

GRUPO II - CLASSE V - PLENÁRIO

TC-023.181/2008-0 (com 2 volumes e 6 anexos) - Fiscalis nº 401/2008

Natureza: Relatório de Auditoria

Entidade: Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)

Responsáveis: Fausto Pereira dos Santos - Diretor-Presidente; José Leôncio de Andrade Feitosa, Diretor da Diretoria de Desenvolvimento Setorial (DIDES); Jussara Macedo Pinho Rotzch Gerente-Geral da Gerência-Geral de Integração com o SUS (GGUS); Hélio Verdussen de Andrade Filho, Gerente da Gerência de Dívida Ativa e Serviço Administrativo (GEDASA) e Cleusa Rodrigues da Silveira Bernardo, Diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde (DRAC/SAS/MS)

Advogados constituídos nos autos: não há

Sumário: RELATÓRIO DE AUDITORIA REALIZADA NA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR, NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE 25/8/2008 A 5/9/2008, EM CUMPRIMENTO AO ACÓRDÃO Nº 1.023/2008-TCU-PLENÁRIO, COM VISTAS A AVALIAR A SISTEMÁTICA ADOTADA PARA O RESSARCIMENTO AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) DOS SERVIÇOS PRESTADOS A PACIENTES BENEFICIÁRIOS DE PLANOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. AUDIÊNCIA. DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de relatório de auditoria realizada pela 4ª Secretaria de Controle Externo (4ª Secex) na Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) em cumprimento ao Acórdão nº 1.023/2008-TCU-Plenário (TC-018.717/2004-9 - processo constituído em face de Solicitação do Congresso Nacional).

2. A presente auditoria tem por objeto avaliar a sistemática adotada para o ressarcimento, ao Sistema Único de Saúde - SUS, dos serviços prestados a pacientes beneficiários de planos de assistência à saúde (fls. 458/522, v.2).

3. O volume total de recursos fiscalizados foi de R\$ 264.095.754,19, o que corresponde, de um universo de 22, a uma amostra de 5 Avisos de Beneficiário Identificado (ABI), os quais continham 184.001 Autorizações de Internação Hospitalar (AIH).

4. O trabalho realizado foi resumido pela equipe da unidade técnica na forma que segue.

“3. Inicialmente, foi constatado que os procedimentos ambulatoriais não são objeto de consideração para fins de batimento. Portanto, a ANS não processa o ressarcimento ao SUS desses procedimentos ambulatoriais, fazendo-o tão-somente quanto às Autorizações de Internação Hospitalar (AIH), contrariando o art. 32 da Lei nº 9.656/98 que não faz distinção entre a modalidade do atendimento

prestado. Informações extraídas da página eletrônica do Departamento de Informática do SUS (DATASUS) revelam que os valores despendidos, de 2003 a 2007, para pagamento dos atendimentos ambulatoriais de alto custo, processado por meio de Autorização de Procedimentos de Alto Custo (APAC) superam os das AIH em mais de R\$ 10 bilhões.

4. A partir da comparação dos números obtidos por meio de estudo da própria Agência sobre as APAC com os dados das AIH, observa-se que os valores passíveis de ressarcimento das APAC representam mais de quatro vezes do que hoje é efetivamente ressarcido por meio das cobranças das AIH, isso já considerando o significativo percentual de impugnações apresentadas pelas operadoras de saúde julgadas procedentes. Se se aplicar o percentual passível de cobrança das APAC encontrado a partir do estudo elaborado pela ANS (percentual em torno de 6%), **tem-se um potencial de ressarcimento ao SUS, nos exercícios de 2003 a 2007, na ordem de 2,6 bilhões, se consideradas a média e alta complexidade, e de R\$ 1,3 bilhão, se considerada apenas a alta complexidade.**

5. A ANS arguiu limitações funcionais e materiais como impeditivas de se processar o ressarcimento ao SUS para todos os procedimentos. A considerar as limitações invocadas pela Agência, seria mais produtivo processar as APAC em detrimento das AIH. Portanto, por princípio, pela materialidade envolvida, pelo que determina a lei, é injustificável e desrespeita os princípios da razoabilidade, da moralidade e da eficiência, o fato de tais procedimentos não serem objeto de ressarcimento ao SUS. Por isso, propôs-se determinação à ANS para que passe a processar o ressarcimento ao SUS desses procedimentos, e informe cronograma para processá-lo em relação aos exercícios anteriores.

6. Além de propor determinar à ANS que passe a processar as APAC, de mesmo modo comandou-se que ela faça essa cobrança retroativa, dado o permissivo prazo prescricional estabelecido no novo Código Civil (10 anos), cujo potencial passivo, se exigido e efetivamente ressarcido, reforçará o Sistema Único de Saúde e contribuirá para que a população brasileira receba os cuidados na área de saúde, direito assegurado na Constituição da República.

7. Verificamos também os gargalos inibidores a que o ressarcimento ao SUS ocorra de forma mais efetiva, entre os quais a necessidade de a ANS introduzir alterações na sistemática de batimento (confronto da base de dados do SUS, as AIH, com os dados dos beneficiários de planos de saúde, o Sistema de Informações de Beneficiários da ANS - SIB). Por conta de dificuldades para se fazer a correspondência unívoca, é utilizado o recurso da fonetização, contudo, será proposta determinação pelo Tribunal de aperfeiçoamento no batimento, porque, diligenciado o DATASUS, observou-se que o perfil dos documentos informados nas AIH permite que tal procedimento seja feito, em pelo menos metade da base, de forma determinística.

8. Uma vez realizado o batimento (primeira etapa), notou-se que há necessidade de inserção de filtros mais eficientes, de modo a diminuir notificações desnecessárias, cujas cobranças se mostrarão indevidas, razão do alto índice de deferimento de impugnações apresentadas pelas operadoras de saúde, medida que, aperfeiçoada, evitaria o acionamento da máquina da ANS: recursos humanos, materiais de expediente e recursos eletrônicos. Esses filtros devem ser direcionados aos principais motivos invocados pelas operadoras de saúde, isso porque o ressarcimento ao SUS é devido se e somente se os atendimentos dos beneficiários das prestadoras de saúde ocorridos na rede pública constarem de cobertura contratual.

9. Vencida essa etapa, o gargalo mais significativo detectado pela equipe de auditoria: o fator tempo, no caso, sempre favorável às operadoras de saúde. Esse fator perpassa todas as fases do ressarcimento ao SUS:

(i) inicia-se na defasagem da realização entre o batimento e o período da ocorrência das AIH a que se refere, em geral, sempre mais de um ano, quando poderia ser feito em um intervalo de 3 meses após as internações hospitalares, período assegurado pelos gestores do DATASUS para a consolidação da base de dados das AIH;

(ii) prossegue no generoso prazo para apresentação de impugnações, em primeira instância, pelas operadoras de saúde uma vez notificadas (Aviso de Beneficiário Identificado - ABI), estabelecido em trinta dias úteis;

(iii) transita pelo tempo de análise que a ANS a si estabeleceu: prazo dilatado, superior ao que estipula a Lei nº 9.784/99, adotando referencial para a contagem de prazo que, segundo simulações feitas

pela equipe de auditoria, representa um prazo que varia de 105 a 135 dias para decisão em 1ª instância, o qual, já alongado, ainda é constantemente ultrapassado;

(iv) paralelamente, há encaminhamento das impugnações de caráter técnico à Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde (SAS/MS), a qual sem estrutura para tanto, física e funcional, tem funcionado apenas como intermediadora do processo, pois encaminha as impugnações ao gestor estadual ou municipal para manifestar-se acerca da impugnação, prazo esse que, entre envio e resposta, leva em média 120 dias. Verificou-se, por exemplo, que havia naquela secretaria, em setembro de 2008, mais de 2.500 impugnações ainda sem cadastramento/autuação, algumas delas lá chegadas há mais de 1 ano e meio;

(v) a exemplo do que ocorre na 1ª instância - análise de responsabilidade da GGSUS -, a ANS fixou alongado prazo para análise dos recursos na 2ª instância (de responsabilidade do diretor da Diretoria de Desenvolvimento Setorial - DIDES), prazo esse que também é constantemente ultrapassado;

(vi) a utilização de mais uma instância (3ª instância) no ressarcimento ao SUS, não prevista na legislação afeta ao ressarcimento ao SUS, traduzida na prática de as operadoras, utilizando-se do Regimento Interno da Agência, recorrerem à Diretoria Colegiada da ANS das decisões em 2ª instância, com a observação de que nenhum dos recursos da 3ª instância foi objeto de julgamento pela Agência;

(vii) vencidas as fases de recurso e não pagos os débitos imputados às operadoras de saúde, há demora pela Gerência-Geral de Integração com o SUS (GGSUS) para inscrição no Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (CADIN) e envio dos processos à Procuradoria-Geral da ANS (PROGE) para inscrição na dívida ativa, em razão de alegação de falta de recursos humanos suficientes e da dificuldade de saneamento dos autos, por conta da sistemática de constituição dos processos;

(viii) chegados os processos à PROGE, há demora de inscrição na dívida ativa, tanto por conta de poucos procuradores alocados para a função, e também pela necessidade de sanear os processos enviados pela GGSUS, o que, por vezes, representa devolvê-los à gerência para correção.

10. Esse quadro apresentado reclama pronta atuação da Agência, porquanto, em última análise, essa seqüência da demora ora relatada acaba por não efetivar o ressarcimento ao SUS e/ou protelá-lo, o que ressaí pela análise do quadro esboçado a partir dos fatos. A uma, porque as operadoras de saúde sistematicamente acorrem à Justiça contestando os débitos do ressarcimento ao SUS - apesar de o acesso à Justiça ser livre, há liminar do STF atestando a constitucionalidade do art. 32 da Lei nº 9.656/98; 2) o artifício utilizado pelas operadoras nas impugnações e recursos administrativos: para uma mesma AIH, invocam argumentos diferentes nas instâncias, isto é, ao invés de alegarem todas as razões para o seu inconformismo já em 1ª instância, costumam enfrentar o mérito do débito cobrado só em 2ª instância, ou quando o faz em 1ª instância, aduzem na instância superior motivos não alinhavados na instância anterior, utilizando-se as instâncias recursais como meio protelatório, agravado pela demora da atuação da ANS.

11. Somado aos fatores acima narrados, necessário considerar uma limitação de ordem quantitativa nos recursos humanos utilizados no processamento do ressarcimento. Conforme inspeção realizada na GGSUS, foi observado: há poucos funcionários deslocados para o protocolo, lugar onde se autuam as impugnações; há 10 analistas que procedem à avaliação de todas as contestações das operadoras de saúde, independentemente da instância; igualmente, há poucos funcionários deslocados para o setor de cobrança e saneamento/encaminhamento dos autos para inscrição em CADIN e/ou dívida ativa.

