras paguem um valor fixo ao SUS a fim de que não seja necessário se investir na estrutura de cobrança ou mesmo, de permitir o ressarcimento diretamente aos municípios.

Seja como for, a ANS exerce, ainda, controle sobre as reservas financeiras das operadoras, obrigando-as a efetuarem o provisionamento dos valores relativos ao SUS; uma espécie de obrigação de contabilização, cuja regulamentação é dada pela Resolução Normativa nº. 392/15. Assim vejamos:

Art. 2º A totalidade do valor constituído das provisões técnicas deverá, obrigatoriamente, ser lastreada por ativos garantidores na proporção de um para um.

§1º Estão dispensados da exigência de que trata o caput:

I - valores registrados na Provisão de Prêmios ou Contraprestações Não Ganhas;

II - débitos referentes a eventos/sinistros contabilizados e ainda não pagos que estejam garantidos por depósitos judiciais;

III - débitos referentes ao ressarcimento ao SUS que tenham sido objeto de parcelamento já aprovado pela ANS.

IV – débitos referentes a eventos/sinistros contabilizados e ainda não pagos que tenham como contrapartida créditos de operações com planos de assistência à saúde decorrentes de contratos de resseguro; e (Acrescido pela RN nº 419, de 2016)

IV – débitos referentes a eventos/sinistros contabilizados e ainda não pagos que tenham como contrapartida créditos de operações com planos de assistência à saúde decorrentes de contratos de seguro ou resseguro; (Alterado pela RN nº 430, de 07/12/2017)

V - débitos referentes aos processos de ressarcimento ao SUS sem inscrição em Dívida Ativa e sobrestados administrativamente, em virtude da decorrência de mais de 5 (cinco) anos do vencimento da GRU emitida. (Acrescido pela RN nº 419, de 2016)

VI – débitos referentes a eventos/sinistros contabilizados e ainda não pagos que tenham como contrapartida créditos a receber registrados nos últimos 60 dias decorrentes da utilização de serviços de assistência à saúde de beneficiários de outra operadora por meio de corresponsabilidade pela

gestão dos riscos decorrentes do atendimento dos beneficiários. (Incluído pela RN nº 430, de 07/12/2017)

§2º Não seguem a proporção de um para um de que trata o caput os débitos do ressarcimento ao SUS dos Avisos de Beneficiários Identificados- ABI notificados e ainda sem a emissão das respectivas Guias de Recolhimento da União - GRU pela ANS, cujo cálculo do valor a ser lastreado deverá ser feito conforme a seguinte fórmula:

$\%hc \times \text{ABI notificados e ainda sem a emissão das respectivas Guias de Recolhimento da União} \times (1 - \text{Índice de Efetivo Pagamento ao Ressarcimento ao SUS})$, onde:

a) o percentual histórico de cobrança (%hc) será calculado conforme previsto no § 1º do art. 2º da Instrução Normativa Conjunta nº 5, de 30 de setembro de 2011, da Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras – DIOPE e da Diretoria de Desenvolvimento Setorial – DIDES; e

b) o Índice de Efetivo Pagamento ao Ressarcimento ao SUS corresponderá ao percentual de efetivo pagamento administrativo das dívidas das operadoras de Planos de Saúde junto ao ressarcimento ao SUS, conforme divulgado mensalmente pela ANS em seu endereço eletrônico na Internet.

b) o Índice de Efetivo Pagamento ao Ressarcimento ao SUS corresponderá ao percentual de efetivo pagamento administrativo das dívidas das operadoras de Planos de Saúde junto ao ressarcimento ao SUS, sendo divulgado mensalmente pela ANS em seu sítio institucional na Internet (www.ans.gov.br) e calculado a partir da seguinte fórmula: (valores pagos + valores em parcelamento) / valores cobrados, sendo que: Redação dada pela RN nº 427, de 2017

1 - valores pagos: corresponde a soma de valores originais de GRUs efetivamente quitadas pelas operadoras, seja por meio de pagamento direto ou conversão em renda; Redação dada pela RN nº 427, de 2017

2 - valores em parcelamento: corresponde a soma de valores originais das GRUs que compõem parcelamentos deferidos; e Redação dada pela RN nº 427, de 2017

3 - valores cobrados: corresponde a soma de valores originais das GRUs de ressarcimento ao SUS. Redação dada pela RN nº 427, de 2017” (NR)

§ 3º Para fins de cálculo do Índice de Efetivo Pagamento ao Ressarcimento ao SUS, previsto na alínea “b” do § 2º do art. 2º, os valores relacionados a impedimentos judiciais ou suspensos por depósito judicial não serão considerados no numerador.” Redação dada pela RN nº 427, de 2017

Art. 3º É obrigatória a vinculação de todos os ativos garantidores, exceto a parcela que visa o lastro do saldo da Provisão de Eventos/Sinistros a Liquidar que tenham sido avisados nos últimos 30 (trinta) dias, conforme os critérios de reconhecimento contábil dispostos na regulamentação específica vigente. Parágrafo único. Para as operadoras de planos privados de assistência à saúde de pequeno ou médio porte, a exceção prevista no caput estende-se ao saldo da Provisão de Eventos/Sinistros a Liquidar que tenham sido avisados nos últimos 60 (sessenta) dias, conforme os critérios de reconhecimento contábil dispostos na regulamentação específica. (ANS, 2015, m/d)

Segundo Felipe Kertesz Renault (2018, p. 122) tal obrigação cria grave embaraço às operadoras, visto que, em geral os valores apontados pela ANS a título de ressarcimento ao SUS são superiores aos devidos.

Contudo, em que pese a insurgência das operadoras quanto ao suposto abuso no direito de regulamentar por parte da ANS ao dispor dessa forma, ante a inexistência de lei, em sentido estrito, que determine a vinculação de ativos garantidores ao ressarcimento ao SUS, a jurisprudência se orienta em sentido contrário:

APELAÇÃO. RESSARCIMENTO AO SUS. OPERADORA DE PLANO DE SAÚDE. LEI 9656/98. CONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DE ATIVOS GARANTIDORES. 1. Apelação interposta em face de sentença que, nos autos de mandado de segurança objetivando afastar a obrigatoriedade do cumprimento da Instrução Normativa Conjunta nº 5, de 30.9.2011, julgou improcedente o pedido. 2. Encontra-se dentro das atribuições da ANS a possibilidade de estabelecer regras de registro contábil para as empresas operadoras do Plano de Saúde, com a finalidade de controlar o equilíbrio econômico-financeiro das operadoras, de forma que tal normatização se insere no poder regulamentar da agência reguladora. 3. A obrigação de constituir ativos garantidores não deriva apenas de norma infra legal da ANS, conforme se depreende dos artigos 24 e 35-A da Lei nº 9.656/98. Não há que se falar em criação de obrigação independente de lei, como afirmado, bem como em ofensa ao princípio da legalidade. Precedente: TRF3, 4ª Turma, AC 00217179620114036100, Rel. Des. Fed. MARCELO SARAIVA, e-DFJ3 22.11.2016. 4. Apelação não provida. (TRF2, 0048939-22.2012.4.02.5101, 5ª Turma, Relator Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO, julgamento 11.06.2017).

Parece-nos razoável que, dentro das atribuições da ANS, seja possível estabelecer regras de registro contábil para as empresas operadoras do Plano de Saúde com a finalidade de controlar o equilíbrio econômico-financeiro das operadoras, de forma que tal normatização se insira no poder regulamentar da agência reguladora.

Nos termos da RN 392/2015, a ANS impõe aos Planos de Saúde o dever mensal da realização dos cálculos atuariais das despesas no intento de verificar a média de gastos que a operadora possui, devendo, através dessa média, o Plano deixar incólume o valor apurado para pagamento das dívidas/despesas em caso de “falência”, quebra da operadora.

Dentro desta provisão, a operadora deve realizar três cálculos distintos que chegarão num denominador referente às garantias necessárias, quais sejam: PESL (Provisão de Eventos/Sinistros a Liquidar), PEONA (Provisão para Eventos Ocorridos e Não Avisados) e PESLSUS (Provisão de Eventos/Sinistros a Liquidar referentes ao SUS - Ressarcimento ao SUS) (ANS, 2016).

A título de elucidação, na PESL, a operadora fará os cálculos dos valores faturados pelos prestadores ainda não pagos, devendo reservar tal quantia para, em caso de insolvência, ter como pagar os prestadores no exercício seguinte.

A PEONA é a média dos últimos 12 (doze) meses multiplicada pelo “fator PEONA” para garantir o pagamento das despesas ocorridas mas não conhecidas pelo Plano/Operadora. Serve para garantir os faturamentos futuros, casos em que o prestador já efetuou o serviço para o usuário, mas ainda não encaminhou para conhecimento da operadora.

Já a PESL SUS é a média de gastos com o ressarcimento ao SUS que o Plano deve reservar para, também em caso de insolvência, ter como pagar o Estado pelos gastos dos beneficiários.

Ou seja, após obter os montantes acima referidos, o Plano de Saúde, além de quitar sua dívida daquele mês, deverá reservar/provisionar em uma conta vinculada à ANS (conta esta em que a ANS tem ciência e controle), não podendo a operadora utilizar qualquer quantia lá discriminada, sob pena de intervenção, multa ou advertência caso o montante necessário não seja garantido, pois entenderia a Agência que a operadora seria um risco aos beneficiários/prestadores.

Portanto, além da operadora ter que pagar prestadores, hospitais, materiais, despesas administrativas, ainda deve separar uma considerável parte para, em caso de insolvência, ter uma retaguarda garantidora.

Caso ocorra a constatação de insuficiência de ativos garantidores para as provisões técnicas, com base no DIOPS (Documento de Informações Periódicas das Operadoras de Planos de Assistência à Saúde), a Agência pode enquadrar cada operadora.

Na medida em que as ferramentas em defesa do ressarcimento evoluíram, uma das consequências foi o crescimento do contencioso administrativo das operadoras contra o SUS considerando a inclusão nas contas e faturas automáticas dos serviços prestados. A propósito, Maury Ângelo Bottesini (2015, p. 434):

Os dispositivos regulamentares vindos com a Resolução RN 185, de 30.12.2008, não deixaram espaço para qualquer hipótese de prestação de serviços pelo SUS aos usuários de planos e seguros privados de assistência à saúde, que não sejam objeto de cobrança. Até mesmo os serviços que não sejam cobertos pelos planos privados de assistência à saúde têm sido incluídos nas contas e faturas de ressarcimento, dando origem a vultoso contencioso administrativo das operadoras e seguradoras contra o SUS, versando os serviços que seriam da atribuição da operadora do plano, mas que são prestados pela assistência oficial, o SUS especialmente ora em um ciclo especial de acompanhamento.

Tratam-se de regras prudenciais caracterizadas pelo fato da empresa não dispor de recursos financeiros suficientes para lastrear as provisões técnicas, o que consiste no cálculo dos riscos esperados inerentes às operações de assistência à saúde.

A depender do volume de atendimentos realizados pelo Sistema Único de Saúde, o quadro pode potencialmente ensejar grave instabilidade ou interrupção no fluxo de pagamentos aos prestadores assistenciais, inclusive ao próprio

ressarcimento, colocando em risco a continuidade na prestação dos atendimentos aos beneficiários, o que pode, inclusive, culminar com a instauração de procedimento administrativo com objetivo de promover o cancelamento compulsório do seu registro de operadora de planos de assistência à saúde.

Na hipótese de cancelamento compulsório de registro, a operadora deve ser notificada sobre a sua situação, bem como da necessidade de apresentar correção para as desconformidades apontadas pelo órgão regulador, tudo em conformidade com o risco de comprometimento da continuidade da assistência à saúde dos beneficiários, como prevê a Lei nº 9.656/98, em seu artigo 24- A:

Art. 24. Sempre que detectadas nas operadoras sujeitas à disciplina desta Lei insuficiência das garantias do equilíbrio financeiro, anormalidades econômico-financeiras ou administrativas graves que coloquem em risco a continuidade ou a qualidade do atendimento à saúde, a ANS poderá determinar a alienação da carteira, o regime de direção fiscal ou técnica, por prazo não superior a trezentos e sessenta e cinco dias, ou a liquidação extrajudicial, conforme a gravidade do caso. (BRASIL, 1998, m/d)

Verificada a situação de insuficiência de ativos garantidores estará evidenciado o grave risco à continuidade do atendimento assistencial aos beneficiários, conjuntura em que cabe à ANS implementar a medida regulatória mais adequada ao caso, visando proteger os beneficiários do risco de descontinuidade dos seus planos de assistência à saúde.

Caso a manutenção da situação eleve sobremaneira o risco de desequilíbrio em relação à atuação da operadora no mercado de Planos de Saúde, podendo comprometer a assistência aos beneficiários de Planos de Saúde, e, sendo identificada a existência de beneficiários, são ferramentas: a determinação de alienação compulsória da carteira da operadora como etapa antecedente ao cancelamento do seu registro ou a decretação do regime de liquidação extrajudicial da operadora (no caso dela também possuir dívida com a rede de prestadores de saúde).

3.2.2 As deficiências do controle pelos entes e a inadimplência

É impossível entender o mercado de Saúde Suplementar no Brasil dissociado do Sistema Único de Saúde (SUS), vez que ambos possuem fornecedores em comum, bem como a população de beneficiários da Saúde Suplementar está contida

no universo de cidadãos brasileiros que têm direito ao SUS. Ambos concorrem pela maioria dos fornecedores.

A principal diferença entre a participação pública e privada são os prestadores de serviços, a forma de remuneração dos serviços e o número de beneficiários que, nesse caso, representam 47 milhões que ao mesmo tempo dispõem de Planos ou Seguros-Saúde e detêm direito ao SUS.

Segundo Milton Augusto de Brito Nobre (2011, p. 286), boa parte dos prestadores de serviços atuam nos sistemas público e privado, acarretando maior disputa pelas vagas e, levando-se em consideração o volume de recursos no setor privado, especialmente em serviços de baixa e média complexidade – onde há alta cobertura por Planos -, a tendência é a priorização do sistema privado em detrimento do serviço público de saúde.

Segundo matéria publicada no site da Associação Brasileira de Planos de Saúde (ABRAMGE), em entrevista ao procurador jurídico do Instituto de Defesa do Consumidor (IDEC), “o que as empresas de Saúde Suplementar fazem é vender uma vaga no SUS para aqueles que podem pagar Planos de Saúde”¹⁵. Com base nos dados fornecidos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e divulgados na mesma matéria, do montante de R\$ 1,6 bilhão cobrado das operadoras pela ANS para ressarcimento ao SUS, apenas 37% (cerca de R\$ 621 milhões) foram pagos. Enquanto isso, 19% (mais de R\$ 331 milhões) foram parcelados e 44% (mais de R\$ 742 milhões) não foram nem pagos nem cobrados. Isto é, 63% das dívidas ainda não foram quitadas pelas operadoras.

Preocupa, observando os limites continentais do nosso território, o controle adequado de informações geradas no atendimento do Sistema Único de Saúde, que além dos grandes centros, possui milhares de municípios sem a infraestrutura necessária seja para atender, quiçá para ter o controle necessário para reaver do SUS os custos despendidos pelos procedimentos.

Exemplo disso, Sérgio Zagarino Júnior, em análise do controle de informações do Município de Guarujá-SP, avaliou a deficiência do controle de informações, colhendo os seguintes dados:

¹⁵ Conforme entrevista disponível no site da ABRAMGE, no sítio: <<https://www.abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/abramge-na-midia/298-o-que-operadoras-fazem-e-vender-uma-vaga-no-sus-para-clientes-diz-idec>>. Acesso em: 17 fev. 2020.

No ano de 2018 foram identificados 4.782.942 (quatro milhões setecentos e oitenta e dois mil novecentos e quarenta e dois) atendimentos somando um montante de R\$7.890.000.000,00 bilhões.

Deste montante apenas 31,75% dos atendimentos (1.518.161), o equivalente a R\$2.190.000.000,00 bilhões (dois bilhões cento noventa milhões de reais), foram admitidos de plano pelas operadoras de saúde, efetuando o pagamento para a ANS sem apresentar impugnação.

Os demais 68,25%, 3.264.781 (três milhões duzentos e sessenta e quatro setecentos e oitenta e um) atendimentos, que somam R\$5.710.000.000,00 (cinco bilhões setecentos e dez milhões de reais), foram impugnados pelas operadoras de saúde, sendo que 49.174 atendimentos foram impugnados de forma intempestiva, fazendo com que aumentasse a conta das operadoras de repasse ao SUS no importe de R\$73,39 milhões.

Em relação aos casos julgados, foram deferidos 954.229 atendimentos, deixando as operadoras de ter que arcar com a monta de R\$ 1,96 bilhões e foram indeferidos 1.686.996 processos de atendimentos o que soma a dívida das operadoras a soma de R\$ 2,79 bilhões.

Assim, no ano de 2018 as operadoras devem responder por 3.254.331 atendimentos, o equivalente a R\$ 5,05 bilhões. (ZAGARINO JÚNIOR, 2019, p. 66-67)

Para o referido autor, *“a falta de informação dos gestores e a má execução dos serviços públicos na implementação da política pública parecem ser os principais problemas para a ausência de obtenção de dados”* (ZAGARINO JÚNIOR, 2019, p. 138).

Embora seja um problema de difícil solução, possíveis caminhos passam pela interligação do processo e da comunicação, atualização imediata e permanente dos Planos de Saúde às normativas da ANS e as necessidades de investimento em uma infraestrutura de tecnologia de informação, tanto por parte das operadoras quanto dos prestadores de serviços, o que pode permitir a redução de falhas humanas que vão desde o atendimento inicial do paciente até a conferência em bancos de dados rudimentares.

3.2.3 Os impactos sobre do mercado de assistência médica

Segundo informações obtidas no site do Ministério da Saúde¹⁶ no ano de 2017 (até outubro) foram notificados 852.089 atendimentos, cujo valor soma R\$ 1,1 bilhão. Em 2016, haviam sido notificados 577.194 atendimentos, o equivalente a R\$ 894 milhões. Neste período de 2017, a ANS analisou 466.418 atendimentos em 1ª instância e 303.593 atendimentos em 2ª instância, cuja expectativa era que fossem analisados mais de 550 mil atendimentos, ultrapassando a quantidade total de

¹⁶ Disponíveis no sítio: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42226-ans-repassa-valor-recorde-de-ressarcimento-ao-sus-em-2017>>, acessado em 17 fev. 2020.

análises de 2016 - melhor ano da série histórica apresentada - em 3,21%. Quanto aos atendimentos analisados em 2ª instância, se for mantida a média mensal deste ano, estima-se que sejam analisados mais de 350 mil atendimentos em 2017, ultrapassando a quantidade total de análises de 2014 - melhor ano da série histórica apresentada - em 147,86%.

Conforme os dados verificados, observa-se, ao longo da última década, o número crescente de beneficiários de assistência médica suplementar, o que permite, ao menos em tese, concluir por ganhos em escala, maior segurança econômico-financeira, bem como maior garantia de que os serviços - quando contratados, quando necessários - serão realizados.

Some-se a isto fato de que a quantidade de operadoras remanescentes vem sendo reduzida. A distribuição dos beneficiários entre as empresas demonstra a ampliação da concentração do mercado e, por consequência, a expansão da receita e a menor concorrência entre os seus atores.

Dentre estes atores, destacam-se em crescimento, ao longo destes últimos anos, as cooperativas médicas, as medicinas de grupo e as seguradoras especializadas em saúde.

A contrapartida desse mercado que se mostrou tão promissor é a expansão das coberturas, ou seja, mais pessoas bateram às portas das empresas e, à medida que isso acontece, muitas ficaram de fora, elevando o número de ABI's (Aviso de Beneficiário Identificado), ou seja, de segurados que se utilizaram da rede pública.

No âmbito municipal, verifica-se que inúmeros municípios não vêm se utilizando do sistema de informatização do E-Sus de forma adequada, seja porque ainda utilizam o preenchimento dos atendimentos de forma manual, seja diante da ausência do próprio questionamento do paciente acerca de ser usuário do Sistema de Saúde Suplementar e, ainda, face à falta de informações e qualificação dos gestores e servidores desde as UPA's (Unidades de Pronto Atendimento e Hospitais) até as UBS's (Unidades Básicas de Atendimento). Sobre este aspecto, Sérgio Zagarino Junior, realizando uma análise do controle adequado de informações no Município de Guarujá-SP, concluiu:

Com base nas informações obtidas, é possível concluir a presente pesquisa com uma perspectiva de melhora na implementação da política pública, para que seja alcançado o ponto mais importante relacionado a este trabalho, qual seja, efetiva obtenção de dados dos usuários para posterior confrontação de dados do sistema da ANS e real informação acerca dos valores a serem

ressarcidos ao Município de Guarujá – SP, oriundos do Fundo Nacional de Saúde com repasses realizados pelas operadoras de saúde após todo o processo administrativo. (ZAGARINO JÚNIOR, 2019, p. 149)

A respeito de alguns dados, já em âmbito nacional, Januário Montone assinala que as operadoras, há duas décadas, isto é, logo após a entrada em vigor da Lei dos Planos de Saúde, apesar de não impugnarem administrativamente o ressarcimento, não realizavam o pagamento:

O valor total dos procedimentos identificados no período de 2000 a 2006 é de R\$ 1,17 bilhão, calculado pelo valor da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP), que é superior ao da Tabela do SUS. Mesmo assim, representa apenas 0,64% das receitas do setor, considerando apenas o seguimento assistência médico- hospitalar. Em 22% dos casos, as operadoras não fazem impugnação e não pagam. Em 78% dos casos, as operadoras oferecem impugnação e, em casos que estavam em análise até dezembro de 2006, chegamos à 45,6% de deferimentos ou 58% dos casos impugnados. No resumo chegamos a 43% dos casos aptos para cobrança, num total de R\$ 502 milhões, dos quais R\$ 78 foram efetivamente recebidos. (MONTONE, 2009, p. 57)

À medida que as ferramentas em defesa do ressarcimento evoluíram (aumentando as notificações e lançamentos), uma das consequências foi o crescimento do contencioso administrativo das operadoras contra a ANS.

Para melhor compreensão, vejamos alguns dados extraídos do site da ANS sobre o ressarcimento¹⁷. O número de atendimentos identificados que vinham crescendo até 2017 vem caindo desde então.

O mesmo se aplica aos valores cobrados. Em compensação, o índice de efetivo pagamento vem subindo, atingindo o percentual de 43% no último ano, dado que é sentido no encaminhamento para inscrição em dívida ativa.

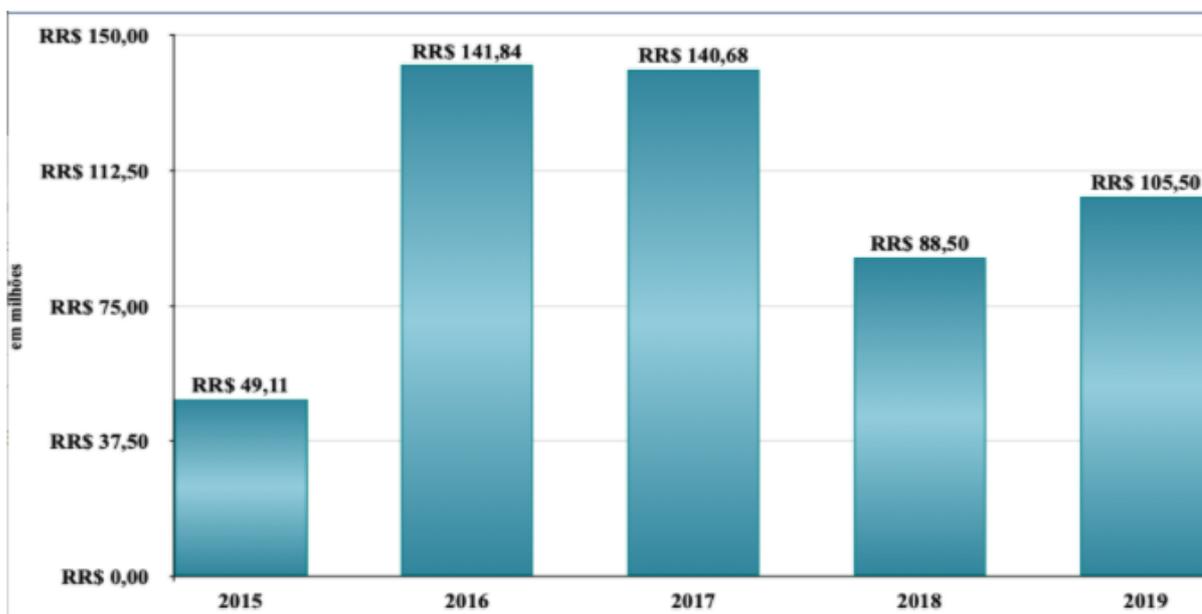
Assim vejamos:

¹⁷ As figuras 3 a 7, constantes deste capítulo, encontram-se em sítio da ANS, disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/integracao-e-ressarcimento-ao-sus>>, acessado em 19 fev. 2020.

Figura 3 - Pagamento do Ressarcimento ao SUS por ano de lançamento de ABI (em milhões)

Ano de Lançamento dos ABIs	Total Identificado no Ano	Total Cobrado (GRUs entre 2001-2020)	Valor Total Pago à Vista	Total Parcelado	Total Pago + Parcelado	Índice de Efetivo Pagamento
anos anteriores	2.924.157.830	R\$ 2.910.105.899,98	R\$ 12.980.150,28	R\$ 644.606.678,58	R\$ 657.586.828,86	23%
2015	410.594.956	R\$ 408.012.433,02	R\$ 626.896,45	R\$ 117.234.094,71	R\$ 117.860.991,16	29%
2016	650.144.970	R\$ 645.816.921,35	R\$ 4.224.467,53	R\$ 190.356.236,21	R\$ 194.580.703,74	30%
2017	984.695.490	R\$ 978.594.858,01	R\$ 34.500.949,17	R\$ 251.010.258,81	R\$ 285.511.207,98	29%
2018	790.237.438	R\$ 788.206.351,38	R\$ 64.804.306,79	R\$ 189.294.940,53	R\$ 254.099.247,32	32%
2019	561.911.181	R\$ 561.774.268,64	R\$ 119.386.420,50	R\$ 119.579.189,50	R\$ 238.965.610,00	43%
TOTAL	6.321.741.866	R\$ 6.292.510.732,38	R\$ 236.523.190,71	R\$ 1.512.081.398,34	R\$ 1.748.604.589,05	28%

Fonte: SCI/ANS e SGR/ANS, até 04/2020.