12. Em outro plano, a tabela utilizada pela ANS para calcular os valores a serem ressarcidos aos SUS, a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos (TUNEP), é parametrizada pela tabela SUS, não tem sido utilizada como instrumento regulatório, a exemplo de ser útil como política de desestímulo da rede SUS pelos beneficiários de planos de saúde. Após a publicação inicial dela pela ANS, as sucessivas atualizações da TUNEP têm ocorrido tão-somente por conta de inclusão de novos procedimentos na tabela SUS ou igualar os valores correspondentes das tabelas TUNEP e SUS caso os valores desta tenham ultrapassado os daquela (conforme comando da Lei nº 9.656/98). Assim, necessária se faz, então, uma redefinição da política de atualização dos valores da TUNEP, pois, tendentes os seus valores ao piso (= valores da tabela SUS), as operadoras beneficiam-se de tal medida em razão de, ressarcindo os atendimentos de seus beneficiários pelos valores SUS, desoneram-se dos custos indiretos

associados aos atendimentos hospitalares (instalações, recursos humanos), que teriam de suportar caso esses atendimentos fossem diretamente prestados por elas.

13. Observou-se também a fragilidade dos controles internos da Agência. Tanto a Corregedoria quanto a Auditoria Interna da ANS ainda carecem de recursos humanos suficientes a fim de conseguirem uma atuação mais ampla na Agência. Houvesse atuação de qualquer uma dessas unidades na gerência responsável pelo ressarcimento ao SUS, soluções poderiam ter sido apontadas ou poderia ter havido cobrança de medidas corretivas, o que, certamente, teria contribuído para que o cenário atual fosse menos desfavorável.

14. Ainda, em razão de a Agência ter firmado Contrato de Gestão com o Ministério da Saúde, no qual são pactuadas metas de desempenho, deveria haver parecer do Ministério da Saúde avaliando o desempenho da ANS, consoante prevê Portaria Conjunta específica. Buscou-se tais relatórios, entretanto, diligência com o mesmo objetivo foi realizada em dezembro de 2007 em processo de contas da ANS (exercício de 2003) e, após sucessivos pedidos de dilação autorizados pelo Tribunal, foi encaminhado um relatório da Comissão de Avaliação, contudo, sem parecer conclusivo do Ministério da Saúde, fato que permite concluir pela inexistência de acompanhamento efetivo pelo Ministério da Saúde, corroborado pela resposta da gerência da ANS que informou não ter sido instada pelo Ministério quanto ao assunto.

15. Há falta de interação entre os diversos sistemas utilizados na ANS. A Diretoria de Fiscalização (DIFIS) teve dificuldades de apresentar informações consolidadas relacionando as fiscalizações de sua competência aos dados financeiros correspondentes, à falta de chave/campo que fizesse a correspondência entre os sistemas, por exemplo, o número do auto de infração. Essa falta de interação também ocorre nos relatórios de débitos inscritos na dívida ativa e já fora reportada tanto pela Auditoria Interna da ANS quanto em trabalhos anteriores do Tribunal.

16. Adicionalmente, a equipe de auditoria analisou a documentação dos diversos sistemas informatizados da ANS relacionados direta ou indiretamente com o processo de ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS), oportunidade em que foi possível verificar que a Agência não dispõe atualmente de uma adequada política de segurança da informação. Ademais, observou-se fragilidades na área de sistemas da Agência, tais como lacunas nos termos de responsabilização, inexistência de mecanismos de controle de senha, entre os quais a não exigência de mudança periódica da senha, ausência de restrição vedando a utilização de senhas fracas ou reutilização de senhas pelo mesmo usuário e inexistência de revisão periódica das capacidades de acesso aos sistemas de informação da ANS.

17. A ANS tem adotado medidas para minimizar as fragilidades apontadas nos parágrafos anteriores, entre as quais podemos citar a constituição de dois grupos de trabalho: um para avaliar e propor mudanças na fixação dos valores dos procedimentos da tabela TUNEP e outro para dar vazão aos processos admitidos na 3ª instância da ANS (até então sem nenhum julgamento). Contudo, é dever ressaltar que essas medidas só foram adotadas em meados do corrente ano, pouco depois da ocorrência da audiência pública na Câmara dos Deputados, ocasião em que ficou perceptível que auditoria específica seria agendada, num indício de inércia da Agência, dado que fora cobrada desde 2005 e não havia adotado ações específicas para sanar os gargalos encontrados.

18. Durante os trabalhos da equipe de auditoria, a ANS apresentou reformulações por que passa o processo do ressarcimento ao SUS, consistentes em implementar medidas como a autuação eletrônica, cobrança no início do processo, punição da litigância de má-fé e automação da análise de impugnações, medidas essas que desestimulariam a litigância procrastinatória, confeririam maior celeridade aos processos e, mais importante, permitiriam a inclusão dos atendimentos ambulatoriais de alta complexidade como objeto de ressarcimento ao SUS. Foi demonstrado à equipe de auditoria o funcionamento da versão beta de tal sistema, com previsão de funcionamento para o final de 2008, pendente que está de publicação de normativo pela Diretoria Colegiada da ANS. As mudanças ocorridas com a nova sistemática demandarão acompanhamento pelo Tribunal, segundo proposta de determinação a ser efetuada.

19. A fim de cumprir o mandamento legal do ressarcimento ao SUS - art. 32 da Lei nº 9.656/1998, e dado o inafastável direito de as operadoras de saúde contestarem os débitos, a resposta cabível e esperada da ANS é diminuir ao menor tempo possível o prazo de resposta a essas contestações e, no mesmo ritmo, incluir nos cadastros de dívidas os pagamentos cobrados e não pagos. Antes disso,

necessário que o processo de batimento e notificação seja o mais eficiente possível, de sorte a evitar retrabalho e notificações infrutíferas. Cumpridas essas etapas, paguem ou não os débitos as operadoras de saúde, a ANS terá cumprido com sua obrigação e, no mínimo, as operadoras de saúde serão coagidas pela repercussão gerada pela inscrição dos débitos.”

5. Os principais achados de auditoria (fls. 471/511, v.2) analisados pela equipe da 4ª Secex foram, em síntese: ausência de política de segurança da informação, de controle de senha e de suspensão da conta do usuário após múltiplas tentativas seguidas de acesso aos sistemas utilizando senha incorreta e de revisão periódica das capacidades de acesso aos sistemas de informação; deficiência dos registros de segurança dos sistemas de informação; descompasso entre a data da realização do batimento e a data das AIH; batimento carente de parâmetros representativos e de aperfeiçoamento de filtros; alocação insuficiente de recursos humanos (especialmente analistas) na Gerência-Geral de Integração com o SUS (GGSUS); estrutura e trâmite inadequados das instâncias recursais; prazo alongado para interposição de impugnações e para as respectivas análises e decisões; demora da GGSUS para envio de ABI não impugnados ou já decididos para unidade responsável pela inscrição em CADIN e/ou dívida ativa; a Tabela Única de Equivalência de Procedimentos (TUNEP) não vem sendo utilizada plenamente como instrumento regulatório; os atendimentos ambulatoriais não são objeto de ressarcimento ao SUS, em contrariedade ao que determina o art. 32 da Lei nº 9.565/98; fragilidade nos controles internos da ANS; demora na inscrição em CADIN e dívida ativa dos débitos oriundos do ressarcimento ao SUS; valor mínimo de parcelas dos parcelamentos estabelecido linearmente em contraposição ao aumento geométrico das faixas de beneficiários das operadoras de saúde;

6. As referidas análises levaram a equipe de auditoria a concluir que:

“4.2. O achado mais significativo da fiscalização foi o fato de ANS não processar o ressarcimento ao SUS quanto aos atendimentos ambulatoriais, em especial os de média e alta complexidade. De acordo com comparação realizada, estima-se que os valores cobrados relativos a esses procedimentos sejam 4 vezes os valores cobrados pelas internações hospitalares (AIH), únicos procedimentos atualmente cobrados pela Agência. Essa afirmação advém do confronto dos números do ressarcimento decorrente do processamento das AIH com o estudo realizado pela ANS a fim de verificar o montante passível de ressarcimento relativo às APAC: num período de 6 meses (tempo correspondente ao processo de dois lotes de AIH - 1 ABI por trimestre), apurou-se como devido o valor de R\$ 245 milhões.

4.3. Considerando-se até o 22º ABI processados de AIH (1º trimestres de 2001 a 1º trimestre de 2006), a se processar as APAC do mesmo período, **tem-se um potencial passivo de R\$ 2,6 bilhões de reais** passíveis de ressarcimento ao SUS, montante de destacada materialidade que não foi processado, e portanto, não foi cobrado pela ANS.

4.4. A ANS invoca limitações físicas e funcionais como motivo para não conseguir processar o ressarcimento ao SUS de todos os procedimentos. Contudo, a considerar as limitações argüidas pela ANS, a partir dos números acima expostos, seria, então, mais eficiente a Agência processar as APAC em detrimento das AIH. Portanto, pela relevância, pela materialidade envolvida e pelo que determina a lei, é que está sendo proposta determinação à ANS para que passe a processar o ressarcimento ao SUS dos procedimentos ambulatoriais de média e alta complexidade.

4.5. Quanto ao processo do ressarcimento ao SUS em si, chegamos à conclusão de que ele é moroso, apresenta deficiências em sua estrutura, tornando-se, pois, ineficiente. Moroso porque contém a variável tempo interferindo negativamente em todas as suas fases: (i) inicia-se pelo lapso entre a data de realização do batimento (identificação dos beneficiários de planos de saúde atendidos na rede pública de saúde) e o período das AIH a ele relativas; (ii) perpassa o tempo dispensado às operadoras de saúde para apresentarem impugnações e recursos, bem como o prazo para análise dessas contestações, todos eles excedentes ao estipulado na Lei nº 9.784/99, a qual tomamos por referência; não bastasse o alongado prazo para as análises da ANS, ele tem sido constantemente ultrapassado, conforme números expostos neste relatório; (iii) vencidas as fases de recurso e não pagos os débitos imputados às operadoras de saúde, há demora da gerência responsável pela inscrição no Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (CADIN) e envio dos processos à Procuradoria-Geral da ANS (PROGE)

para inscrição na dívida ativa, unidade que, tanto por conta de poucos procuradores alocados para a função, quanto pela necessidade de sanear os processos recebidos (o que, por vezes, implica devolvê-los à gerência para correção), também demora a efetuar as referidas inscrições.