Figura 4 - Encaminhamento para Inscrição em Dívida Ativa - 2015 a 2019

Fonte: SCI/ANS e SGR/ANS, até 12/2019.

Observados os últimos 10 (dez) anos, verifica-se que a quantidade de interações que vinha subindo até 2013 entra em ligeira queda. Em compensação, o número total de atendimentos vem se elevando, incluindo as APAC's (Autorizações de Procedimentos Ambulatoriais), fato sentido na alta dos valores arrecadados:

Figura 5 - Atendimentos identificados no âmbito do Ressarcimento ao SUS e valores em reais, no Brasil, por ano de ocorrência no SUS

Ano do Atendimento no SUS	Internações (AIH)	
	Quantidade	Valor
2010	278.424	R\$ 547.851.179,58
2011	221.958	R\$ 502.281.029,50
2012	320.190	R\$ 680.090.296,83
2013	331.305	R\$ 742.012.021,41
2014	281.536	R\$ 611.256.157,45
2015	247.842	R\$ 518.198.241,05
2016	219.888	R\$ 468.607.406,85
2017	205.346	R\$ 451.054.345,20
2018	184.316	R\$ 386.017.073,83

Fonte: SCI/ANS e SGR/ANS, até 06/2018.

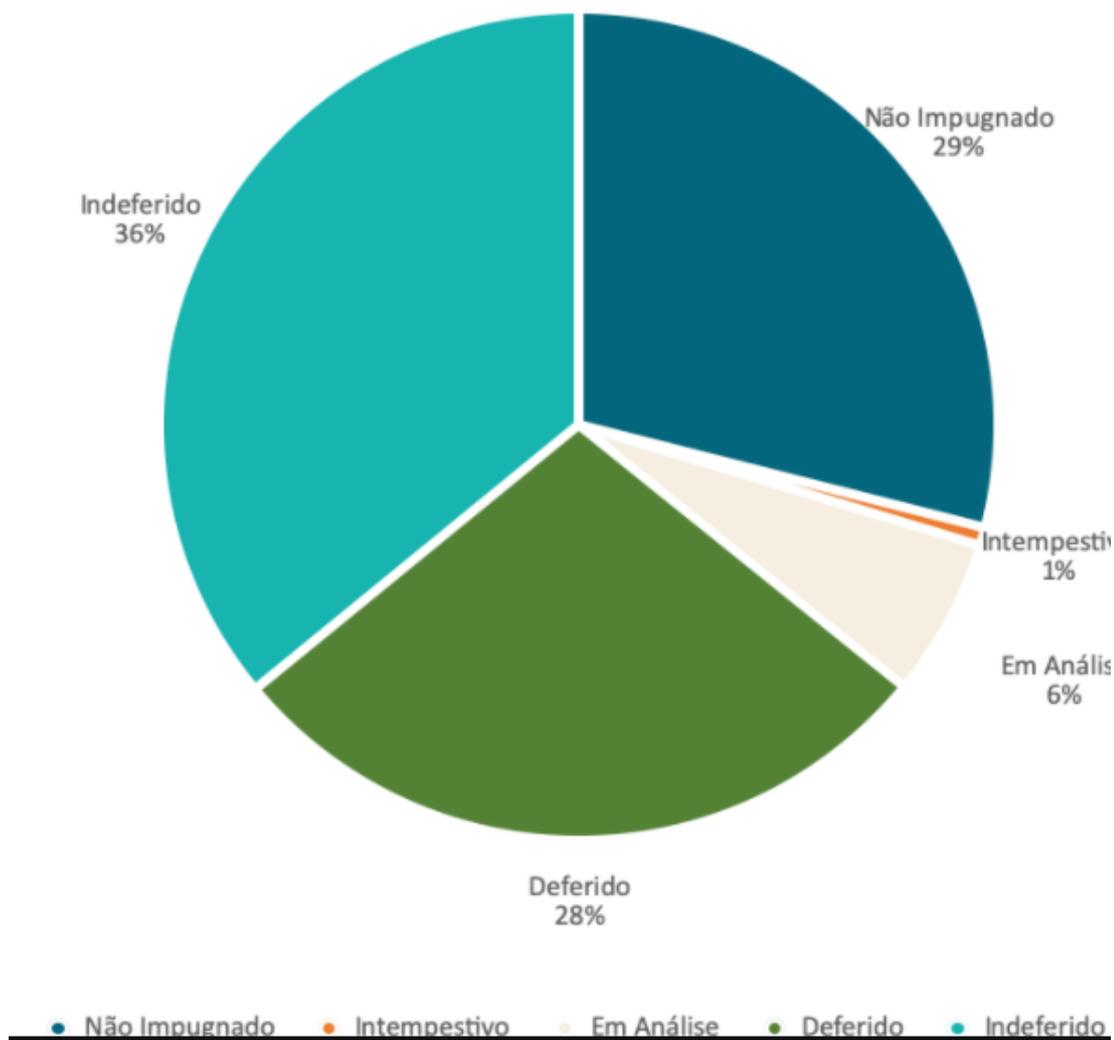
Figura 6 - Atendimentos cobrados com GRU emitida no âmbito do Ressarcimento ao SUS e valores em reais, no Brasil, por ano de ocorrência no SUS

Ano	Atendimentos	Valor	Valor (R\$ milhões)
2010	23.444	R\$ 35.193.745,89	R\$ 35,19
2011	131.665	R\$ 206.050.309,39	R\$ 206,05
2012	132.791	R\$ 211.288.299,32	R\$ 211,29
2013	221.445	R\$ 354.021.473,58	R\$ 354,02
2014	290.103	R\$ 519.658.509,08	R\$ 519,66
2015	120.904	R\$ 218.931.127,69	R\$ 218,93
2016	444.897	R\$ 691.320.092,48	R\$ 691,32
2017	520.567	R\$ 716.299.954,74	R\$ 716,30
2018	720.214	R\$ 1.008.474.211,28	R\$ 1.008,47
2019	973.690	R\$ 1.563.987.482,66	R\$ 1.563,99

Fonte: SCI/ANS e SGR/ANS, até 04/2020.

Quanto aos dados do processo administrativo do ressarcimento, constata-se que, em sua maioria, os atendimentos identificados ou são indeferidos ou não impugnados, somando o percentual de 65% do total, onde se incluem também os deferidos (28%), intempestivos (1%) e em análise (6%):

Figura 7 - Distribuição dos valores de atendimentos identificados segundo status no Processo de Ressarcimento ao SUS



Fonte: SCI/ANS e SGR/ANS

Percebe-se, ainda, a partir dos dados gerais lançados pela ANS¹⁸, que embora o número total de operadoras tenha reduzido, isto se deve principalmente pela aquisição de marcas por outras operadoras.

¹⁸ As figuras 8 a 10, constantes deste capítulo, encontram-se em sítio da ANS, disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor/integracao-e-ressarcimento-ao-sus>>, acessado em 19 fev. 2020.

Ainda assim, compararmos com os números do início da década, verifica-se que a atividade cresceu bastante no setor na última década, movimentando R\$ 213 bilhões em 2019 em receitas, considerando a elevação do número de beneficiários, bastante impulsionado pelos planos odontológicos que praticamente dobraram desde então:

Figura 8 - Beneficiários de planos privados de saúde, por cobertura assistencial (Brasil – 2010 a 2020)

Ano	Beneficiários em planos privados de assistência médica com ou sem odontologia	Beneficiários em planos privados exclusivamente odontológicos
Dez /2010	44.937.350	14.514.074
Dez /2011	46.025.814	16.669.935
Dez /2012	47.846.092	18.538.837
Dez /2013	49.491.826	19.561.930
Dez /2014	50.531.748	20.081.836
Dez /2015	49.278.548	20.810.395
Dez /2016	47.635.886	21.164.331
Dez /2017	47.095.399	22.347.594
Dez /2018	47.092.779	24.216.325
Dez /2019	47.037.407	25.797.080
Jun /2020	46.723.204	25.266.747

Fonte: Sistema de Informações de Beneficiários-SIB/ANS/MS - Dados atualizados até 07/2020

Figura 9 - Operadoras com beneficiários (Brasil – 2010 à 2020)

Ano	Operadoras médico-hospitalares	Operadoras exclusivamente odontológicas	Total de operadoras com beneficiários
Dez /2010	1.045	374	1.419
Dez /2011	1.015	369	1.384
Dez /2012	962	359	1.321
Dez /2013	920	344	1.264
Dez /2014	874	343	1.217
Dez /2015	828	327	1.155
Dez /2016	790	305	1.095
Dez /2017	766	291	1.057
Dez /2018	749	289	1.038
Dez /2019	727	280	1.007
Jul /2020	717	269	986

Fontes: Cadastro de Operadoras/ANS/MS e Sistema de Informações de Beneficiários-SIB/ANS/MS. Dados atualizados até 07/2020.

Figura 10 - Receita de contraprestações das operadoras (em Reais) (Brasil – 2011 à 2020)

Ano	Receita de contraprestações	Outras receitas operacionais	Despesa assistencial	Despesa administrativa	Despesa de comercialização	Outras despesas operacionais
2011	84.821.575.963	19.750.658.043	68.864.809.673	13.204.508.561	2.745.924.331	14.154.092.321
2012	95.853.680.339	20.360.813.441	80.112.826.811	14.261.625.566	3.152.901.509	13.682.829.619
2013	109.927.620.595	14.910.319.352	90.925.302.328	15.017.643.463	3.501.861.811	14.132.771.296
2014	127.777.444.503	14.910.944.501	106.496.081.722	16.816.617.032	4.172.816.917	15.048.990.235
2015	144.701.906.083	15.333.832.284	120.119.877.388	17.830.659.710	4.839.088.798	16.111.089.254
2016	163.246.294.916	17.240.240.037	137.123.914.097	19.372.921.338	5.384.362.883	17.946.513.808
2017	180.893.859.503	17.028.477.006	150.583.574.465	20.176.363.171	5.455.991.738	18.025.945.719
2018	197.438.238.418	13.268.654.502	161.469.397.459	20.578.358.346	5.924.588.751	16.236.544.754
2019	213.457.018.559	12.738.781.354	174.539.061.631	21.540.715.476	6.503.128.793	16.293.459.922
2020	110.077.615.823	5.236.307.131	78.167.388.881	10.368.192.065	3.436.454.528	9.520.323.510

Fontes: DIOPS/ANS/MS – 24/08/2020¹⁹

Segundo informado pela ANS, em seu Boletim Informativo “*Utilização do Sistema Único de Saúde por Beneficiários de Planos de Saúde e Ressarcimento ao SUS*”, de dezembro de 2019, a ANS fez o repasse recorde de R\$ 1,15 bilhão ao Sistema Único de Saúde (SUS): um aumento de 47% em comparação ao ano anterior. Sem dúvida, apesar das dificuldades ainda existentes, são números que representam um grande avanço do ressarcimento. (ANS, 2019)

3.2.4 Do custo social

Além do impacto financeiro para o Estado, a utilização de um procedimento de saúde na rede pública por um assistido ou segurado da rede privada pode gerar todo um custo social.

É sabido que existem serviços de alta complexidade e alto custo que demandam especialistas e equipamentos de ponta. Caso a operadora não autorize a cobertura ou interrompa o tratamento, competirá ao SUS custear o atendimento

¹⁹ Notas: 1) Dados de 2020 referentes ao acumulado do 2º trimestre; 2) Dados preliminares, sujeitos à revisão; 3) Somente a partir de 2007, as operadoras da modalidade Autogestão passaram a enviar obrigatoriamente informações financeiras, com exceção daquelas por SPC (Secretaria Previdência Complementar), obrigadas a partir de 2010. As Autogestões por RH (Recursos Humanos) não são obrigadas a enviar informações financeiras.

restante, proporcionando ao segurado da rede privada prioridade no tratamento que, uma vez iniciado, não deve ser interrompido.

A partir disto, indaga-se: e o restante dos pacientes do SUS que aguardava o início do tratamento na interminável ordem cronológica do Sistema?

À guisa de exemplo, é comum que a modalidade de um paciente diagnosticado com câncer seja a de se submeter à quimioterapia. Como relata reportagem do portal eletrônico Metrôpoles²⁰ datada de 20/12/2019, o plano cobre apenas 5 (cinco) sessões de um total de 20 (vinte) necessárias. As demais são feitas pelo Sistema Único de Saúde. Após a 5ª sessão, a última coberta pela operadora privada, o paciente continua normalmente seu tratamento na rede pública, entrando na frente de um paciente que iniciaria seu tratamento pelo SUS.

Evidente que os procedimentos de saúde cobertos pelos Planos não podem sofrer limitações quando o paciente está em tratamento e quando prescritos por médico. Além da inteligência do artigo 35-F da Lei 9656/98²¹, a jurisprudência possui entendimento remansoso no sentido de que reconhecida a incidência do Código de Defesa do Consumidor, impende reconhecer também a abusividade da cláusula contratual/estatutária que limita a quantidade de sessões anuais de radioterapia e de quimioterapia cobertas pelo Plano. Trata-se de aplicação, por analogia, da Súmula 302/STJ que prevê ser abusiva a cláusula contratual de Plano de Saúde, que limita no tempo a internação hospitalar do segurado²².

Contudo, o exemplo estudado recomenda reflexão na medida em que, sem a obtenção de uma tutela jurisdicional que obrigue as operadoras a não limitarem o tratamento - seja por emprego de entendimento diverso do Poder Judiciário que presidiu a causa ou mesmo porque o prejudicado não se socorreu da via judicial -, fato é que restará ao paciente ser atendido pelo Sistema Único de Saúde.

A limitação de sessões de quimioterapia é um de inúmeros outros que podem vir a ocorrer, seja em sede de tratamentos iniciados que são limitados por questionável cláusula contratual, como também de casos em que a própria operadora de Plano de

²⁰ Publicação disponível no sítio eletrônico <<https://www.metropoles.com/brasil/operadoras-de-plano-de-saude-devem-r-16-bilhao-ao-sus>>, acessado em 20 set. 2020.

²¹ "A assistência a que alude o art. 1º desta Lei compreende todas as ações necessárias à prevenção da doença e à recuperação, manutenção e reabilitação da saúde, observados os termos desta Lei e do contrato firmado entre as partes." (BRASIL, 1998, m/d).

²² Neste sentido: REsp 1115588/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009.

Saúde venha a encerrar suas atividades ou mesmo tenha sua rede credenciada esvaziada.

O descredenciamento e a substituição de entidades devem observar às regras dispostas no art. 17 da Lei nº 9.656/98, de modo que a operadora do Plano não pode esvaziar a rede de atendimento sem providenciar instituições médicas equivalentes às anteriores ou deixar os consumidores sem referência de atendimento.

O dever de continuidade preconizado pela norma em comento, atrelado ao dever de informar e da vedação de cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, em respeito ao artigo 6º, inciso III e artigo 51, inciso IV - ambos do CDC - são balizas adotadas no impedimento de tal prática. Assim, vejamos a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. CESSÃO DE CARTEIRA DE CLIENTES DA GOLDEN CROSS À UNIMED RIO. Redução da recredenciada, em contrariedade com informações prestadas anteriormente. Dever se informação que se insere dentre os direitos básicos do consumidor. Dificuldades na transição que não podem ser opostas ao beneficiário do plano. Recusa no atendimento, por parte dos prestadores, que se deu em razão da ausência de cobertura. HONORÁRIOS RECURSAIS. Fixação. Recurso processado na vigência do CPC/2015. Sentença mantida. RECURSO IMPROVIDO. (TJSP; Apelação 1011363-05.2016.8.26.0002; Relator (a): Rosângela Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 12/01/2017; Data de Registro: 12/01/2017) (grifo nosso)

“PLANO DE SAÚDE. CARTEIRA DE CLIENTES QUE PASSOU DA GOLDEN CROSS PARA A UNIMED-RIO. Negativa de tratamento oncológico em hospital no qual o autor já fazia tratamento. Correspondência que garantia a mesma rede credenciada de hospitais. Descredenciamento que não respeitou o art. 17 § 1º da Lei 9656/98. Multa e honorários mantidos conforme determinados na sentença. Recuso desprovido.” (TJSP; Apelação 1059595-16.2014.8.26.0100; Relator (a): Ana Lucia Romanhole Martucci; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 32ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/11/2015; Data de Registro: 24/11/2015) (grifo nosso)

APELAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. TUTELA ANTECIPADA. REDE CREDENCIADA ALTERADA EM PREJUÍZO DA AUTORA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PLEITO DE REFORMA DA AUTORA. CABIMENTO. RESPONSABILIDADE DAS CORRÉS UNIMED RIO E A FEDERAÇÃO DA UNIMEDS DO ESTADO DE SÃO PAULO. CESSÃO DA CARTEIRA DE BENEFICIÁRIOS DA GOLDEN CROSS À UNIMED RIO. Restrição da rede credenciada na mesma abrangência antes disponibilizada à beneficiária. Dever de continuidade dos serviços imposto pelo acordo firmado com a ANS e o CADE. Descredenciamento de prestadores de serviço que é permitida desde que comunicados os beneficiários do seguro garantida a qualidade do serviço. Inteligência do artigo 17, §1º, da Lei nº 9.656/98, cujos requisitos não foram demonstrados no caso. Expectativa da manutenção das mesmas condições de cobertura, extensíveis aos hospitais Oswaldo Cruz e Sírio

Libanês. Respeito aos artigos 51, inciso IV e artigo 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes deste E. Tribunal. Sentença Alterada. Recurso a que se dá provimento. (TJSP; Apelação 1003977-28.2015.8.26.0011; Relator (a): José Rubens Queiroz Gomes; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/09/2015; Data de Registro: 26/09/2015) (grifo nosso)

Destarte, o Sistema Único de Saúde necessita do setor da Saúde Suplementar e, quando este não funciona o que dele se espera, há todo um custo social. Sobrecarrega-se o Estado, já esgotado como garantidor do direito à saúde, como também na figura de regulador do mercado de Saúde Suplementar.

3.2.5 Os projetos legislativos que visam modificar o ressarcimento

Ao cabo deste capítulo, vale destacar que existem projetos legislativos que buscam modificar o SUS, quer seja de alteração do art. 32 da Lei 9656/98, como também de outras legislações pertinentes, como a própria Lei 8.080/90, que regula as ações e serviços de saúde, no âmbito das pessoas jurídicas de direito público ou privado, visando integralizar melhor o sistema normativo.

Para tanto, foi criada uma Comissão Especial destinada a proferir Parecer ao Projeto de Lei nº 7.419, de 2006, do Senado Federal, que *"altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde"*, e apensados. Assim vejamos a nova redação até aqui proposta no tocante ao ressarcimento:

Art. 32

§ 1º O ressarcimento a que se refere o caput será efetuado diretamente pelas operadoras ao ente federativo a que esteja vinculado o estabelecimento de saúde responsável pela prestação do serviço, com base em regra de valoração aprovada e divulgada pela ANS, observado o disposto no §2º.

§ 2º-A O ente federativo a que esteja vinculado o estabelecimento de saúde responsável pela prestação do serviço deverá comunicar a operadora de Planos de Saúde sobre o atendimento de paciente por ela segurado no prazo de até setenta e duas horas da sua entrada.

§ 2º-B No caso de estabelecimento de saúde que esteja vinculado a mais de um ente federativo por força de contratos ou de convênios, o ressarcimento seguirá as seguintes regras:

I – o ressarcimento será devido ao ente federativo contratante ou convenente dos serviços de saúde efetivamente prestados ao usuário, quando este for o único contratante ou convenente dos serviços prestados;

II – caso haja mais de um ente federativo contratante ou convenente para o mesmo serviço de saúde efetivamente prestado ao usuário, o valor do ressarcimento será dividido igualmente entre os entes federativos contratantes ou convenentes.

§ 2º-C Após a comunicação de que trata o § 2º-A, caso o paciente permaneça internado, a operadora poderá:

I – solicitar a transferência do paciente para hospital credenciado, quando não houver riscos para a sua saúde, conforme laudo do médico responsável; ou

II – manter o paciente no estabelecimento de saúde, desde que pague um acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor a ser ressarcido, calculado com base em regra de valoração aprovada e divulgada pela ANS.

§ 2º-D O acréscimo de que trata o § 2º-C, inciso II, não será aplicado quando:

I - o atendimento não exigir a internação do paciente, ou, no caso de internação, quando a transferência do paciente para hospital credenciado resultar em riscos para a sua saúde;

II – o ente federativo ao qual couber o ressarcimento descumprir o prazo elencado no § 2º-A.

§ 3º A operadora efetuará o ressarcimento até o décimo quinto dia após a apresentação da cobrança pela ANS, creditando os valores ao fundo de saúde do respectivo ente federativo.

§ 3º-A Os entes federativos deverão fornecer à ANS informações sobre as contas correntes pelas quais as operadoras farão o ressarcimento referido no caput deste artigo.

§ 3º-B As operadoras de Planos de Saúde deverão informar à ANS mensalmente os dados sobre os seus usuários segurados que forem necessários ao ressarcimento de que trata o caput deste artigo, na forma do regulamento.

§5º Os valores não recolhidos no prazo previsto no § 3º serão inscritos em dívida ativa do ente federativo credor, ao qual compete a cobrança judicial dos respectivos créditos.

§ 5º-A Os entes federativos credores poderão celebrar convênio com a ANS para a cobrança judicial dos créditos a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 6º O produto da arrecadação dos juros será revertido ao ente federativo credor do ressarcimento e o produto da arrecadação da multa de mora será revertido ao Fundo Nacional de Saúde.

§ 10 Em relação aos procedimentos de cobrança de que trata o § 7º, a título de racionalização administrativa e economia processual, e com o objetivo de evitar que o custo da cobrança seja superior ao valor do ressarcimento, a ANS poderá estabelecer, mediante regulamento, o valor mínimo de débitos acumulados da operadora de Plano de Saúde para instauração do procedimento de cobrança do ressarcimento.

§ 11 Até que se inicie o processo de cobrança pela notificação de que trata o § 3º, os débitos de ressarcimento da operadora de Plano de Saúde ficam sujeitos à atualização pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, e poderão ser cobrados no prazo máximo de três anos da efetiva ciência à ANS. (NR) (BRASIL, 2006, m/d).

Ao nosso sentir, tratam-se de alterações relevantes como a de permitir o ressarcimento diretamente aos municípios, embora o direcionamento do ressarcimento ao ente prestador do serviço possa impactar os custos administrativos, sendo defensável que a estrutura do recebimento se mantenha de forma centralizada. A concentração da verba em apenas um ente do SUS permite um aprimoramento dos gastos dos recursos enviados.

Atualmente, os recursos do ressarcimento, uma vez arrecadados, são integralmente repassados às entidades prestadoras de serviço (que podem ser

hospitais privados ou públicos, na União, nos Estados, no DF e nos municípios) por meio do Fundo Nacional de Saúde (FNS). Assim, os recursos do ressarcimento entram como receita orçamentária, mas a União fica obrigada a distribuir os recursos por meio de uma despesa orçamentária do FNS. Com a alteração do sistema de ressarcimento, os recursos serão arrecadados diretamente pelas entidades prestadoras, ou seja, o impacto pela queda da arrecadação dessas receitas é imediatamente compensado pela queda das despesas obrigatórias para distribuição dos recursos pelo FNS²³.

Outra medida é a de obrigar os hospitais públicos a informar os Planos de Saúde sobre a realização de procedimento em consumidor de Plano de Saúde, para que a operadora promova, se possível, a remoção do paciente e evite a necessidade de ressarcimento ao SUS²⁴.

Ademais, seria interessante que o legislador viesse esclarecer se incumbe ao médico da operadora do Plano de Saúde ou ao médico que acompanha o paciente a possibilidade de transferência, observando-se que a remoção de beneficiários de Planos de Saúde de unidades hospitalares - inclusive os vinculados à rede pública - já foi regulada pela ANS, por meio da RN 347/2014.

Por fim, consta do Projeto a criação de uma Taxa de Controle e Fiscalização sobre o Ressarcimento ao SUS (TCFR), com a inclusão do art. 32-A a 32-G, cujo fato gerador é o poder de polícia conferido à ANS visando a necessidade de recursos para a manutenção da estrutura fiscalizatória da ANS.

3.3 CONSEQUÊNCIAS PARA O CONSUMIDOR

A utilização de um procedimento de saúde na rede pública, por um assistido ou segurado da rede privada, traz consigo o fato de que houve uma recusa anterior de atendimento. Essa recusa (desde que ilegal ou abusiva) traz consequências das mais diversas ao consumidor, as quais recomendam estudo na medida em que há uma

²³ Nesse sentido, consultar a íntegra do Parecer proferido pela Comissão Especial disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=80DE8CDD34F712247C29DBD200997EFF.proposicoesWebExterno2?codteor=1631646&filename=Tramitacao-PL+7419/2006>. Acesso em: 20 set. 2020.

²⁴ O Projeto de Lei nº 2.344, de 2015, do Deputado Odorico Monteiro, inclui o artigo 18-A na Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990.

relação contratual entre este e a operadora, cuja relação jurídica protegida pelo Código de Defesa do Consumidor é insofismável à luz da Súmula 608 do STJ²⁵.

Ao pagar mensalidade por um serviço e ter a contraprestação negada pela operadora, relegando-o ao SUS, o consumidor via de regra sofre com as naturais deficiências do serviço público de atendimento (demora, qualidade e etc.), podendo irradiar inegáveis consequências deletérias que podem ensejar o direito à reparação dos danos sofridos por este consumidor, se analisada a questão à luz do ordenamento jurídico e desde que verificados seus pressupostos.

Já por outro lado, a interpretação do próprio artigo 32 vem conduzindo julgados do C. STJ, no sentido de que:

[...] se a operadora de Plano de Saúde é obrigada a ressarcir o SUS na hipótese de tratamento em hospital público, não há razão para deixar de reembolsar o próprio beneficiário que se utiliza dos serviços do hospital privado que não faz parte da sua rede credenciada. (REsp 1575764/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 30/05/2019).

Entretanto, o próprio fundamento legal que obriga as operadoras ressarcirem o Estado passa a ser visto, por analogia, como fundamento a garantir ao usuário buscar junto à rede particular o atendimento para que este seja custeado, integralmente, pela operadora responsável pela recusa.

Evidente que já existem regras garantidas pela própria ANS - como é o caso da RN 259 - que garantem ao consumidor o devido reembolso nas hipóteses ali previstas, dentro dos limites do contrato.