4.6. Essa morosidade é percebida no tempo de análise da ANS para as impugnações apresentadas pelas operadoras de saúde. A despeito do já generoso prazo conferido para análise, ele é sistematicamente ultrapassado, conforme números observados a partir da análise de 5 lotes trimestrais de processamento de AIH (ABI): tempo médio de 140 dias na 1ª instância e de 284 dias na 2ª instância, conforme tabelas 8 e 9 do item 3.3.85 do relatório.

4.7. Contribui para essa morosidade o encaminhamento de impugnações técnicas à SAS do Ministério da Saúde, secretaria que tem funcionado apenas como intermediadora do processo, já que ela encaminha as impugnações técnicas aos gestores estaduais e municipais, num trâmite que consome, na média, 120 dias e, mais preocupante, a estrutura deficiente do departamento da SAS ao qual foi delegada a tarefa tem permitido que impugnações levem mais de 2 anos apenas para receber autuação.

4.8. Aliada à demora de resposta das duas instâncias da ANS (impugnações e recursos), há um importante gargalo presenciado: socorrendo-se do Regimento Interno da Agência, as operadoras recorrem à Diretoria Colegiada da ANS das decisões de 2ª instância (diretor da DIDES), e não foi dada solução para esses processos, vale dizer, nenhum dos processos apresentados a essa instância foi objeto de julgamento, fato que, indubitavelmente, impede que muitos débitos sejam ressarcidos, posto que não há possibilidade de cobrança enquanto não houver decisão final a respeito.

4.9. Por sua vez, as deficiências na estrutura do ressarcimento ao SUS são evidentes: a técnica de batimento precisa ser aperfeiçoada; ultrapassada a fase de identificação, necessita-se de filtros que eliminem da base inicial os atendimentos não cobertos contratualmente pelas operadoras de saúde e, portanto, indevido o ressarcimento ao SUS, medida que implementada reduziria o acionamento da máquina administrativa da ANS, conforme revela o alto índice de procedência das impugnações apresentadas pelas operadoras de saúde. A essas deficiências, soma-se a insuficiente alocação de recursos humanos, traduzida pela significativa perda da força de trabalho na gerência responsável pela função, evidenciando, contudo, uma opção da Agência em não priorizar essa atividade, dado que igual perda funcional não foi percebida, na mesma proporção, nas outras unidades da ANS.

4.10. As evidências encontradas que tornam o ressarcimento ao SUS moroso e ineficiente não foram combatidas muito por falta de atuação de controles: interno, por conta de constituição relativamente recente das unidades da ANS com esse mister - Auditoria Interna e Corregedoria; externo, por assim dizer, pela ausência da efetiva supervisão que deveria ter sido efetuada pelo Ministério da Saúde, revelada por não ofertar parecer à prévia que a Comissão de Avaliação emitira, supervisão que ainda mais se justificaria por conta da autonomia que detém a Agência derivada do Contrato de Gestão firmado entre esta e aquele.

4.11. Essa somatória de fatores explica os números do ressarcimento ao SUS, cujos valores efetivamente recebidos ainda se dão em patamares baixos, conforme pode ser visualizado nas tabelas 17 e 18 do item 3.5.1 do relatório.

4.12. As iniciativas adotadas pela ANS para minimizar os gargalos inibidores do efetivo ressarcimento ao SUS - constituição recente de grupos de trabalho - menos representam uma conduta proativa da Agência, revelam paliativo para uma situação a que se chegou exatamente por conta de ausência de ações de cunho rotineiro e sistemático, ainda que de periodicidade mais dilatada. Elas foram adotadas há menos de 3 meses do início da fiscalização do Tribunal e somente após a realização de audiência pública na Câmara dos Deputados (maio de 2008), oportunidade em que restou patente que o tema ressarcimento ao SUS seria objeto de auditoria específica, fato que revela uma certa letargia da ANS.

4.13. Conquanto seja alvissareira a reformulação do processo do ressarcimento ao SUS, consistente em implementar medidas como a autuação eletrônica, cobrança no início do processo, punição da litigância de má-fé e automação da análise de impugnações, medidas essas que desestimulariam a litigância procrastinatória, confeririam maior celeridade aos processos e, mais importante, permitiriam a inclusão dos atendimentos ambulatoriais de alta complexidade como objeto de ressarcimento ao SUS, as

determinações propostas se fazem necessárias tanto pela necessidade de ajuste nos prazos encontrados na legislação interna da Agência, a fim de conformá-los às orientações da Lei do Processo Administrativo, quanto em razão de, mesmo que o ressarcimento ao SUS passe a ser processado eletronicamente, há relevante estoque de processos pendentes de solução pela ANS e que devem receber especial atenção a fim de solucioná-los.

4.14. No mais, com o intuito de cumprir o mandamento legal do ressarcimento ao SUS - art. 32 da Lei nº 9.656/1998, e dado o inafastável direito de as operadoras de saúde contestarem os débitos, a resposta cabível e esperada da ANS é diminuir ao menor tempo possível o prazo de resposta a essas contestações e, no mesmo ritmo, incluir nos cadastros de dívidas os pagamentos cobrados e não pagos. Antes disso, necessário que o processo de batimento e notificação seja o mais eficiente possível, de sorte a evitar retrabalho e notificações infrutíferas. Cumpridas essas etapas, paguem ou não os débitos as operadoras de saúde, a ANS terá cumprido com sua obrigação e, no mínimo, as operadoras de saúde serão coagidas pela repercussão gerada pela inscrição dos débitos.”

7. Em face das conclusões acima, a 4ª Secex formula proposta no sentido de:

“5.1.1. com fulcro no art. 202, inciso III, do Regimento Interno do TCU, e art. 22, inciso II, da Lei nº 8.443/92, promover a AUDIÊNCIA dos seguintes responsáveis:

5.1.1.1. Diretor da Diretoria de Desenvolvimento Setorial da ANS (DIDES), Sr. José Leôncio de Andrade Feitosa, CPF: 311.058.747-53, para que justifique a demora na análise dos recursos da 2ª instância e a razão para que nenhum dos processos em 3ª instância tenham sido decididos, descumprindo os prazos estabelecidos pela própria Agência na RE DIDES nº 6/2001, contrariando o dever de decidir da Administração estabelecido no art. 48 da Lei nº 9.784/99, e também violando o princípio da eficiência ao qual está jungida toda a Administração Pública (art. 2º da Lei nº 9.784/99 e art. 37 da Constituição da República), tendo tais atos contribuído para que o ressarcimento ao SUS não se dê de forma tempestiva e efetiva;

5.1.1.2. Gerente-Geral da Gerência-Geral de Integração com o SUS (GGSUS), Sra. Jussara Macedo Pinho Rotzch (CPF: 387.757.607-97), a fim de que informe as razões para a demora na análise das impugnações em 1ª instância, descumprindo os prazos estabelecidos pela própria Agência na RE DIDES nº 6/2001, assim como o retardamento no envio dos processos à Procuradoria-Geral da ANS, uma vez vencidos e não pagos, para inscrição no CADIN e Dívida Ativa, todos esses fatos negando vigência ao princípio da eficiência a que está jungida toda a Administração Pública (art. 2º da Lei nº 9.784/99 e art. 37 da Constituição da República), fato que contribuiu para que o ressarcimento ao SUS não se dê de forma tempestiva e efetiva;

5.1.1.3. Gerente da Gerência de Dívida Ativa e Serviço Administrativo (GEDASA) da ANS, Sr. Hélio Verdussen de Andrade Filho, CPF: 996.051.807-82, para que justifique a falta de adoção de medidas recomendadas pela Auditoria Interna da ANS que levassem a reduzir o tempo de inscrição no CADIN e/ou dívida ativa das operadoras de saúde por conta de débitos oriundos do ressarcimento ao SUS (Relatório de Auditoria AUDIT/ANS nº 1/2006), situação que persiste à vista dos dados analisados pela fiscalização do Tribunal, numa ausência de ação que contribui para que o ressarcimento ao SUS se dê em patamares baixos, porquanto a falta/demora das referidas inscrições não impele a que as operadoras de saúde quitem os seus débitos, situação que nega vigência ao princípio da eficiência a que está jungida toda a Administração Pública (art. 2º da Lei nº 9.784/99 e art. 37 da Constituição da República);

5.1.1.4. Diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde (DRAC/SAS/MS), Sra. Cleusa Rodrigues da Silveira Bernardo (CPF: 131.849.541-53), para que informe a razão de mais de 2.500 impugnações técnicas, de responsabilidade da SAS, estarem estocadas no DRAC/SAS sem cadastramento/autuação na média, há quase dois anos, descumprindo o prazo previsto de análise previsto na RE/DIDES nº 6/2001, contrariando o dever de decidir da Administração estabelecido no art. 48 da Lei nº 9.784/99, e, por consequência, negando vigência ao princípio da eficiência a que está jungida toda a Administração Pública (art. 2º da Lei nº 9.784/99 e art. 37 da Constituição da República), tudo isso contribuindo para que o ressarcimento ao SUS não se dê de forma tempestiva e efetiva;

5.1.2 DETERMINAR à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS que:

5.1.2.1. passe a processar, a partir de 2009, o batimento também dos procedimentos ambulatoriais de média e alta complexidade e que informe, em 90 dias, um cronograma no qual entenda ser possível organizar-se para proceder ao batimento das APAC relativas aos atendimentos ocorridos na rede do Sistema Único de Saúde desde o início do processamento do ressarcimento das AIH pela Agência (1º ABI - Fev, mar, abr/2001), período em que os potenciais débitos ainda estão ao alcance do erário;

5.1.2..2. em um prazo de 90 (noventa) dias:

a. apresente cronograma tendente a dar vazão à Autorização de Internação Hospitalar (AIH) dos exercícios de 2006 e 2007 já processadas pelo DATASUS, cuidando para que, a partir de então, a diferença temporal entre a realização do batimento e os meses de competência delas não se distancie;

b. encaminhe o resultado dos estudos realizados pela Agência a respeito de filtros a serem inseridos na sistemática do ressarcimento ao SUS, mencionando pontualmente os filtros sugeridos, a previsão de data de implementação deles e a possível repercussão no processo de batimento e notificação das operadoras de saúde;

c. informe ao Tribunal o resultado das ações do Grupo de Trabalho criado com a finalidade de receber, analisar e emitir Nota Técnica nos processos administrativos de ressarcimento ao SUS nos quais foram impetrados recursos à Diretoria Colegiada (Portaria DIDES nº 4, de 04.09.2008), devendo encaminhar cronograma que contemple o julgamento dos 1.594 processos encaminhados à Diretoria Colegiada da Agência;

d. encaminhe ao Tribunal informações sobre o resultado do estudo sobre a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP (Portaria DIDES nº 2, de 05.08.2008), com indicação das implementações a serem adotadas na Agência;