Porém, o reembolso muitas vezes, fica limitado à tabela de valores pagos junto à rede credenciada, o que muitas vezes não garante, por exemplo, a reparação a partir da extensão do dano (art. 944 do CC).

3.3.1 Responsabilidade contratual versus obrigação legal

Ao pagar mensalidade por um serviço e ter a contraprestação negada pela operadora, relegando-o ao SUS, o assistido sofre com as deficiências no atendimento (atendimentos em massa, baixa remuneração dos procedimentos cirúrgicos, anestésicos e de internação e etc.). Pior: imagine que, diante da ausência de vaga na

²⁵ Conforme consta expressamente: “*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de Plano de Saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.*”

rede pública, este assistido sequer consiga atendimento, tendo agravado seu estado de saúde. Ou, que a vaga seja a última e um cidadão (que não possui Plano) fique sem atendimento.

Fora a questão do custo social (que envolve terceiros) - outra consequência a ser estudada - a contratação de Plano de Saúde não afasta a solidariedade dos entes públicos²⁶, porque o direito à saúde decorre da própria Constituição Federal: *“devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”* (art.197 CF, BRASIL, 1988), ressalvada a possibilidade de ressarcimento.

Logo, a Constituição Federal não pode ser interpretada restritivamente para limitar a incidência e eficácia de direitos fundamentais, dentre os quais se incluem o direito à saúde e, se necessário, até mesmo a solidariedade entre operadora e entes federados em casos mais graves como diante da dupla recusa.

A responsabilidade civil da operadora frente ao atendimento prestado pelo SUS aos seus assistidos decorre do Código de Defesa do Consumidor, ainda que o ressarcimento não seja devido por força das regras impostas pela Lei 9.656/98 e pelas Resoluções Normativas da ANS.

Exemplifica-se: se o procedimento não está previsto no rol de eventos da ANS, a operadora nega e o SUS atende, não poderá reivindicar da operadora o ressarcimento. Porém, a recusa frustra perante o consumidor expectativas legítimas, devendo repará-lo pelos danos sofridos face à relação contratual.

A negativa com base no rol de procedimentos, frente ao CDC, trata-se de descumprimento contratual claro da operadora que viola uma série de preceitos, dentre os quais, do princípio da boa-fé objetiva, da interpretação mais favorável, da vedação à cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada (artigos. 4º, III, 47, 51, IV),

²⁶ Como se observa em: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. O tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente.” (RE nº 855178, Rel. Min. LUIZ FUX, publicado em 16.3.15 – tema nº 793 da repercussão geral).

possuindo inclusive matéria sumulada²⁷. Já perante o SUS, isenta o ressarcimento por não ser considerada obrigatória, a teor do artigo 10 da Lei 9.656/98.

Para melhor compreensão, válida a transcrição de dois julgados envolvendo a mesma matéria (exclusão de cobertura por ausência de previsão no rol). O primeiro deles isenta a operadora do dever de ressarcimento e, o outro, lhe responsabiliza civilmente face à abusividade da recusa. Assim, vejamos:

APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. ANS. RESSARCIMENTO AO SUS. NÃO CABIMENTO. ANULAÇÃO DE AUTORIZAÇÕES DE INTERNAÇÕES HOSPITALARES (AIH). VASECTOMIA. PROCEDIMENTO SEM COBERTURA CONTRATUAL. REALIZAÇÃO DE PARTOS NO PERÍODO DE CARÊNCIA. ATENDIMENTO FORA DA ÁREA DE COBERTURA GEOGRÁFICA CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. APELAÇÃO DESPROVIDA. 1. Trata-se de apelação interposta pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido formulado para reconhecer a nulidade da cobrança de ressarcimento ao SUS relativamente às Autorizações de Internações Hospitalares (AIH's) nº 2700397909, 2697944865, 2694342284, 2701691575 e 2710803018. 2. O art. 10 da Lei nº 9.656/98 instituiu o plano-referência, tendo listado rol taxativo das possibilidades de exclusão de cobertura contratual pelas operadoras de Planos de Saúde. O procedimento de vasectomia somente passou a constar do rol de cobertura mínima obrigatória em abril de 2008, após a Resolução Normativa 167/2008 ter sido expedida pela ANS. Sendo assim, ausente o dever de ressarcimento ao SUS de procedimento cuja cobertura pelos Planos de Saúde não era, à época, obrigatória [...] 5. Apelação desprovida (TRF2, Apelação 0042355-36.2012.4.02.5101, Rel. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, julgado em 28/04/2016, Data de disponibilização 02/05/2016)

APELAÇÃO – PLANO DE SAÚDE - Autora que é portadora de transtorno do espectro autista - Indicação de médico responsável para terapia multidisciplinar (método ABA) – Recusa de cobertura contratual, ao fundamento de que o procedimento não está previsto no rol da ANS – Irrelevância – Aplicação do entendimento consolidado na Súmula 102 do TJSP – Pretensão de reconhecimento de dano moral – Cabimento – Descumprimento contratual que viola o princípio da boa-fé objetiva e da adoção de interpretação mais favorável ao contratante aderente, configurando ato ilícito de natureza contratual, tratando-se de dano moral "in re ipsa" – Sentença parcialmente reformada - Recurso da ré improvido e recurso da autora provido. (TJSP; Apelação Cível 1002205-48.2019.8.26.0477; Relator (a): Rezende Silveira; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Praia Grande - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/09/2020; Data de Registro: 22/09/2020)

Esta questão pode parecer, a princípio, um contrassenso, mas na realidade é uma das interfaces do problema, ante a coexistência da relação contratual entre assistidos e operadora, e da obrigação legal entre operadora e Estado.

²⁷ Súmula 102 do TJSP: “*Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS*”.

A saúde é um bem relevante à vida e à dignidade humana, elevada pela CF à condição de direito fundamental do homem. Assim, ela não pode ser tratada como simples mercadoria ou uma AIH, nem confundida com outras atividades econômicas.

As empresas do setor de Saúde Suplementar prestam uma atividade econômica correlacionada com serviços médicos e de saúde, e possuem os mesmos deveres do Estado à luz do contratado, ou seja, prestar assistência médica integral aos consumidores dos seus serviços negociados.

Portanto, esse entendimento jurisprudencial, pacificado em desfavor das operadoras frente aos assistidos, não se sustenta somente no texto constitucional ou no Código de Defesa do Consumidor mas também na lei de mercado de que quanto maior o lucro, maior também é o risco. Daí porque, a despeito do ressarcimento ser devido ou não (porque a relação jurídica com o Estado é outra e mais tênue sob o aspecto das obrigações), as consequências da utilização de um procedimento de saúde na rede pública por um assistido ou segurado da rede privada são mais abrangentes e rigorosos, advindo maior responsabilidade para empresas do segmento.

3.3.2 O Mutualismo e o cálculo atuarial

A operadora não tem como compelir o seu associado a não fazer uso do SUS, de modo que se torna necessário analisar a possibilidade ou não do repasse do custo do ressarcimento em seus cálculos atuariais como uma consequência da utilização de um procedimento de saúde na rede pública por um assistido ou segurado da rede privada.

Considerando a função social do contrato, é necessário garantir o equilíbrio atuarial ao usuário que contribui periodicamente para a formação e manutenção de um fundo pecuniário administrado pela operadora, fundo este que assegura ao beneficiário o direito ao atendimento e custo financeiro desse atendimento de saúde (ambulatorial, médico-hospitalar, obstétrico, odontológico) nos casos de enfermidades previstas na cobertura do contrato (sinistralidade).

A formação desse fundo comum se verifica através do mutualismo. Aurisvaldo Sampaio destaca sua íntima ligação com o contrato de Plano de Saúde e o modo como este princípio atua na distribuição dos riscos entre os participantes da carteira:

A grande nota caracterizadora dos Planos de Saúde, qualquer que seja sua modalidade, é o mutualismo, que permite a pulverização dos riscos de assistência à saúde entre todos os consumidores vinculados à carteira mantida pela operadora, mediante a formação de um fundo comum que suportará o ônus financeiro advindo da ocorrência dos eventos cobertos. (SAMPAIO, 2010, p 197)

Referido autor prossegue no tocante à solidariedade coletiva como substrato dos Planos de Saúde:

O consumidor, ao contratar Plano de Saúde, transfere para a operadora o risco do custo da assistência médica, hospitalar ou odontológica, trocando a possibilidade de uma grande perda pelo pagamento de uma contraprestação pecuniária periódica; a operadora, por sua vez, distribui esse custo entre todos os seus consumidores, já que, a rigor, será suportado pelo fundo formado a partir das contraprestações de todos. Nesse sentido, é possível falar numa solidariedade coletiva como substrato dos Planos de Saúde, pois diante da impossibilidade de evitar por completo os riscos decorrentes dos males que ameaçam a sua higidez, o consumidor opta por partilhá-los com outros. (SAMPAIO, 2010, p 198)

A toda evidência, não se pode cogitar que pudesse uma operadora de Planos de Saúde embutir cláusula em seus contratos vedando aos associados o acesso à rede conveniada do SUS, porquanto estar-se-ia a vedar o acesso do cidadão ao próprio suporte de saúde do Estado, restringindo seu direito de escolha e sua própria liberdade. A se admitir tal absurda hipótese, o que não é o caso, estaria resguardada a empresa quanto aos efeitos do malsinado art. 32 da Lei nº 9.656/98.

Luiz Arnaldo Pereira da Cunha Júnior (2011, p. 299) leciona que os planos privados de saúde devem estar restritos aos respectivos contratos e a legislação que os ampara, sob pena de sucumbirem à inviabilidade financeira de sua manutenção. Impor às operadoras qualquer tipo de ônus não previsto em cálculo atuarial simplesmente impacta o equilíbrio das mesmas, do mercado e, em última instância, do próprio SUS.

O setor privado requer lucro, mesmo no campo da saúde, pois se esse não existir não haverá investidores e, assim, não haverá manutenção ou expansão da empresa ou do mercado. Se houver fuga de capital privado do mercado de Saúde Suplementar, os grandes prejudicados não serão os Planos coletivos ou os individuais de beneficiários de alta renda, mas sim os beneficiários da classe média de Planos individuais, assim como o SUS, tendo em vista que aumentará sobre ele pressão da demanda.

O equilíbrio do mercado passa pelo equilíbrio econômico-financeiro das operadoras, pois sem esse estariam em risco os prestadores de serviço (hospitais,

clínicas, médicos e cirurgiões dentistas) e, por consequência, a oferta ou qualidade dos serviços. Esse equilíbrio está centrado no cumprimento dos contratos por todas as partes, os quais devem estar alicerçados na legislação e na regulamentação da ANS.

Para Cunha Júnior, trata-se do regime de mutualidade e solidariedade intergeracional:

Planos de saúde são estruturados em cálculos atuarias que dimensionam a sinistralidade e o valor da contraprestação com base, dentre outros critérios, nas receitas, custos, faixa etária da população de beneficiários, morbidade, taxa média de utilização, etc. Como as operadoras operam em regime de mutualidade e solidariedade intergeracional, cada vez que um indivíduo tem garantida uma cobertura para qual ele não contribui, outros terão que “pagar”, quer pelo aumento das prestações futuras, quer pela dificuldade de acesso, quer pela saída da operadora do mercado, por “falência” ou por desinteresse dos acionistas ou investidores. (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 299)

Ainda, vale dizer que a utilização indevida ou desnecessária de serviços pode acarretar o aumento de gastos com os procedimentos e poderá resultar em encarecimento do valor dos prêmios.

Os Planos de Saúde, sejam os de prestação de serviço, sejam os de seguro médico, são atividades econômicas exercidas por empresas e que, portanto, buscam, como resultado dessa atividade, um lucro. Posta assim a questão, é certo que o contrato é tipicamente de seguro, não se veda o estabelecimento de cláusulas limitativas de responsabilidade. Até porque o prêmio pago guarda nítido cálculo atuarial em relação ao risco assumido.

O que não se deve permitir - o que é bem diferente, com base no Código do Consumidor - é apenas a presença de cláusulas dúbias, omissas ou abusivas. O Poder Judiciário acumula ações fundamentadas no Código de Defesa do Consumidor, alegando a abusividade das cláusulas pactuadas. Porém, a referida abusividade deve ser analisada, como já dito, também com relação à função social do contrato.

Limitar a responsabilidade em função do prêmio é o procedimento normal em qualquer contrato de seguro. Não impressionam, com todo o respeito que nos merecem, os argumentos de que se justapõem direitos diversos (patrimônio e vida) e, portanto, toda solução deve ser dirigida à parte, ao menos em princípio, hipossuficiente no contrato.

Da mesma forma, o Ministro Marco Aurélio Mello (2012, p. 13) entende que “a *higidez financeira dessas empresas está diretamente ligada ao conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de seguro saúde*”. Ou seja, deve haver equilíbrio

entre a cobertura de serviços ofertada pela administradora de Saúde Suplementar e a contraprestação paga pelo contribuinte nas mensalidades.

Assim, pretender cobertura de procedimento não previsto em contrato e, portanto, não contabilizado em sua celebração, por certo que causará flagrante desequilíbrio na relação entre as partes, prejudicando toda a cadeia de segurados envolvidos no mesmo tipo de contrato.

É óbvio que para contratação do preço do contrato é levado em consideração todo o serviço colocado à disposição do contratante: o assistido pagou o preço contratual de acordo com a cobertura prevista. Logo, se o ressarcimento é devido pela operadora, porque a recusa de cobertura não se justificou nos termos da Lei 9.656/98, esta não pode lhe reajustar mensalidades a tal pretexto.