5.1.2.3. ajuste seu normativo interno de modo a definir a competência para análise das impugnações técnicas apresentadas pelas operadoras de saúde, ante a incapacidade verificada de a Secretária de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde (SAS/MS), por meio do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle (DRAC), responder à demanda de tais análises;

5.1.2.4. adéque e estructure as 1ª e 2ª instâncias do ressarcimento ao SUS no âmbito da DIDES, promovendo 1) a separação física delas e distribuindo os recursos humanos de sorte a regularizar a rotina de análises sob responsabilidade da GGSUS; e 2) insira controle no Sistema de Controle de Impugnações (SCI) de modo que não ele aceite a inclusão de um mesmo analista como responsável pela elaboração de parecer, em um mesmo processo, para instâncias diferentes, de modo a assegurar aos administrados as garantias do princípio da recursividade, no caso, segundo as disposições da Lei nº 9.784/99;

5.1.2.5. reveja o prazo para impugnação das AIH pelas operadoras de saúde (30 dias úteis), assim como o tempo de análise estipulado para que a Agência decida as impugnações e recursos apresentados, ajustando-os ao que preceitua a Lei nº 9.784/99 (art. 59 e art. 66, § 2º);

5.1.2.6. adote sistemática que defina periodicidade para saneamento e envio dos processos relativos ao ressarcimento ao SUS à unidade responsável pela inscrição das operadoras de saúde no CADIN e/ou dívida ativa, bem como adote solução para a sistemática até então adotada pela unidade que não permite encaminhar as AIH livres de pendência pelo fato de estarem em um único processo com AIH em outra situação, de forma a cumprir o prazo estabelecido na Lei nº 10.522/2002 (75 dias após a notificação);

5.1.2.7. em cumprimento ao princípio da publicidade e ao Decreto nº 5.482/05, disponibilize em sua página eletrônica na Internet a íntegra dos relatórios da Comissão de Acompanhamento e Avaliação do Desempenho da ANS, a exemplo do ocorrido nos exercícios anteriores, de sorte a conferir transparência em suas ações e, com isso, permitir o amplo controle social;

5.1.2.8. implemente melhorias nos sistemas, consistentes em definir parâmetros confiáveis que permitam interação entre as informações constantes dos diversos sistemas da Agência e, com isso, seja possível a extração de relatórios completos, facilitadores da atuação dos órgãos de controle e, antes disso, sejam úteis como ferramentas gerenciais da própria Agência;

5.1.2.9. institua adequada política de segurança da informação, mediante revisão da Resolução Administrativa nº 05, de 10 de maio de 2004, devendo implementar necessariamente mecanismos de

controle de senha, restrição de acesso aos sistemas conforme perfis dos usuários e revisão periódica das capacidades de acesso, guiando-se, se assim o desejar, pelo manual 'Boas práticas em Segurança da Informação', 2ª edição, do Tribunal de Contas da União;

5.1.2.10. uma vez implantado o processo eletrônico de ressarcimento na Agência e ocorra o primeiro batimento sob a nova sistemática, apresente ao TCU os critérios adotados para a seleção de amostra das impugnações apresentadas para as quais o encaminhamento de documentação comprobatória se fará necessário, a quantidade da amostra e o resultado da análise empreendida;

5.1.3. DETERMINAR à Controladoria-Geral da União (CGU) que verifique nas próximas contas da ANS se as medidas determinadas no item 5.1.2.9 foram cumpridas, devendo fazer testes próprios, e relatar o resultado em item próprio de seu relatório de auditoria de gestão;

5.1.4. DETERMINAR ao Ministério da Saúde que:

5.1.4.1. exerça efetivamente a supervisão do desempenho da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), mediante elaboração de relatórios que avaliem o cumprimento das metas estabelecidas no Contrato de Gestão firmado com a referida Agência, consoante prevê a Portaria Conjunta ANS/MS nº 6, de 23.10.2002, enviando-os à ANS para que a Agência considere-os e insira-os no relatório de gestão anual;

5.1.4.2. aperfeiçoe os indicadores utilizados para mensurar o desempenho da ANS com relação ao ressarcimento ao SUS - tanto qualitativa quanto quantitativamente -, pois, apesar de os números atestarem o cumprimento das metas, não expressam a realidade encontrada pelo Tribunal nas fiscalizações empreendidas;

5.1.5. comunicar à Advocacia-Geral da União (AGU) o teor da determinação constante do item 5.1.4 exarada ao Ministério da Saúde, em cumprimento à orientação da Secretaria-Geral de Controle Externo por meio do Memorando-Circular nº 27/2007, de 02.05.2007;

5.1.6. RECOMENDAR à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS que:

5.1.6.1. altere sua legislação interna no que diz respeito ao cadastro de beneficiários (Sistema de Informações de Beneficiários - SIB), de modo a exigir das operadoras de saúde, quando do envio das informações cadastrais de seus beneficiários, os campos CPF, RG e nome da mãe dos beneficiários como dados obrigatórios, ao invés de campos opcionais como atualmente estabelece a ANS;

5.1.6.2. realize o batimento parcialmente pelo método determinístico à vista do perfil de documentos pessoais informados nas AIH, segundo o DATASUS: cerca de 43% delas contém o número de RG e cerca de 8% delas contém o CPF como documento pessoal informado;

5.1.6.3. obtenha junto às operadoras de saúde perfil de consulta para acesso aos sistemas delas, de modo que, ao invés de as operadoras remeterem cópia dos contratos dos beneficiários por ocasião das impugnações, seja possível a ANS consultar o sistema e de lá extraia todas as informações necessárias dos beneficiários;

5.1.6.4. redistribua os recursos humanos da Agência, de modo a reforçar o quadro de recursos humanos da Gerência-Geral de Integração com o SUS (GGSUS/DIDES/ANS), unidade que sofreu significativa perda de sua força de trabalho ou, alternativamente, faça gestão ao Ministério da Saúde a fim de obter autorização junto ao Ministério do Planejamento e Gestão para realizar concurso público e, então, ampliar seu quadro de pessoal;

5.1.6.5. revise os valores mínimos das parcelas quando da concessão de parcelamento às operadoras de saúde, porquanto 1) não há proporcionalidade entre os valores fixados e as faixas de beneficiários correlatas; 2) os valores mínimos permitidos para as parcelas são baixos se considerarmos o poder econômico das operadoras de saúde.”

8. O Ministério Público junto ao Tribunal, por intermédio de seu ilustre representante, Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, pronuncia-se acerca do não-ressarcimento, pelas operadoras de saúde, dos procedimentos ambulatoriais de alta complexidade, e do prazo prescricional para fins de cobrança retroativa dos referidos débitos, nos seguintes termos:

‘II

Conforme bem observou a equipe de auditoria (fl. 467, item 2.2, v.2), atualmente, o artigo 32 da Lei 9.656, de 3.6.1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, é o marco legal do ressarcimento ao SUS. Sua redação atualizada é a seguinte (Medida Provisória 2.177-44/2001, grifos acrescidos):

‘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.

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

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

§ 3º A operadora efetuará o ressarcimento até o décimo quinto dia após a apresentação da cobrança pela ANS, creditando os valores correspondentes à entidade prestadora ou ao respectivo fundo de saúde, conforme o caso.

§ 4º O ressarcimento não efetuado no prazo previsto no § 3º será cobrado com os seguintes acréscimos:

I - juros de mora contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de um por cento ao mês ou fração;

II - multa de mora de dez por cento.

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

§ 6º O produto da arrecadação dos juros e da multa de mora serão revertidos ao Fundo Nacional de Saúde.

§ 7º A ANS fixará normas aplicáveis ao processo de glosa ou impugnação dos procedimentos encaminhados, conforme previsto no § 2º deste artigo.

§ 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.’

A Lei 9.656/1998 é objeto de questionamento junto ao egrégio Supremo Tribunal Federal (ADI 1931-MC, fl. 469, item 2.7, v.2).

Na petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada em dezembro de 1998, a Confederação Nacional de Saúde – Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS) sustenta, no que interessa ao desate da matéria versada nestes autos (impressos anexos à contracapa):

a) a inconstitucionalidade formal genérica da Lei 9.656/1998, por violação ao inciso II do artigo 192 da Constituição Federal, revogado pela Emenda Constitucional 40/2003, que requeria, até então, lei complementar para autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguro, aos quais seriam equiparadas as operadoras de planos de saúde;

b) a inconstitucionalidade do artigo 32.

No que se refere ao artigo 32, a CNS argumenta que o preceito legal representaria atentado ao devido processo legal substantivo e revelaria a intenção do Estado de transferir, para a iniciativa privada, o ônus de assegurar saúde para todos, interferindo, portanto, indevidamente na iniciativa privada, com ofensa aos artigos 196 (dever do Estado de prover a saúde de todos) e 199 (assistência à saúde livre à iniciativa privada) da Carta Magna.

Ainda segundo a Confederação, a exigência de ressarcimento, que apresentaria nítido caráter tributário, somente poderia ser entendida como fonte destinada a garantir a manutenção ou a expansão da seguridade social. Para a Confederação, porém, tais fontes, de acordo com o artigo 195, § 4º, da Constituição Federal, deveriam ser criadas com respeito ao disposto no artigo 154, inciso I, do Texto Maior, que exige lei complementar, e não ordinária, para regular a matéria.

Quanto à inconstitucionalidade formal genérica do diploma normativo, o Relator Maurício Corrêa argumentou que, além de dispor a respeito de questões que possivelmente estariam relacionadas com o seguro propriamente dito, a Lei 9.656/1998 versa sobre situações atreladas aos planos de saúde - de disciplinamento de suas atividades -, que, isoladamente, nada têm a ver com o que poderia estar adstrito à exigência de lei complementar.

Nessa linha de raciocínio, o eminente Relator concluiu que, em face do advento da Medida Provisória 1.908-18, de 24.9.1999, que deu nova estrutura jurídica às empresas de medicina de grupo, desatrelando-as das normas de seguro, a ação não deveria ser conhecida na parte que atacava, por vício formal, todas as disposições da Lei 9.656/1998.

Relativamente ao artigo 32, o Ministro Maurício Corrêa, referindo-se ao artigo 196 da Lei Maior (*'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'*), assim ponderou por ocasião do indeferimento da cautelar:

‘Como se sabe, trata-se [o artigo 196] de norma programática que se perfaz com as políticas públicas que são implementadas de acordo com as disponibilidades de custeios oficiais, sem deixar, todavia, de realizar-se também com a partilha dessa atribuição com a iniciativa privada.

24. Não me parece, por isso, correta a assertiva da inicial. O artigo seguinte - 197 do Texto Constitucional - é positivamente claro ao estabelecer que ‘são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado’.