Em contrapartida, colocar à sua disposição serviços não previstos no momento da formalização e estabelecimento do preço do plano adquirido traz um verdadeiro desequilíbrio econômico-financeiro às operadoras. A consequência deste desequilíbrio, refletida a partir decisões judiciais que impõem interpretação mais favorável do que a própria ANS exige das operadoras (ao aplicar o CDC, em detrimento da Lei 9.656/98), vem no impacto do “encarecimento” da prestação, que acaba por refletir nos preços dos contratos posteriores, prestação dos serviços, etc.

Destarte, a coexistência da relação contratual entre assistidos e operadora, e da obrigação legal entre operadora e Estado, traz um segundo ponto que é a possibilidade do repasse do custo em seus cálculos atuariais, com base no mutualismo e na solidariedade intergeracional, elevando a sinistralidade dos contratos, que se relaciona justamente com o número de procedimentos acessados pelo beneficiário e o valor pago pela empresa para o Plano de Saúde.

3.3.3. O reembolso dos usuários junto à rede privada

É notório que os serviços prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) muitas vezes deixam a desejar. Considerando a má qualidade de atendimento, morosidade de diagnósticos e tratamentos, muitos brasileiros vêm buscando a assistência particular à saúde; porém, há uma limitação à comodidade desses assistidos, que é justamente a restrição do atendimento apenas aos hospitais, médicos e laboratórios credenciados pelas operadoras.

Situações como a interrupção do tratamento com o médico que o iniciou ou mesmo de necessidade de atendimento em local onde não tenha um prestador de serviço credenciado geram desconforto ao assistido e, para tanto, foram previstas regras de reembolso das despesas por ele suportados.

O artigo 12, inciso VI, da Lei 9.656/98 garante ao beneficiário o reembolso das despesas médicas e hospitalares havidas, nos limites do preço da tabela de serviços efetivamente contratado. Assim vejamos:

VI - reembolso, nos limites das obrigações contratuais, das despesas efetuadas pelo beneficiário, titular ou dependente, com assistência à saúde, em casos de urgência ou emergência, quando não for possível a utilização de serviços próprios, contratados ou credenciados pelas operadoras definidas no art. 1º, de acordo com a relação de preços de serviços médicos e hospitalares praticados pelo respectivo plano, pagáveis no prazo máximo de trinta dias após a entrega à operadora da documentação adequada. (BRASIL, 1998, m/d)

Assim como o artigo 32, § 8º²⁸, o legislador fixou parâmetros de valores para reembolso decorrente da relação jurídica entre assistidos e operadoras “*nos limites das obrigações contratuais*” e, na sequência, como principal requisito, a urgência ou emergência do procedimento.

Vale rememorar que a situação de Emergência é considerada quando o paciente corre risco de vida, enquanto que situação de Urgência é considerada quando o paciente apresenta um quadro grave e exige uma intervenção médica de imediato. Esta palavra vem do verbo “urgir” que tem sentido de “*não aceita demora*”²⁹.

A Lei n.º 9.656/98, em seu artigo 35-C, estabelece que a operadora deve garantir a cobertura ambulatorial e hospitalar para casos de urgência e emergência, trazendo, pois, a definição de ambos conceitos em sua redação *in verbis*:

Art. 35-C. É obrigatória a cobertura do atendimento nos casos:
I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizada em declaração do médico assistente; e
II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional.
Parágrafo único. A ANS fará publicar normas regulamentares para o disposto neste artigo, observados os termos de adaptação previstos no art. 35. (BRASIL, 1998, m/d)

²⁸ § 8º Os valores a serem ressarcidos não serão inferiores aos praticados pelo SUS e nem superiores aos praticados pelas operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001).

²⁹ Diferenciais expressos em documento da ANS disponível em: <<http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/prazos-maximos-de-atendimento>>. Acesso em: 20 set. 2020.

Regulamentando o reembolso (assistido > operadora), a Resolução Normativa 259 da Agência Nacional de Saúde estabelece prazos máximos para atendimento ao usuário, conforme sua necessidade. Na hipótese de descumprimento do disposto nos artigos 4º, 5º ou 6º, a operadora deverá reembolsá-lo no prazo de até 30 (trinta) dias, contado da data da solicitação de reembolso, inclusive as despesas com transporte. (ANS, 2011)

Para melhor compreensão, necessário transcrever suas disposições:

Art. 4º Na hipótese de indisponibilidade de prestador integrante da rede assistencial que ofereça o serviço ou procedimento demandado, no município pertencente à área geográfica de abrangência e à área de atuação do produto, a operadora deverá garantir o atendimento em: (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011)

I - prestador não integrante da rede assistencial no mesmo município; ou (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011)

II - prestador integrante ou não da rede assistencial nos municípios limítrofes a este. (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011)

§ 1º No caso de atendimento por prestador não integrante da rede assistencial, o pagamento do serviço ou procedimento será realizado pela operadora ao prestador do serviço ou do procedimento, mediante acordo entre as partes. (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011)

§ 2º Na indisponibilidade de prestador integrante ou não da rede assistencial no mesmo município ou nos municípios limítrofes a este, a operadora deverá garantir o transporte do beneficiário até um prestador apto a realizar o devido atendimento, assim como seu retorno à localidade de origem, respeitados os prazos fixados no art. 3º (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011)

§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º se aplica ao serviço de urgência e emergência, sem necessidade de autorização prévia, respeitando as Resoluções CONSU nº 8 e 13, ambas de 3 de novembro de 1998, ou os normativos que vierem a substituí-las. (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011)

Art. 5º Na hipótese de inexistência de prestador, seja ele integrante ou não da rede assistencial, que ofereça o serviço ou procedimento demandado, no município pertencente à área geográfica de abrangência e à área de atuação do produto, a operadora deverá garantir atendimento em: (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011)

I - prestador integrante ou não da rede assistencial nos municípios limítrofes a este; ou (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011)

II - prestador integrante ou não da rede assistencial na região de saúde à qual faz parte o município. (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011)

§ 1º Na inexistência de prestadores nas hipóteses listadas nos incisos I e II deste artigo, a operadora deverá garantir o transporte do beneficiário até um prestador apto a realizar o devido atendimento, assim como seu retorno à localidade de origem, respeitados os prazos fixados no art. 3º. (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011)

§ 2º Nas hipóteses listadas nos incisos I e II deste artigo, a operadora estará desobrigada a garantir o transporte. (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011)

Art. 6º Na hipótese de inexistência de prestador, seja ele integrante ou não da rede assistencial, que ofereça o serviço de urgência e emergência demandado, no mesmo município, nos municípios limítrofes a este e na região de saúde à qual faz parte o município, desde que pertencentes à área

geográfica de abrangência e à área de atuação do produto, a operadora deverá garantir o transporte do beneficiário até um prestador apto a realizar o devido atendimento, assim como seu retorno à localidade de origem, respeitado o disposto no inciso XIV do art. 3º. (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011).

Parágrafo único. O disposto no caput dispensa a necessidade de autorização prévia, respeitando as Resoluções CONSU nº 08 e 13, de 1998, ou os normativos que vierem a substituí-las. (Redação dada pela RN nº 268, de 02/09/2011) (ANS, 2011, m/d)

Na jurisprudência do STJ, as possibilidades de custeio das despesas efetuadas em hospitais não credenciados seguiam regras acima previstas. No entanto, recentemente, o entendimento foi revisto face à interpretação do artigo 32, causando impacto direto na relação entre operadoras e assistidos.

3.3.4 Da recente interpretação do artigo 32 pelo STJ. *Distinguish.*

Recentemente, operou-se uma nova interpretação a respeito do reembolso consignado no capítulo anterior em razão do artigo 32 da Lei do Plano de Saúde (que passa a observar não apenas o artigo 12, inciso VI, da Lei 9.656/98). A explicação é que o dispositivo legal prevê o reembolso das operadoras ao SUS pela utilização do serviço público pelo usuário que possui assistência à saúde privada, de modo que se torna contraditório o SUS poder ser ressarcido e o usuário não. Ou, ser ressarcido nos limites impostos pela operadora, quando o Estado, ao cobrar do Plano de Saúde, utiliza como critério os seus gastos, impondo a aplicação de índice próprio, o IVR, já analisado.

Outro aspecto: o reembolso ao usuário pela operadora do Plano de Saúde, até então devido, tinha como requisitos as situações de urgência ou emergência, conforme previsão do artigo 12, inciso VI, da Lei 9.656/98. Contudo, para fins de aplicação do reembolso com fundamento no artigo 32, ponderou-se que tais situações não são requisitos do reembolso, mas sim, exemplos.

Assim vejamos o julgamento do Recurso Especial 1.575.764-SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi:

RECURSO ESPECIAL. PLANOS DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. RATIFICAÇÃO DA APELAÇÃO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE MODIFICAÇÃO DA SENTENÇA COM O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ASTREINTES. DECISÃO PROVISÓRIA REVOGADA COM A SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RESSARCIMENTO DO BENEFICIÁRIO POR UTILIZAÇÃO DE HOSPITAL PRIVADO NÃO CREDENCIADO. LIMITES DA TABELA DO PLANO DE

SAÚDE CONTRATADO. EQUILÍBRIO ATUARIAL E INTERESSE DO CONSUMIDOR. MANUTENÇÃO.

1. Ação ajuizada em 12/03/10. Recurso especial interposto em 28/03/14 e atribuído ao gabinete em 25/08/16.
2. O propósito recursal consiste em dizer: i) da necessidade de ratificação da apelação após o julgamento de embargos de declaração da sentença; ii) da manutenção das astreintes fixadas em decisão provisória posteriormente revogada em sentença; iii) da exegese do art. 12, VI, da Lei 9.656/98 - Lei dos Planos de Saúde (LPS).
3. A ratificação do recurso de apelação após o julgamento dos embargos de declaração somente se faz necessária se houver modificação do julgado.
4. A sentença de improcedência do pedido tem o condão de revogar a decisão concessiva da antecipação de tutela, ante a existência de evidente antinomia entre elas.
5. A operadora de Plano de Saúde está obrigada a ressarcir o Sistema Único de Saúde quando seus beneficiários se utilizarem do serviço público de atenção à saúde, conforme procedimento próprio estabelecido na Resolução Normativa 358/2014, da ANS. Constitucionalidade do art. 32 da LPS - Tema 345 da repercussão geral do STF.
6. Se a operadora de Plano de Saúde é obrigada a ressarcir o SUS na hipótese de tratamento em hospital público, não há razão para deixar de reembolsar o próprio beneficiário que se utiliza dos serviços do hospital privado que não faz parte da sua rede credenciada.
7. O reembolso das despesas efetuadas pelo beneficiário com assistência à saúde deve ser permitido quando não for possível a utilização dos serviços próprios, contratados, credenciados ou referenciados pelas operadoras, sendo as hipóteses de urgência e emergência apenas exemplos (e não requisitos) dessa segurança contratual dada aos consumidores.
8. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.
(REsp 1575764/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 30/05/2019).

Nota-se, no julgado citado acima, que restou estabelecida uma exceção à tese (*distinguish*), construindo uma solução à questão em matéria de Plano de Saúde, qual seja, a de que a jurisprudência do STJ, ainda que admita a possibilidade de o contrato de Plano de Saúde conter cláusulas limitativas dos direitos do consumidor (desde que escritas com destaque, permitindo imediata e fácil compreensão, nos termos do § 4º do artigo 54 do Código Consumerista), revela-se abusivo o preceito excludente do custeio de procedimento prescrito pelo médico responsável.

Esclareça-se que não foi objeto de julgamento o cabimento do reembolso fora da área geográfica de abrangência do Plano. Todavia, se o SUS sempre deve ser ressarcido quando o usuário do Plano de Saúde usar o serviço público em tais hipóteses, utilizando da mesma lógica, poderá haver reembolso mesmo fora do território de abrangência, independentemente da questão da urgência ou emergência.

Evidente que o recurso analisado não foi julgado como repetitivo, quer dizer, os processos em andamento que versem sobre a mesma questão podem não ser julgados do mesmo modo. Todavia, tendo em vista a supremacia do STJ, parece crível que as próximas decisões sejam na mesma linha.

Tudo indica que a modificação deve ter sido recebida com satisfação pelos milhares de usuários de Plano de Saúde no Brasil. Porém, será necessário aguardar a postura das operadoras em relação ao tema, que certamente virão em defesa do seu equilíbrio econômico-financeiro.

Como cediço, a decisão afeta somente as partes do processo onde foi proferida. Porém, os usuários poderão pleitear o reembolso sob essa nova perspectiva.

Fora do espectro dado pelo STJ, pensamos que a cobertura do tratamento médico fora da rede credenciada deve ser integral, observando a extensão do dano (art. 944 do CC), devendo ser as operadoras responsabilizadas ao pagamento a título de ressarcimento, sob pena de enriquecimento sem causa.

Por outro lado, o artigo 47 do CDC preleciona que as cláusulas contratuais serão interpretadas da forma mais favorável ao consumidor, reconhecendo a abusividade das cláusulas contratuais. Assim, as operadoras de Planos de Saúde devem proceder ao reembolso do valor integral despendido, sublinhando-se que é ônus do fornecedor comprovar o contrário, isto é, que materiais e honorários deveriam seguir outros parâmetros, a teor do art. 6º, VIII do CDC. (BRASIL, 1990a)

CONCLUSÕES

A garantia de acesso universal à saúde pública, prevista no artigo 196 da Constituição Federal, garante que o assistido ou segurado de rede privada seja atendido na rede pública de saúde, o que, porém, não significa que a operadora possa locupletar-se com a cobrança por um serviço que não prestou através de sua rede particular credenciada, em detrimento do Estado.

A regra prevista no artigo 32 da Lei 9.656/1998, que prevê o ressarcimento aos cofres públicos das despesas com os atendimentos, obteve a constitucionalidade reconhecida pelo STF, nos autos da ADI 1931-8, cujo julgado alçado à sistemática da repercussão geral (RE nº 597.064) firmou a Tese de Repercussão Geral nº 345.

Porém, a interpretação dada pelos Tribunais Regionais possibilita a inexigibilidade da cobrança na presença do inadimplemento contratual, caso a caso, e não de forma indistinta. O conceito é o de que a prestação compulsória devida não deve ser desvinculada da razoabilidade.

Ocorre que, ao criar a obrigação de ressarcimento do SUS, olvidou-se ser um sistema já sobrecarregado, que já tem recursos finitos, demandas diversificadas e dificuldades para cumprir suas atribuições legais e constitucionais que atingem o assistido, afinal, esse último é diretamente envolvido neste mecanismo, advindo daí as problemáticas jurídica, social e econômica.

Com isto, surgem consequências entre as partes que não poderiam ser conectadas diretamente. A interface da relação obrigacional - aparentemente bilateral, prevista no art. 32 Lei 9656/98 -, atinge operadoras, Estado e os próprios assistidos. A discussão não se encerra a partir da “conta” apresentada pela ANS às operadoras.

O presente trabalho coletou o conjunto de normas e jurisprudências de diversos Tribunais a respeito da matéria, cuja feição triangular mais ampla enseja tanto processos administrativos e judiciais em que as operadoras visam evitar a cobrança, como também processos ajuizados por consumidores em desfavor das operadoras visando o ressarcimento. Ainda, analisaram-se os dados oficiais fornecidos pela ANS referentes ao ressarcimento no período de 2010 a 2020.

Observados estes aspectos é possível concluir:

1- Acerca das consequências para as Operadoras:

a) O ressarcimento não é automático. Se não forem respeitadas as hipóteses não contempladas no contrato, todos os usuários de Planos privados de saúde terminarão tendo por financiar, por via indireta, através das suas prestações pagas às operadoras de Planos de Saúde, o próprio sistema público de saúde;

b) As exclusões contratuais expressas em contrato devem seguir as diretrizes previstas no art. 10, respeitadas as exigências mínimas previstas no artigo 12 da Lei 9.656/1998, bem como a Resolução Normativa (RN) nº 465/2021, que atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde e estabelece as coberturas obrigatórias para beneficiários de planos;

c) Em caso de fraude ou inadimplência do assistido por período superior a 60 (sessenta) dias ou não, nos últimos doze meses de contrato (art. 13, II, da Lei 9.656/1998) justificar-se-á a inexigibilidade do ressarcimento, desde que a operadora comprove à ANS que cientificou o assistido (art. 20 da Lei 9.656/1998);

d) Contratos cujo período estiver em carência ou fora da abrangência geográfica também conduzem à inexigibilidade, desde que o atendimento prestado no SUS não seja relativo à urgência ou emergência, a teor do disposto nos artigos 12, V e VI, e 35-C da Lei 9.656/1998;

e) Admitir o direito de escolha do assistido que opte por ser atendido junto ao SUS, sem permitir a respectiva cobrança em retorno, significa admitir às operadoras a venda de uma vaga no SUS. Não se está a falar aqui apenas em enriquecimento sem causa das operadoras, mas do financiamento indireto do sistema público por assistidos da rede privada;

f) O Índice de Valoração do ressarcimento (IVR) que substituiu a TUNEP vem sendo admitido por ampla jurisprudência, não representando valores superiores à média praticada pelas operadoras. Trata-se de instrumento mais simples de ser compreendido ou aplicável e cuja legitimidade, estabelecida em processo administrativo, contou com a participação de representantes das entidades interessadas;

g) O prazo prescricional é quinquenal, nos termos do Decreto 20.910/32, considerada a cobrança da dívida ativa de natureza não tributária;

h) O ônus probatório nas ações que visam a inexigibilidade da cobrança incumbe às operadoras, face à presunção da legitimidade dos atos administrativos. Entretanto, a análise deve ser feita caso a caso, considerando que tais demandas

envolvem a análise de prontuários médicos e a dificuldade de acesso devido ao sigilo que lhes é conferido.

2- Acerca das consequências para o Estado:

a) Em um contexto em que o limite orçamentário para o cumprimento da obrigação e a proibição do retrocesso social se digladiam, as ferramentas do ressarcimento visam o equilíbrio deste binômio receitas/despesas. Contudo, o sucesso deste mecanismo passa por maior investimento em custos operacionais. Além de tecnologia, são necessários funcionários, treinamento e medidas outras que visem recuperar os gastos públicos;

b) A arrecadação com o ressarcimento evoluiu ao longo dos últimos 10 (dez) anos, porém preocupa o controle adequado de informações geradas no atendimento do SUS, notadamente, face à existência de milhares de municípios que prestam atendimento sem a infraestrutura necessária para o funcionamento do mecanismo de recuperação destas despesas;

c) A fim de propor soluções, tramitam projetos legislativos que, dentre outras iniciativas, visam a melhor eficiência do ressarcimento através da arrecadação direta pelas entidades prestadoras, de modo que o impacto pela queda da arrecadação dessas receitas seja imediatamente compensado pela queda das despesas obrigatórias para distribuição dos recursos pelo FNS;

d) Comparados os números aos do início da década, verifica-se que a atividade do setor de Planos de Saúde cresceu bastante nos últimos anos. Cresceu o número de beneficiários (reduzido apenas recentemente – atualmente, 47 milhões). Ao mesmo tempo, diminuiu a quantidade de operadoras remanescentes, o que demonstra a concentração do mercado. Por conseguinte, embora a inadimplência de parcela das operadoras tenha se elevado, a arrecadação relativa ao ressarcimento avançou na ordem de R\$ 238 milhões por ano, segundo últimos dados;

e) A utilização da rede pública por um assistido da rede privada gera um custo social que independe do posterior sucesso no ressarcimento. Os serviços públicos de saúde, sabidamente escassos, quando submetidos à superprodução, prejudicam o exercício individual do direito à saúde, não compensado pelo posterior reingresso de receitas no tratamento dado ao coletivo;

f) Por outro lado, nas hipóteses de interrupção de tratamento pela operadora, competirá ao SUS custear o restante, proporcionando ao segurado da rede privada

prioridade no tratamento em detrimento ao resto da população, uma vez iniciados certos tratamentos - como, por exemplo, o quimioterápico - que não devem ser descontinuados. Nesta hipótese, o custo social refletirá no próprio coletivo.

3 - Acerca das consequências para os Consumidores:

a) Ainda que o Estado não possa reivindicar da operadora o ressarcimento, com base no art. 32 Lei 9656/98, se esta limitou o atendimento ao rol de procedimentos da ANS, poderá o assistido da rede privada, com fundamento em interpretação favorável dos Tribunais de Justiça ao CDC, pretender a reparação pelos danos sofridos face à relação contratual, o que vem elevando o cenário de judicialização em matéria de saúde;

b) O mesmo fato, portanto, representado por um atendimento médico prestado pela rede pública em favor de assistido da rede privada, apresentam consequências distintas face às relações jurídicas, que também são distintas. Isto porque de um lado há a relação contratual entre assistidos e operadoras e, de outro, a obrigação legal entre as operadoras e o Estado;

c) Ainda que a operadora não esteja obrigada a ressarcir o SUS nas hipóteses de negativa previstas na Lei 9.656/1998, bem como no Rol de Procedimentos, poderá ter de reembolsar o consumidor ou ser obrigada a isso, com base em preceitos consumeristas específicos, tais como o princípio da boa-fé objetiva, da interpretação mais favorável, da vedação a cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada (artigos. 4º, III, 47, 51, IV), possuindo inclusive matéria sumulada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo referente aos Planos de Saúde (Súmulas 90 a 105);

d) Contemplando este cenário favorável ao consumidor, à luz de recente interpretação do C. STJ (REsp 1.575.764-SP), o próprio fundamento legal que obriga as operadoras ressarcirem o Estado passa a ser visto, por analogia, como fundamento a garantir ao usuário buscar, junto à rede particular, o atendimento para que este seja custeado integralmente pela operadora responsável pela recusa;

e) Apesar desta perspectiva favorável aos consumidores, à luz do precedente do STJ citado, trata-se de precedente minoritário, de modo que a regra disposta no art. 12, inciso VI, da Lei 9.656/98 que estabelece o reembolso em favor do assistido, nos limites do contrato, permanece válida, vez que a relação jurídica do

artigo 32 é distinta (entre Estado e Operadora e não Operadora e Assistido), não cabendo a analogia;

f) Face à interpretação sistemática dos artigos 944 do CC, bem como do art. 47 do CDC, incumbe às operadoras alegarem a existência de cláusula contratual que limite o preço da tabela de serviços efetivamente contratado, bem como proceder a juntada de tabela de honorários médicos, procedimentos e materiais praticados por sua rede credenciada, sob pena de proceder ao ressarcimento integral;

g) O repasse do custo do ressarcimento aos cálculos atuariais das operadoras, possibilitando a elevação das mensalidades, é a consequência inversa do cenário até aqui apresentado. Como as operadoras operam em regime de mutualismo e solidariedade intergeracional, estes custos podem dimensionar a sinistralidade;

h) Ressalva-se que esta possível causa de aumento deve acompanhar o resultado do processo administrativo de ressarcimento. Se devido, porque a recusa de cobertura não se justificou nos termos da Lei 9.656/98, a operadora não pode reajustar a mensalidade a tal pretexto.

Rememorando, três questionamentos foram feitos na introdução: a conta do ressarcimento está sendo paga? Quem está pagando esta conta? Quem deveria pagá-la? As respostas advêm justamente das interfaces do problema sob ópticas diversas, afinal, é se colocando no lugar do outro que se compreende melhor as diversidades.

Uma óptica não prevalece sob outra, coexistido entre si todas as consequências acima descritas. Tampouco há contrassenso entre as normas que tratam do ressarcimento. Compete às operadoras se defenderem administrativamente e judicialmente porque é um direito que lhes é assegurado, mas os dados demonstram o pagamento de boa parte dessa conta. Só que a outra parte desta conta é paga pelo Estado ao deixar de cobrá-la. E, como consequência lógica, quem arca ao final é o assistido, e duplamente, quer porque pagou para sua operadora e deveria ser por ela atendido e, ao ser atendido pelo SUS, carece novamente pela ausência de um serviço de mais qualidade porque a verba que deveria retornar por conta do ressarcimento deixou de ser ali empenhada; quer seja face à demora ou porque não traduzem os números reais, corroendo ainda mais o sistema.

A saúde pública não pode ser usada como mero instrumento para a União fazer caixa para cumprir meta de superávit primário, pois, enquanto os recursos não chegam

aos hospitais, milhares de usuários do SUS morrem por falta de medicamentos, de médicos e de recursos. Se o Sistema de Saúde Pública é carente, o ressarcimento não irá resolver a questão face aos problemas econômicos e sociais. Por isto que o presente trabalho não se restringiu a estudar o ressarcimento, mas todo o arcabouço de consequências do fato - utilização da rede pública por assistido da rede privada - inclusive sob o viés econômico das falhas de mercado e das externalidades.

Indiscutível que, embora longe do ideal, a conta do ressarcimento começa a ser de fato paga, principalmente ao longo dos últimos anos, observados o uso de tecnologia e o papel da ANS; contudo, à vista dos índices de efetivo pagamento ainda insatisfatórios (abaixo de 50%), a interligação do processo e da comunicação, tanto por parte das operadoras quanto dos prestadores de serviços, é algo fundamental. No último ano, segundo os dados, a União arrecadou 238 milhões entre pagamentos à vista ou parcelados, mas a cobrança total foi de 561 milhões. Dito isto, imagine-se: para quanto iria este valor se todos os municípios cobrassem a conta? Difícil essa resposta, porém, o que se afirma é que não é a conta real.

O Estado, na figura de regulador do mercado de Saúde Suplementar e também como garantidor do direito à saúde, embora evoluído no tocante às ferramentas em defesa do ressarcimento e o próprio uso da tecnologia, peca na identificação do atendimento, cobrança dos valores e redistribuição de verbas.