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

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

27. As normas impugnadas, em consequência, se inserem em plena harmonia com a norma constitucional que obriga o ente público a esse encargo, sem comprometer o gerenciamento da ação privada, que os dois diplomas [Lei 9.656/1998 e Medida Provisória 1.730-7, de 7.12.1998] estão prometendo compatibilizar.

Não vejo, dessa forma, que essa outorga redunde em inconstitucionalidade.’

No que se refere à alegada lesividade às operadoras em decorrência da obrigação de ressarcimento ao SUS, ponderou o Ministro Maurício Corrêa, dando sequência ao exame do tema, que (destaques não são do original):

‘44. Outra questão tida como contrária e ofensiva ao princípio da proporcionalidade seria o ressarcimento, de que trata o *caput* do artigo 32 da lei, ao Poder Público dos serviços de atendimento que a rede hospitalar de saúde pública prestar ao contratado do plano. Frise-se que esses serviços só atingem os atendimentos previstos em contrato e que forem prestados aos respectivos consumidores e seus dependentes por instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do SUS, como está explicitamente disciplinado no § 1º do artigo 32, na versão atual, *verbis*: ‘O ressarcimento a que se refere o *caput* será efetuado pelas operadoras à entidade prestadora de serviços, quando esta possuir personalidade jurídica própria, e ao Sistema Único de Saúde - SUS, mediante tabela de procedimento a ser aprovada pelo Consu’.

45. Não vejo atentado ao devido processo legal em disposição contratual que assegurou a cobertura desses serviços que, não atendidos pelas operadoras no momento de sua necessidade, foram prestados pela rede do SUS e por instituições conveniadas e, por isso, devem ser ressarcidos à Administração Pública, mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da CÂMARA DE SAÚDE COMPLEMENTAR. Observo que não há nada nos autos relativamente aos preços que serão fixados, se atendem ou não as expectativas da requerente. Tudo gira em torno de hipóteses.

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

47. Mais uma vez cuida-se de matéria que implica o exame concreto da questão concernente aos preços para o ressarcimento dos serviços, que, agora penso, com a nova definição jurídica dos planos, deverão ser revistos, se porventura existentes, porque não mais ligados ao campo do seguro. Além do mais, a regulamentação do dispositivo foi remetida à resolução do Consu, que não é objeto desta ação.

48. Tratando-se de segmento da maior sensibilidade social, pois envolve a saúde e a vida das pessoas, tenho que as normas impugnadas nesta parte da ação, em face da anômala condição em que os agentes da requerente operavam nesse mercado, não violam o devido processo legal, pelo que, neste exame cautelar, não vejo que esteja caracterizado o *periculum in mora*, recomendando-se, ao contrário, em virtude de boa dose de conveniência, que os textos atacados sejam mantidos até o julgamento final da ação.

São essas as razões pelas quais indefiro o pedido quanto a esta parte.’

Alfim, a ementa do julgado, em sede de medida cautelar, restou vazada nos seguintes termos (julgamento: 21.8.2003, DJ 28.5.2004), estando pendente, até a presente data, a apreciação definitiva da matéria (grifos acrescidos):

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORDINÁRIA 9.656/1998. PLANOS DE SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MEDIDA PROVISÓRIA 1.730/1998. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CONHECIDA. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAIS E OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. OFENSA AO DIREITO ADQUIRIDO E AO ATO JURÍDICO PERFEITO.

1. Propositura da ação. Legitimidade. Não depende de autorização específica dos filiados a propositura de ação direta de inconstitucionalidade. Preenchimento dos requisitos necessários.

2. Alegação genérica de existência de vício formal das normas impugnadas. Conhecimento. Impossibilidade.

3. Inconstitucionalidade formal quanto à autorização, ao funcionamento e ao órgão fiscalizador das empresas operadoras de planos de saúde. Alterações introduzidas pela última edição da Medida Provisória 1.908-18/1999. Modificação da natureza jurídica das empresas. Lei regulamentadora. Possibilidade. Observância do disposto no artigo 197 da Constituição Federal.

4. Prestação de serviço médico pela rede do SUS e instituições conveniadas, em virtude da impossibilidade de atendimento pela operadora de Plano de Saúde. Ressarcimento à Administração Pública mediante condições preestabelecidas em resoluções internas da Câmara de Saúde Complementar. Ofensa ao devido processo legal. Alegação improcedente. Norma programática pertinente à realização de políticas públicas. Conveniência da manutenção da vigência da norma impugnada.

5. Violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito. Pedido de inconstitucionalidade do artigo 35, *caput* e parágrafos 1º e 2º, da Medida Provisória 1.730-7/1998. Ação não conhecida tendo em vista as substanciais alterações neles promovida pela medida provisória superveniente.

6. Artigo 35-G, *caput*, incisos I a IV, parágrafos 1º, incisos I a V, e 2º, com a nova versão dada pela Medida Provisória 1.908-18/1999. Incidência da norma sobre cláusulas contratuais preexistentes, firmadas sob a égide do regime legal anterior. Ofensa aos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito. Ação conhecida, para suspender-lhes a eficácia até decisão final da ação.

7. Medida cautelar deferida, em parte, no que tange à suscitada violação ao artigo 5º, XXXVI, da Constituição, quanto ao artigo 35-G, hoje, renumerado como artigo 35-E pela Medida Provisória 1.908-18, de 24 de setembro de 1999; ação conhecida, em parte, quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 10 da Lei 9.656/1998, com a redação dada pela Medida Provisória 1.908-18/1999, para suspender a eficácia apenas da expressão ‘atuais e’. Suspensão da eficácia do artigo 35-E (redação dada pela MP 2.177-44/2001) e da expressão ‘artigo 35-E’, contida no artigo 3º da Medida Provisória 1.908-18/1999.’

A despeito da pendência de julgamento definitivo, o Supremo Tribunal Federal já fixou entendimento no sentido de que mesmo que se cuide ‘*de juízo cautelar negativo, resultante do indeferimento do pedido de suspensão provisória da execução do ato impugnado, ainda assim essa deliberação – proferida em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade - terá o efeito de confirmar a validade jurídica da espécie em questão, preservando-lhe a integridade normativa, ensejando-lhe a conservação no sistema de direito positivo e viabilizando-lhe a integral aplicabilidade*’ (RE 366.133-Agr, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 15.8.2003).

Em face desse entendimento, a Corte Suprema, em recentes julgados, afirmou a constitucionalidade do ressarcimento ao SUS instituído pela Lei 9.656/1998. Veja-se, neste sentido, a ementa de dois precedentes jurisprudenciais (partes: Sermed Saúde Viradouro S/C Ltda. e Agência Nacional de Saúde Suplementar):

‘EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESSARCIMENTO AO SUS. ARTIGO 32 DA LEI 9.656/1998. CONSTITUCIONALIDADE. OMISSÃO. CONTRADIÇÃO. OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA.

1. Constitucionalidade do ressarcimento ao SUS instituído pela Lei 9.656/1998 [ADI 1.931-MC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 28.5.2004].

2. Não se encontram configuradas no acórdão embargado a obscuridade, a contradição ou a omissão que autorizariam a integração do julgado com fundamento nos incisos I e II do artigo 535 do Código de Processo Civil.

Embargos de declaração rejeitados.’

(RE-AgR-ED 488026/RJ, Rel. Min. EROS GRAU, julgamento: 24.6.2008, Segunda Turma, DJe 15.8.2008).

‘AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESSARCIMENTO AO SUS. ARTIGO 32 DA LEI 9.656/1998. CONSTITUCIONALIDADE.

1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 1.931-MC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, DJ de 28.5.04, decidiu pela constitucionalidade do ressarcimento ao SUS instituído pela Lei 9.656/1998.

Agravo regimental a que se nega provimento.’

(RE-AgR 488026/RJ, Relator Min. EROS GRAU, julgamento: 13.5.2008, Segunda Turma, DJe 6.6.2008)

Superados eventuais questionamentos acerca da plena vigência e eficácia do artigo 32 da Lei 9.656/1998 e fixada a premissa de sua constitucionalidade, passa o *Parquet* especializado ao exame da natureza jurídica da obrigação em tela.

III

Nos autos do AgRgREsp 670.807/RJ, o colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu que ‘*o ressarcimento devido pelas operadoras de planos de saúde à Agência Nacional de Saúde Suplementar, em decorrência de atendimentos a beneficiários de seus planos pelo Sistema Único de Saúde, tem*

natureza indenizatória' (julgamento: 8.3.2005, DJ 4.4.2005).

Na ocasião, o Ministro Teori Albino Zavascki (Relator p/ Acórdão), em seu voto-vista, teceu as seguintes considerações sobre o tema:

‘Segundo informa a autora na inicial, a dívida cujo pagamento lhe é exigido pela ANS, sob pena de inclusão na Cadin, corresponde a ressarcimento de ‘despesas relativas aos atendimentos prestados aos beneficiários inscritos em seus planos de saúde pelas entidades públicas ou privadas de saúde, estas quando conveniadas ou contratadas pelo SUS’(...), por força do artigo 32 da Lei 9.656/1998. Nos termos da referida Lei, uma vez atendido, gratuitamente, pelo SUS, paciente inscrito em plano privado de saúde, é devido pela empresa operadora do plano o reembolso das quantias despendidas à Agência Nacional de Saúde Suplementar, de acordo com valores fixados em tabela divulgada por este órgão. Trata-se, como se vê, de verba de natureza indenizatória, que visa a compensar o Sistema Único de Saúde pelos gastos realizados com beneficiários de plano de saúde privado, e não de pagamento de ‘preço público’, isto é, de remuneração pela prestação de serviço público. A prestação desenvolve-se - repise-se, de forma gratuita - exclusivamente entre a rede do SUS e o paciente vinculado ao plano de saúde privado. A partir daí, surge nova relação jurídica, entre a operadora do plano e a ANS, cujo objeto é o ressarcimento dos valores desembolsados, e não a prestação remunerada do serviço público. Os valores constantes da Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - Tunep não têm característica de preços públicos, pois sequer são suportados pelos usuários dos serviços, destinando-se a balizar a indenização devida pelas empresas ao Estado.

Tampouco é viável a caracterização do ressarcimento como ‘operação financeira que não envolva recurso orçamentário’, nos termos da parte final do dispositivo em exame, porque a sistemática envolve, como acima se explicitou, a reposição de quantias integrantes dos serviços públicos de saúde.’

A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais é pródiga em julgados acerca da natureza não-tributária do ressarcimento em tela.

A esse respeito, cumpre reproduzir, por sua pertinência, excerto do voto proferido pela Desembargadora Federal Maria Isabel Galloti Rodrigues nos autos da AMS 2000.38.00.034572-0/MG (TRF/1ª Região, Decisão: 13.12.2002, DJ 10.5.2004):

‘No tocante ao mérito, analiso, inicialmente, a alegação de que o ressarcimento previsto no artigo 32 da Lei 9.656/1998 tem natureza tributária.

O parecer do Ministério Público em primeira instância, de autoria do Procurador da República Eugênio Pacelli de Oliveira, demonstrou que a exação em causa não se insere no conceito de nenhuma das espécies tributárias previstas na Constituição, *in verbis* (fls. 185/7):

‘Fator sintomático da ausência da alegada natureza tributária é a dificuldade de encaixá-la em qualquer das modalidades de tributos admitidos no sistema tributário brasileiro.

Não é imposto, uma vez que esta modalidade, por definição, independe de qualquer atividade estatal específica relativa à pessoa do contribuinte. A sua não-classificação como contribuição de melhoria, de tão evidente, dispensa maiores comentários, como bem anotou a impetrante na inicial. Também não é taxa cobrada em razão de exercício de poder de polícia, como também demonstrou a peça propedêutica.

Resta, então, a análise de viabilidade de considerá-la como uma suposta taxa em razão da utilização efetiva ou potencial de serviço público específico e divisível, tese esta esposada pela impetrante.

Contudo, tal entendimento não merece prosperar.

Levante-se a tese de que referido ressarcimento possui a natureza de taxa cobrada em razão de serviço público figurando as operadoras como substituto tributário dos consumidores, em conflito com o § 7º do art. 150 da Constituição Federal, que só admite a substituição tributária no que concerne aos impostos e às contribuições.

Mas a taxa, tributo de natureza vinculada, no magistério de Geraldo Ataliba, tem como hipótese de incidência uma atuação estatal referida ao contribuinte.

‘A hipótese de incidência da taxa é uma atuação estatal diretamente (imediatamente) referida ao obrigado (pessoa que vai ser posta como sujeito passivo da relação obrigacional que tem a taxa por objeto)’

Assim, descabe a alegação de que se verificaria uma substituição tributária, figurando as operadoras como substitutas tributárias dos seus consumidores atendidos pelo SUS.

Ademais, o § 7º do art. 150 da Carta Constitucional refere-se à substituição tributária para a frente, a saber, de fato gerador que ainda não ocorreu. No caso do ressarcimento, este é efetuado em função de atendimento anterior.’

Realmente, parece-me inequívoco que não é possível enquadrar a obrigação de ressarcimento prevista no artigo 32 da Lei 9.656/1998 em nenhuma das espécies tributárias previstas na Constituição.

A despeito deste fato, não há como deixar de reconhecer que se cuida de obrigação pecuniária compulsória, expressa em moeda corrente, que não se constitui sanção de ato ilícito, instituída por lei e é cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (CTN, art. 3º).

Se se cuida de imposição pecuniária em favor do Estado, não subsumível a nenhuma das espécies tributárias e cuja causa não é a sanção e nem a responsabilização por ato ilícito, deve tal obrigação ter como pressuposto uma causa válida, razoável, compatível com a Constituição, sob pena de ofender o devido processo legal substantivo.

(...)

Com efeito, não é razoável que o sistema constitucional vigente estabeleça uma série de exigências e limitações para a criação dos tributos nele especificados, mas que o legislador possa criar uma nova forma de imposição pecuniária em favor do Estado, que, por não estar compreendida na definição de nenhuma das espécies tributárias, possa se furta ao cumprimento destas regras e subverter os princípios constitucionais que protegem o contribuinte.

Vejamos, portanto, qual a causa (fato jurídico), que justifica a exigência do ressarcimento em exame.

O fato que dá ensejo à obrigação de ressarcimento é o atendimento de cliente de plano ou seguro de saúde pelo Sistema Único de Saúde. Sua causa, portanto, é uma ‘despesa’, e não um fato indicativo de capacidade contributiva do contribuinte (o operador do plano), fator este que também diferencia a exação em exame da natureza das espécies tributárias, pois o fato gerador do tributo consiste, no ensinamento de AMÍLCAR DE ARAÚJO FALCÃO, em ‘fatos ou circunstâncias indicadores de capacidade econômica.’ (Fato Gerador da Obrigação Tributária, Forense, 6ª edição, p. 30).’

Inúmeros precedentes seguem a mesma linha de raciocínio. São os seguintes os fundamentos que, no entender dos magistrados, legitimam a cobrança do ressarcimento ao SUS e esclarecem sua finalidade:

a) o ressarcimento de que trata a Lei 9.656/1998 é devido dentro dos limites de cobertura contratados e visa, além da restituição dos gastos efetuados, a impedir o enriquecimento da empresa privada às custas da prestação pública de saúde, ou seja, indenizar o Poder Público pelos custos desses serviços não prestados pela operadora privada, mas cobertos pelos contratos e pagos pelo consumidor (TRF/1ª Região, AMS 2000.38.00.033856-0/MG, DJ 12.11.2007);

b) as operadoras de planos de saúde devem ressarcimento ao SUS de gastos relativos aos serviços prestados àqueles que possuem plano de saúde consoante a norma inserta no artigo 32 e §§ da Lei 9.656/1998. Objetiva-se indenizar o Poder Público pelos custos desses serviços não prestados pela operadora privada, mas cobertos pelos contratos e pagos pelo consumidor. O ressarcimento ao SUS possui natureza jurídica restitutória, de caráter indenizatório, por não ter o legislador objetivado criar nova receita para os cofres públicos, desnecessária a veiculação por lei complementar (TRF/3ª Região, AC 1327064, julgamento: 2.10.2008, DJ 13.10.2008);

c) o objetivo da norma legal impugnada é evitar a ocorrência do enriquecimento sem causa das operadoras privadas de assistência à saúde, impedindo-se que o Estado preste os serviços de atendimento médico e o lucro fique com as empresas de plano privado que receberam para prestar tais serviços aos seus beneficiários. A natureza do ressarcimento não é tributária, mas apenas restitutória, na medida em

que permite que o Estado recupere os valores que despendeu com um segmento da sociedade. Constatada a inexistência de violação às normas constitucionais contidas nos artigos 196 e 199, pois tais regras não alteram a atuação obrigatória do Estado nas atividades inerentes à saúde, nem desautorizam a atuação de pessoas no âmbito privado nestas atividades. O artigo 32 da Lei 9.656/1998 apenas determina o ressarcimento pelo plano privado do atendimento prestado pela rede pública (TRF/2ª Região, AG 124355, julgamento: 4.7.2007, DJ 24.7.2007, e AC 360512, julgamento: 13.2.2008, DJ 27.2.2008);

d) o ressarcimento não visa a custear a saúde pública, mas, sim, ressarcir o erário das despesas advindas da prestação de serviços em lugar das operadoras de planos de saúde. Assim, na medida em que o ressarcimento permite que o sistema público receba de volta os valores que disponibilizou aos planos de saúde privados, mostra-se nítida a sua natureza restitutiva (TRF/2ª Região, AC 322174, julgamento: 8.10.2008, DJ 13.10.2008);

e) o ressarcimento previsto no artigo 32 da Lei 9.656, de 3.6.1998, é destinado às instituições públicas ou privadas integrantes do Sistema Único de Saúde, objetivando indenizar os custos com serviço público de saúde, que é financiado também por recursos da União Federal, conforme previsto no artigo 198, § 1º, da Constituição Federal de 1988. O ressarcimento integra o próprio sistema constitucional que tutela a saúde como direito de todos os cidadãos e dever do Estado, que presta o serviço direta ou indiretamente. Neste contexto geral inclui-se a iniciativa privada, que atua em caráter complementar ao Estado, e não de forma concorrente (Constituição Federal, artigo 199, § 1º), de modo que o ressarcimento aí previsto não tem natureza tributária, mas sim natureza institucional destinada a promover todo o sistema nacional de saúde, ao qual o particular adere e se subordina como uma condição para operar nesta área, por isso não havendo exigência de submissão aos princípios constitucionais tributários para sua criação ou alteração e nem havendo exigência de lei complementar para sua regulação, não havendo ofensa aos artigos 196 a 199 da Constituição Federal (TRF/3ª Região, AC 858590, julgamento: 7.8.2008, DJ 3.9.2008);

f) o ressarcimento previsto no artigo 32 da Lei 9.656/1998 tem natureza jurídica de indenização administrativa, de caráter não-tributário, cuja finalidade é a recomposição do patrimônio das entidades integrantes do Sistema Único de Saúde, que se viu indevidamente subtraído diante da necessidade de prestar serviços a consumidores titulares de planos ou seguros de saúde privados. Não se opõem à criação dessa indenização as regras do artigo 195, § 4º, ou 154, I, da Constituição Federal de 1988. Ao exigir esse ressarcimento, não se trata de recusar ou desonerar o Estado do cumprimento de seus deveres na prestação de serviços de saúde (artigos 6º, 196 e seguintes da CF; Lei 8.080/1990). O que se pretende, com o aludido ressarcimento, é reforçar a atuação do Estado na área da saúde, reunindo recursos que de forma ilegítima não foram despendidos pelas operadoras privadas. Trata-se, assim, de prestigiar o princípio da isonomia, na medida em que atribui um tratamento legislativo diferenciado àqueles que, apesar do dever contratual de arcar com os procedimentos de saúde para seus consumidores, deixam de assim proceder, em prejuízo de toda a coletividade (TRF/3ª Região, AC 838854, julgamento: 24.1.2008, DJU 13.2.2008);

g) o ressarcimento previsto no artigo 32 da Lei 9.656/1998 possui caráter restitutivo, pois visa essencialmente à recuperação de valores antes despendidos pelo Estado na assistência à saúde, de sorte a possibilitar o emprego de tais recursos em favor do próprio sistema de saúde, seja no aprimoramento ou na expansão dos serviços, em consonância aos preceitos e diretrizes traçados nos artigos 196 a 198 da Carta Magna. Tal exigência não se reveste de natureza tributária, porquanto não objetiva a norma em questão a instituição de nova receita a ingressar nos cofres públicos, razão pela qual mostra-se desnecessária a edição de lei complementar para dispor sobre a matéria, inexistindo, assim, qualquer ofensa aos princípios constitucionais tributários (TRF/3ª Região, AG 168662, julgamento: 1.12.2004, DJ 7.1.2005);

h) a 'Taxa de Ressarcimento' prevista no artigo 32 da Lei 9.656/1998 tem natureza restitutória e não está sujeita às limitações que a Constituição impõe à exigência de tributos (TRF/4ª Região, AC 200070000238500, julgamento: 22.1.2008, DJ 6.2.2008);

i) o ressarcimento ao SUS não tem natureza tributária, não sendo, assim, exigível que seja regulamentado por lei complementar (TRF/4ª Região, AR 200704000264502, DJ 28.3.2008);