O mecanismo de ressarcimento ao SUS, embora pensado como uma solução eficaz em uma relação bilateral entre o Estado e entidades privadas do ramo da Saúde Suplementar, revela consequências que se traduzem em nítido efeito dominó que atinge as operadoras de Planos de assistência à saúde, o Estado e o Assistido, onde para salvar-se é preciso ganhar este “jogo de empurra”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Aspectos Financeiros do Ressarcimento Ao SUS: Orientações sobre os procedimentos de cobrança.**

Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/cartilha_aspectos_financeiros_do_ressarcimento_ao_sus.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) nº 17, de 30 de março de 2000.** Disponível em:

<<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=NDA1>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Súmula Normativa nº 9, de 10 de novembro de 2005.** Disponível em: <

[ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Nzgz](http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Nzgz)>. Acesso em: 20 abr. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Resolução Normativa (RN) nº 259, de 17 de junho de 2011.** Disponível em:

<<https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTc1OA==>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Resolução Normativa (RN) nº 367, de 18 de dezembro de 2014.** Disponível em:

<<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mjg2Nw==>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Resolução Normativa (RN) nº 392, de 9 de dezembro de 2015.** Disponível em:

<<https://abramge.com.br/portal/images/simplefilemanager/579b8fef9bd997.99101221/rn392.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Boletim Informativo Utilização do Sistema Único de Saúde por Beneficiários de Planos de Saúde e**

Ressarcimento ao SUS - 9ª edição, n.1 (abr) 2016, Rio de Janeiro. Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/images/Boletim_ressarcimento_SUS_-_9a_Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Boletim Informativo Utilização do Sistema Único de Saúde por Beneficiários de Planos de Saúde e**

Ressarcimento ao SUS - 9ª. ed. Rio de Janeiro, dez/2019. Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/images/Boletim_ressarcimento_SUS_-_9a_Edi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 23 set. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Referências Econômico-Financeiras Orientações sobre Garantias Financeiras e Ativos Garantidores** – 16ª Edição.

Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_da_Op

eradora/garantias_financeiras/garantias_financeirasreferencias_economico_financeiras_ans_2016.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE (ANS). **Plano de Dados Aberto (2017 a 2019)**. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/images/stories/acessoainformacao/dados-abertos/pda-2017-2019.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O Princípio do Poluidor Pagador. Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

BARROS, Pedro Pita. **Economia da Saúde: conceitos e comportamentos**. 3ª ed. Coimbra-Portugal: Edições Almedina, 2019.

BOTTESINI, Maury Ângelo. **Lei dos planos e seguros de saúde comentada: artigo por artigo**/Maury Ângelo Bottesini, Mauro Conti Machado. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Código Civil** (2002). Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Lei 8.078, de 19 de setembro de 1990**. (1990a). Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 19 abr. 2020

BRASIL. **Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990**. (1990b). Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 19 abr. 2020

BRASIL. **Lei 9.656, de 03 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656compilado.htm>. Acesso em: 19 abr. 2020

BRASIL. **Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000**. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, DF, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. **PL 7419/06 – Planos de Saúde**. Câmara dos Deputados, Brasília-DF, 2006. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade->

legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/55a-legislatura/pl-7419-06-planos-de-saude>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 19 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **ADI 1931/DF**, Rel. Ministro Maurício Corrêa, julgado em 21/08/2003, DJ 28/05/2004. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14744297/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1931-df/inteiro-teor-103129756>>. Acesso em: 19 br. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **AgRg no REsp 866.393/RJ**, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 03/04/2008, DJe 24/04/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE 855.178**, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 16/03/2015. Tema nº 793 da Repercussão Geral.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **RE 597.064/RJ**, Rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 07/02/2018. (2018a). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768110451/recurso-extraordinario-re-597064-rj-rio-de-janeiro>>. Acesso em: 19 br. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **ADI 1931/DF**, 0004171-8219981000000, Rel. Ministro Marco Aurélio, julgado em 07/02/2018. (2018b). Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768110440/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1931-df-distrito-federal-0004171-8219981000000>>. Acesso em: 19 br. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **REsp 1.115.588/SP**, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **AgRg no AREsp 699.949/PR**, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, julgado em 06/08/2015, DJe 18/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **REsp 1.524.902/RS**, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 19/05/2015, DJe 16/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **REsp 1.575.764/SP**, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 07/05/2019, DJe 30/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **AgInt no AREsp 1.495.902/SP**, Rel. Ministro Sérgio Kukina, 1ª Turma, julgado em 17/02/2020, DJe 20/02/2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJESP). **Apelação 1003977-28.2015.8.26.0011**; Relator (a): José Rubens Queiroz Gomes, 7ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 25/09/2015, Data de Registro: 26/09/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJESP). **Apelação 1059595-16.2014.8.26.0100**, Relator (a): Ana Lucia Romanhole Martucci, 6ª Câmara de Direito Privado, Julgamento: 24/11/2015; Data de Registro: 24/11/2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJESP). **Apelação 1011363-05.2016.8.26.0002**; Relator (a): Rosângela Telles, 2ª Câmara de Direito Privado, Data do Julgamento: 12/01/2017; Data de Registro: 12/01/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJESP). **Apelação Cível 1002205-48.2019.8.26.0477**; Relator (a): Rezende Silveira; 2ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 22/09/2020; Data de Registro: 22/09/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF-1). **Processo n. 13768-33.2002.4.01.3500**, Des. Osmane Antônio dos Santos, julgado em 13.08.2013. DJe 03/09/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF-1). **Apelação 0024120-97.2017.4.01.9199**, 7ª Turma, Rel. Ângela Catão, julgado em 22.08.2017, DJe 01/09/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF-1). **Apelação 0016918-67.2017.4.01.3800**, Rel. Souza Prudente, e-DJF3: 05/05/2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região (TRF-2). **Apelação 0020049-83.2006.4.02.5101**, Rel. Fernando Cesar Baptista de Mattos, 7ª Turma, julgado em 13.07.2011, DJe 21/07/2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região (TRF-2). **Apelação 0007412-22.2014.4.02.5101**, Rel. Sergio Schwaitzer, Vice-Presidência, julgado em 02.12.2015, DJe 04/12/2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região (TRF-2). **Apelação 0042355-36.2012.4.02.5101**, Rel. Alúcio Gonçalves de Castro Mendes, julgado em 28/04/2016, DJe 02/05/2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região (TRF-2). **Apelação 0040638-81.2015.4.02.5101**, Rel. Firly Nascimento Filho, 5ª Turma, julgado em 19.09.2016, DJe 22/09/2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região (TRF-2). **Apelação 0047586-39.2015.4.02.5101**, Vice-Presidência, Rel. Júlio Emilio Abranches Mansur, julgado em 24.10.2016, DJe 26/10/2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região (TRF-2). **Apelação 0050168-46.2014.4.02.5101**, Rel. José Antonio Neiva, Vice-Presidência, julgado em 17.03.2017, DJe 22/03/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região (TRF-2). **Apelação 0048939-22.2012.4.02.5101**, 5ª Turma, Relator Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro, julgamento 11/06/2017, DJe 26/07/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Segunda Região (TRF-2). **Apelação 0000961-49.2012.4.02.5101**, Vice-Presidência, Rel. Desembargador Federal Ricardo Perlingeiro, julgado em 08.08.2017, DJe 15/08/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região (TRF-3). **AI 503.931**, processo: 0011180-37.2013.4.03.0000, Desembargadora Federal Cecília Marcondes, e-DJF3: 11/10/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região (TRF-3). **Apelação Cível 1.911.774**, Processo 0007935-22.2011.4.03.6100, 5ª Turma, Rel. Desembargador Federal Mauricio Kato, julgado em 13/11/2017, e-DJF3 Judicial 1, DATA:22/11/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região (TRF-3). **Apelação Cível 2.280.082**, Processo 0000558-75.2014.4.03.6138, 3ª Turma, Rel. Juíza Convocada Denise Avelar, julgado em 21/02/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/03/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região (TRF-3). **Apelação Cível 5003995-11.2018.4.03.6102**, 3ª Turma, Rel. Desembargador Federal Nelton Agnaldo Moraes dos Santos, julgado em 15/03/2019, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 19/03/2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região (TRF-3). **Apelação Cível 2.107.832**, Processo 0039126-86.2015.4.03.9999, 3ª Turma, Rel. Desembargador Federal Mairan Maia, julgado em 20/03/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/03/2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Terceira Região (TRF-3). **Apelação Cível 0017522-97.2013.4.03.6100**, 4ª Turma, Rel. Desembargador Federal Marcelo Mesquita Saraiva, julgado em 17/07/2020, e - DJF3 Judicial 1 DATA: 28/07/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF-4). **Apelação 2005.70.00.028080-0**, Relator Valdemar Capeletti, 4ª Turma, julgado em 04.11.2009, DJe 16/11/2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF-4). **Apelação Cível 5021920-20.2015.404.7000**, 3ª Turma, Des. Federal Fernando Quadros da Silva, Por Unanimidade, juntado aos autos em 09/06/2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF-4). **Apelação 5029445-44.2015.4.04.7100**, 3ª Turma, Relator Ricardo Teixeira do Valle Pereira, juntado aos autos em 16/09/2016. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8330451. Acesso em 20/09/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF-4). **Apelação 5023259-49.2013.4.04.7108**, 4ª Turma, Relator Eduardo Vandrê O. L. Garcia, julgado em 25.01.2017, DJe 07/02/2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da Quinta Região (TRF-5). **Apelação 0000583-65.2014.4.05.8100**, 4ª Turma, Relator Manuel Maia (Convocado), julgado em 14.02.2017, DJe 17/02/2017.

CARNEIRO, Ricardo. **Direito Ambiental: Uma Abordagem Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Luiz Arnaldo Pereira da. O mercado de Saúde Suplementar: a busca do equilíbrio. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.) **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad. 2001.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Curso de direito de Saúde Suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde**. São Paulo: MP, 2006.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HARDIN, Garrett. **The Tragedy of the Commons**. Science. vol. 162, dez 1968, p. 1243-1248. Disponível em: <<http://eesc.columbia.edu/courses/v1003/lectures/population/Tragedy%20of%20the%20Commons.pdf>>. Acesso em 17 fev. 2020.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. **Regulação estatal e assistência privada à saúde - liberdade de iniciativa e responsabilidade social**. São Paulo: Fórum, 2011.

LIMA, Dagoberto. **Os Bastidores da Saúde Suplementar no Brasil, Memórias de um Advogado**. São Paulo: Advocacia Dagoberto J.S. Lima, 2016.

LOPES, Erick Alves Pereira. **Debates sobre ressarcimento e multas impostas às operadoras de Planos de Saúde: fontes de recursos para o SUS?** Disponível em: <[file:///C:/Users/User/Downloads/Iniciais/ojsadmin-2-179-426-2-sm-erick%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Iniciais/ojsadmin-2-179-426-2-sm-erick%20(5).pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2021.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria Geral do Direito Ambiental**. Trad. Fábio Costa Morosini; Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Marco Aurélio. **Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro**. In CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos/Luiz Augusto Ferreira Carneiro, coordenador. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MONTONE, Januário. **Planos de saúde: passado e futuro**. Rio de Janeiro: MedBook, 2009.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. **Economia Ambiental**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 1 ed. 2 reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**. Introdução ao direito econômico. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA C.; COSTA, N. R.; GIOVANELLA, L. **O jogo da regulação da Saúde Suplementar no Brasil: interesses e processo decisório na arena legislativa**. *Novos Estudos CEBRAP*, 2001, n. 60: 151-163.

PINTO, Victor Carvalho. **Direito Urbanístico. Plano Diretor e Direito de Propriedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

REIS, Otávia Miriam Lima Santiago. **Ressarcimento ao SUS: fundamento jurídico da cobrança**. Monografia apresentada ao Departamento de Direito da Universidade de Viçosa. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/monografia_ressarcimento_ao_sus.pdf> Acesso em: 17 fev. 2020.

RENAULT, Felipe Kertesz. **Ressarcimento ao SUS e Saúde Suplementar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

REZENDE, Paulo Roberto Vogel. **Os contratos de Plano de Saúde e seu Equilíbrio Econômico Financeiro: Mutualismo, Cálculo Atuarial e o Impacto Econômico das Decisões Judiciais**. Curitiba: Editora Prismas, 2014.

ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 12. Ed. Red., atualizada, ampl. São Paulo: São Paulo, 1987.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. **O regime jurídico dos contratos de Plano de Saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Isabela Soares. **O Mix Público-Privado no Sistema de Saúde Brasileiro: elementos para a regulação da cobertura duplicada**. Rio de Janeiro s.n 2009 XV, 186p. Disponível em: <<https://www.arca.fiocruz.br/handle/icict/2576>>. Acesso em: 16 nov. 2019.

TIBÚRCIO, Dalton Robert. **RESSARCIMENTO AO SUS: uma proposta de delimitação da fonte e do fundamento da obrigação constante do art. 32 da Lei nº 9.656/98**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Materiais_por_assunto/artigo_dalton_tiburcio_ressarcimento_ao_sus.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2020.

ULLASTRES, Juan A. Gimeno; RUBIO, Santiago; TAMAYO, Pedro. **Economia da Salud: fundamentos**. In: *Manuales de Dirección Médica y Gestión Clínica*. Bogotá-Colombia: Diaz de Santos. Lima, 2005.

VAHL, Queila de Araújo Duarte; GRUENFELD, Valéria Rocha Lacerda. **O sistema único de saúde e a tragédia dos bens comuns**. Empório do Direito. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-sistema-unico-de-saude-e-a-tragedia-dos-bens-comuns>>. Acesso em: 17 fev. 2020.

ZAGARINO JÚNIOR, Sérgio. **Ressarcimento ao Sistema Único De Saúde Pelas Operadoras de Saúde: Análise do Controle Adequado de Informações No Município De Guarujá – SP**. 2019. 146 f. Dissertação de Mestrado em Direito da Saúde. Universidade Santa Cecília, Santos-SP. Disponível em: <https://unisanta.br/arquivos/mestrado/direito/dissertacoes/Dissertacao_SERGIOZAGARINOJUNIOR436.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.