j) o ressarcimento ao SUS é uma exação que não tem natureza tributária, mas de restituição, pois evita que as operadoras de saúde se beneficiem de um enriquecimento ilícito decorrente da cobrança de um serviço que não foi prestado por elas. O intuito da Lei 9.656/1998 é o de restabelecer o patrimônio público com recursos das operadoras de planos privados, 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'*, nos termos da jurisprudência pátria (TRF/4ª Região, AC 200670000060888, julgamento: 30.10.2007, DJ 21.11.2007);

k) a natureza do ressarcimento ao SUS não é tributária, mas restitutória, na medida em que permite que o sistema público receba de volta os valores que disponibilizou aos planos de saúde privados. Não possuindo o ressarcimento natureza tributária, não há que se falar em ofensa aos artigos 145, II e III; 150, § 7º; 195, § 4º da Constituição Federal, nem aos artigos 77 e 78 do Código Tributário Nacional, pois todos só seriam aplicáveis se o ressarcimento tivesse caráter tributário (TRF/4ª Região, AG 200304010008227, julgamento: 26.8.2003, DJ 3.9.2003);

l) não constitui fonte de custeio da previdência pública o dever das operadoras de plano de saúde ressarcirem ao SUS os serviços prestados aos beneficiários das operadoras. O caráter deste ressarcimento é indenizatório, decorre da regra de princípio que veda o enriquecimento sem causa e existe mesmo antes da Lei 9.656/1998, que veio apenas disciplinar a matéria (TRF/5ª Região, AC 341586/RN, DJ 28.9.2004);

m) o não-ressarcimento pelos operadores de planos de saúde privados dos gastos do setor público com serviços médicos e assistenciais prestados aos segurados e associados dos planos particulares acarreta enriquecimento sem causa, visto que tais operadores seriam remunerados por serviços por eles não prestados (TRF/5ª Região, AGTR 34424/RN, julgamento: 10.8.2004, DJ 15.9.2004).

Mediante consulta aos sítios dos Tribunais Superiores e dos cinco Regionais Federais, o *Parquet* especializado não logrou identificar precedente algum que defenda a natureza tributária do ressarcimento.

Em homenagem à clareza, cabe, por fim, reproduzir excerto da ementa do Agravo Regimental no Recurso Especial 866393/RJ (julgamento: 3.4.2008; DJe 24.4.2008):

‘PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. RESSARCIMENTO AO SUS. ART. 32 DA LEI 9.656/1998. 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 808.045/RJ, DJU de 27.3.2006; REsp 668.575/RJ, Primeira Turma, Relator Min. Luiz Fux, DJU de 19.9.2005.

3. *In casu*, a questão atinente ao sistema de ressarcimento ao SUS (art. 32 da Lei 9.656/1998) 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, despendendo para tanto recursos seus.

15. O princípio da solidariedade fundamenta a regra contida no art. 32 da Lei 9.656/1998 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). Conclui-se, portanto, pela constitucionalidade, legalidade e legitimidade do ressarcimento ao SUS instituído pela Lei 9.656/1998.’

4. Inocorre violação do art. 535, II, do CPC, por isso que o *decisum* foi capaz de dirimir a controvérsia no 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.’

IV

Por não se tratar de débito de origem tributária, a análise da prescrição dos débitos alusivos ao ressarcimento ao SUS deve observar o disposto no artigo 37, § 5º, da Constituição Federal, que assim reza:

‘§ 5º 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.’

Sobre o assunto, a controvérsia existente no âmbito desta Corte acerca do prazo de prescrição do direito de cobrança dos valores devidos ao erário chegou ao seu termo final com o entendimento firmado pelo STF nos autos do Mandado de Segurança 26.210-9/DF, no bojo do qual o Pretório Excelso decidiu pela incidência, na espécie, do disposto no § 5º do artigo 37 da Lei Maior no tocante à alegada prescrição. Tratava-se, naqueles autos, de mandado de segurança impetrado por bolsista do CNPq, contra do TCU, em virtude de condenação de ressarcimento ao erário em decorrência de descumprimento da obrigação de retornar ao país após término da bolsa concedida para estudo no exterior (Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 4.9.2008, *DJE* de 10.10.2008).

Logo após o pronunciamento do STF, o Tribunal Pleno desta Casa, em sede de incidente de uniformização de jurisprudência (TC-005.378/2000-2, fl. 501, item 3.3.136, v.2), adotou o Acórdão 2.709/2008-Plenário, de 26.11.2008, e deixou assente, no âmbito desta Corte, que o artigo 37 da Constituição Federal conduz ao entendimento de que as ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis, ressalvando a possibilidade de dispensa de instauração de tomada de contas especial prevista no § 4º do artigo 5º da IN/TCU 56/2007.

No voto condutor do referido Acórdão 2.709/2008, o nobre Ministro Benjamin Zymler fez as seguintes ponderações:

‘2. Avalia-se nesta oportunidade a melhor exegese para o § 5º do artigo 37 da Constituição Federal no que tange às ações de ressarcimento decorrentes de prejuízo ao erário. A redação da citada norma constitucional, conforme demonstram os pareceres emitidos nos autos, proporciona duas interpretações divergentes: a que conclui pela imprescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário e a que conclui pela prescritibilidade da pretensão de ressarcimento, da mesma forma como ocorre com a pretensão punitiva.

3. Anteriormente, me perfilei à segunda corrente com espeque na proeminência do Princípio da Segurança Jurídica no ordenamento pátrio. Não obstante, em 4.9.2008, o Supremo Tribunal Federal, cuja competência precípua é a guarda da Constituição, ao apreciar o Mandado de Segurança 26.210-9/DF, deu à parte final do § 5º do art. 37 da Constituição Federal a interpretação de que as ações de ressarcimento são imprescritíveis. O eminente Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, destacou:

‘No que tange à alegada ocorrência de prescrição, incide, na espécie, o disposto no art. 37, § 5º, da Constituição de 1988, segundo o qual:

§ 5º 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.

Considerando ser a Tomada de Contas Especial um processo administrativo que visa a identificar responsáveis por danos causados ao erário e determinar o ressarcimento do prejuízo apurado, entendo aplicável ao caso sob exame a parte final do referido dispositivo constitucional.

Nesse sentido é a lição do Professor José Afonso da Silva:

(...) ‘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’. Vê-se, porém, que há uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá. Apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização, do prejuízo causado ao erário. É uma ressalva constitucional e, pois, inafastável, mas, por certo, destoante dos princípios jurídicos, que não socorrem quem fica inerte (*dormientibus non succurrit ius*)’.

4. A temática aqui analisada trata exclusivamente de interpretação de dispositivo constitucional. Considerando que o STF, intérprete maior e guarda da Constituição, já se manifestou no sentido de que a parte final do § 5º do art. 37 da Carta Política determina a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, não me parece razoável adotar posição diversa na esfera administrativa.

5. Destarte, retifico o meu entendimento e acompanho os posicionamentos do Ministro Marcos Bemquerer Costa e do Procurador-Geral Lucas Rocha Furtado, ora corroborados pelo Supremo Tribunal Federal.’

No âmbito do colendo STJ, a matéria foi apreciada nos autos do Recurso Especial 1056256/ SP (julgamento: 16.12.2008; DJe 4.2.2009), cuja ementa assim reza:

‘ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LICITAÇÃO - CONTRATAÇÃO SEM CERTAME LICITATÓRIO - PRESCRIÇÃO - AFASTAMENTO - MATÉRIA CONSTITUCIONAL - NÃO-APLICABILIDADE - AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA - IMPRESCRITIBILIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(...)

4. MÉRITO. IMPRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA RESSARCITÓRIA.

‘A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível’ (REsp 705.715/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 2.10.2007, DJe 14.5.2008). Precedente do Pretório Excelso.

Recurso especial provido.’

Na ocasião, o Relator da matéria, Ministro Humberto Martins, assim ponderou (grifos do original):

‘A **causa** dos autos é a seguinte: a autarquia DER-SP contratou, em 1990, a empresa CNEC ENGENHARIA LTDA. para realizar a elaboração de projeto de implementação de Sistema de Ajuda aos Usuários (SAU) nas rodovias administradas pelo ente público.

Essa contratação deu-se por fundamento na inexigibilidade licitatória.

O pacto administrativo foi contestado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, ainda sob a égide do Decreto-lei 2.300/1986, a antiga Lei Geral de Licitações. A ação civil pública foi proposta em junho de 2000, a despeito de o contrato haver sido celebrado aos 18.4.1990.

A sentença, que é de 13.12.2001, reconheceu a prescrição, dado que a ação foi proposta **dez anos** após o contrato impugnado. O e. TJSP confirmou a sentença.

A **controvérsia**, por essa ordem, é simples: **há prescrição de pretensões ressarcitórias em ações civis públicas?**

O fundamento constitucional é **mediato**. Pela mera leitura do art. 37, parágrafo quinto, CF/1988, fica evidente que as **pretensões** de reparação dos danos causados ao patrimônio ou ao interesse públicos são **imprescritíveis** (...)

Como o Ministério Público tem na ação civil pública o instrumento hábil à tutela das pretensões ressarcitórias contra ilícitos praticados em detrimento ao erário, o Superior Tribunal de Justiça, guardião da integridade, inteireza e uniformidade do direito federal, tem decidido, **em sede infraconstitucional**, se *há prescrição* nesses casos.

A ação foi proposta contra os réus com duplo pedido: a) anular o contrato; b) condená-los ao ressarcimento do erário (fls. 17).

Ora, o direito de obter ressarcimento contra atos lesivos ao erário não se submete ao prazo de 5 cinco anos, previsto na Lei de Ação Popular. O Pretório Excelso entende que essas ações não prescrevem:

(...)

(MS 26210, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 4.9.2008, DJe-192 DIVULG 9.10.2008 PUBLIC 10.10.2008.)

Há diversos julgados sobre a matéria na Corte. Faça uma resenha de alguns deles:

a) a ação civil pública, regida pela Lei 7.347/1985, tem suas pretensões submetidas à prescrição em 5 anos, à semelhança da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), *‘ressalvada a hipótese de*

ressarcimento de dano ao erário fundado em ato de improbidade' (REsp 764.278/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 22.4.2008, DJe 28.5.2008);

b) '*A ação de ressarcimento de danos ao erário não se submete a qualquer prazo prescricional, sendo, portanto, imprescritível* (REsp 810.785/SP, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJ 25.05.2006 p. 184)' (REsp 705.715/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 2.10.2007, DJe 14.5.2008);

c) '*O prazo prescricional para o exercício dessa pretensão, **abstraindo-se os casos de ressarcimento ao erário, que são imprescritíveis**, é de 5 anos, contados do término do exercício do mandato (art. 23, I, da Lei 8.429/1992)*' (REsp 730.264-RS, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 6.11.2008.)

Ao meu sentir, a pretensão é imprescritível, devendo ser analisada a questão pelos órgãos jurisdicionais ordinários.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto.'

V

A 4ª Secretaria sustenta não ser aplicável ao caso concreto a tese da imprescritibilidade, porquanto, em seu modo de ver, o ressarcimento ao SUS "*não decorre da ilicitude referida no texto da Carta Magna*" (fl. 501, item 3.3.136, v.2).

Com as vênias de estilo, dissente o *Parquet* especializado desse posicionamento. Entende o MP/TCU que a ausência de ressarcimento, por contrariar a disciplina prevista no artigo 32 da Lei 9.656/1998, configura espécie do gênero de que trata o artigo 37, § 5º, da Constituição Federal/1988 ("*ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário*").

Destarte, manifesta-se o Ministério Público, em atenção à honrosa oitiva propiciada por Vossa Excelência (fl. 523, v.2), pela imprescritibilidade do direito à ação de cobrança dos débitos das operadoras de saúde no que se refere ao ressarcimento ao SUS (artigo 32 da Lei 9.656/1998).

Mostram-se, pois, pertinentes, em face dos achados da unidade técnica no sentido de que, atualmente, a ANS não processa o ressarcimento ao SUS das Autorizações de Procedimentos de Alto Custo – APAC e de que é legalmente possível a cobrança retroativa, as determinações sugeridas pela 4ª Secex, no sentido de que a Agência Nacional de Saúde Suplementar passe a processar, a partir de 2009, o batimento também dos procedimentos ambulatoriais de média e alta complexidade e que informe ao TCU, no prazo de 90 dias, "*um cronograma no qual entenda ser possível organizar-se para proceder ao batimento das APAC relativas aos atendimentos ocorridos na rede do Sistema Único de Saúde desde o início do processamento do ressarcimento das AIH pela Agência (1º ABI - Fev, mar, abr/2001), período em que os potenciais débitos ainda estão ao alcance do erário*" (fls. 459, itens 3/6, 467, itens 1.22/24, 501, item 3.3.130, e 519, item 5.1.2.1, v.2).

Por derradeiro, alerta o *Parquet* especializado para três questões afetas ao relatório de auditoria:

a) embora conste, no item 3.3.105 do relatório (fl. 496, v.2), menção à oitiva em audiência do Diretor da Diretoria de Desenvolvimento Setorial (DIDES), da Agência Nacional de Saúde Suplementar, em função do retardamento no envio dos processos à Procuradoria-Geral da ANS, uma vez vencidos e não pagos, para inscrição no Cadin e na Dívida Ativa, a proposta de audiência do sr. José Leôncio de Andrade Feitosa não foi incluída nas conclusões do relatório da unidade técnica (fl. 518, item 5.1.1.1, v.2);

b) a despeito da sugestão, no corpo do relatório, de fixação de prazo (90 dias) para que a Gerência-Geral de Integração com o SUS - GGSUS/DIDES informasse ao Tribunal o resultado da implementação das medidas alvitadas (fl. 496, item 3.3.107, v.2 - adoção de sistemática que defina periodicidade para saneamento e envio dos processos relativos ao ressarcimento ao SUS à unidade responsável pela inscrição das operadoras de saúde no Cadin e/ou na dívida ativa, bem como adoção de solução para a sistemática até então adotada pela unidade que não permite encaminhar as AIH livres de pendência pelo fato de estarem em um único processo com AIH em outra situação, de forma a cumprir o prazo estabelecido na

Lei 10.522/2002), na proposta de encaminhamento não consta definição de prazo para envio de informações ao TCU (fl. 520, item 5.1.2.6, v.2);

c) em que pese a proposta de determinação contida à fl. 493, item 3.3.92, no sentido de determinar à ANS que *“reveja o prazo para impugnação das AIH pelas operadoras de saúde (30 dias úteis), assim como o tempo de análise estipulado para que a Agência decida as impugnações e recursos apresentados, ajustando-os ao que preceitua a Lei 9.784/1999 (art. 59 e art. 66, § 2º)”*, esta proposta também não consta das conclusões do relatório (vide, às fls. 519/20, v.2, a ausência do item 5.1.2.5, que consta da versão eletrônica disponível no SisDoc).”

É o relatório.

VOTO

Trago à deliberação deste Colegiado o relatório de auditoria realizada pela 4ª Secretaria de Controle Externo (4ª Secex) na Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) em cumprimento ao item 9.1. do Acórdão nº 1.023/2008-TCU-Plenário, adotado no TC-018.717/2004-9.

2. O objetivo do trabalho de auditoria, tão bem conduzido pela 4ª Secex, foi avaliar a sistemática adotada para o ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS) dos serviços prestados a pacientes beneficiários de planos de assistência à saúde.

3. Inicialmente, cabe registrar que o ressarcimento ao SUS tem origem no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, expresso no art. 884 do Código Civil: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”. No momento em que o usuário de plano de saúde recebe, na rede pública, o atendimento a que tem direito nos termos de seu contrato com a operadora, tal fato implica em enriquecimento sem causa por parte da operadora, uma vez que esta recebe periodicamente o pagamento feito pelo seu usuário, mas não paga pelo procedimento a que está obrigada.

4. Com o advento da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, o ressarcimento passou a ser obrigatório em âmbito nacional. Atualmente, o art. 32 da referida Lei, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, é o marco legal do ressarcimento ao SUS.

5. A materialidade da presente auditoria pode ser constatada, visto que o volume total de recursos fiscalizados foi de R\$ 264.095.754,19, correspondendo a uma amostra de 5 Avisos de Beneficiário Identificado (ABI), com 184.001 Autorizações de Internação Hospitalar (AIH).

6. Além disso: informações extraídas da página eletrônica do Departamento de Informática do SUS (DATASUS) revelam que os valores despendidos de 2003 a 2007 para pagamento dos atendimentos ambulatoriais de alto custo, processados por meio de Autorização de Procedimentos de Alto Custo (APAC), superam os das AIH em mais de R\$ 10 bilhões; e se for aplicado o percentual passível de cobrança das APAC encontrado a partir do estudo elaborado pela ANS (percentual em torno de 6%), tem-se um potencial de ressarcimento ao SUS, nos exercícios de 2003 a 2007, na ordem de 2,6 bilhões, se consideradas a média e alta complexidade, e de R\$ 1,3 bilhão, se considerada apenas a alta complexidade.

7. Como se vê, o citado potencial passivo, se exigido e efetivamente ressarcido, reforçará o Sistema Único de Saúde e contribuirá para que a população brasileira receba os devidos cuidados na área de saúde, um direito assegurado pela Constituição Federal. Atualmente, a precariedade do exercício desse direito tem-se mostrado uma questão social grave, visto que muitas vidas estão sendo perdidas em hospitais públicos e em postos de saúde, por falta de atendimento adequado.

8. Quanto ao mérito, destaque do acima relatado, como razões de decidir, o que segue.
9. Por meio de petição da Confederação Nacional de Saúde - Hospitais, Estabelecimentos e Serviços (CNS), a constitucionalidade da Lei nº 9.656/1998 foi objeto de questionamento perante o Supremo Tribunal Federal. Aquela Corte Suprema, em recentes julgados, afirmou a constitucionalidade do ressarcimento ao SUS instituído pela referida Lei. Portanto, como bem demonstrou o *Parquet* especializado, estão “*superados eventuais questionamentos acerca da plena vigência e eficácia do artigo 32 da Lei 9.565/1998 e fixada a premissa de sua constitucionalidade*”.
10. A natureza jurídica da obrigação em exame foi submetida ao Superior Tribunal de Justiça, que deliberou no sentido de que “*o ressarcimento devido pelas operadoras de planos de saúde à Agência Nacional de Saúde Suplementar, em decorrência de atendimentos a beneficiários de seus planos pelo Sistema Único de Saúde, tem natureza indenizatória*”. (julgamento: 8.3.2005, DJ 4.4.2005). Trata-se de “*verba de natureza indenizatória, que visa a compensar o Sistema Único de Saúde pelos gastos realizados com beneficiários de plano de saúde privado, e não de pagamento de ‘preço público’, isto é, de remuneração pela prestação de serviço público.*”
11. Como bem demonstrou o Ministério Público junto ao Tribunal em seu parecer, inúmeros precedentes seguem a mesma linha de raciocínio no sentido de firmar o juízo de que o ressarcimento ao SUS possui natureza jurídica restitutória, de caráter indenizatório e não-tributário, ou seja, não visa custear a saúde pública, mas, sim, ressarcir o erário das despesas provenientes da prestação de serviços em lugar das operadoras de planos de saúde.
12. A **4ª Secretaria de Controle Externo** (4ª Secex) **sustenta não ser aplicável ao caso concreto a tese da imprescritibilidade**, visto que, em seu modo de ver, o ressarcimento ao SUS “*não decorre da ilicitude referida no texto da Carta Magna*” (fl. 501, item 3.3.136, v.2). Nessa linha, segue o entendimento da aplicação dos prazos previstos no Código Civil, o qual define, como regra geral, o prazo prescricional de 10 anos, no caso, tendo como referencial o dia da ocorrência do atendimento médico/ambulatorial ou da internação na rede pública de saúde, com a respectiva cobrança permitida pelo art. 32 da Lei nº 9.656/1998.
13. O **Ministério Público, dissentindo desse posicionamento, manifesta-se pela imprescritibilidade do direito à ação de cobrança dos débitos das operadoras de saúde no que se refere ao ressarcimento ao SUS**. “*Entende o MP/TCU que a ausência de ressarcimento, por contrariar a disciplina prevista no artigo 32 da Lei 9.565/1998, configura espécie do gênero de que trata o art. 37, §5º, da Constituição Federal/1988 (‘ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário’)*”.
14. Entendo assistir razão ao Ministério Público, pois a ausência de ressarcimento contraria o disposto no art. 32 da Lei nº 9.565/1998 e, como bem consignou o ilustre Procurador Júlio Marcelo de Oliveira, configura espécie do gênero de que trata o art. 37, §5º, da Constituição Federal de 1988, “*ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário*”.
15. Portanto, desde a data da publicação da Lei nº 9.565/1998, as empresas operadoras de planos de saúde devem ressarcir a Agência Nacional de Saúde Suplementar em virtude de atendimentos a beneficiários de seus planos pelo Sistema Único de Saúde.
16. A proposta de determinação formulada pela 4ª Secex para que a ANS passe a processar o ressarcimento ao SUS dos atendimentos ambulatoriais, em especial os de média e alta complexidade, afigura-se-me apropriada, pois, como bem consignou a unidade técnica “*de acordo com comparação realizada, estima-se que os valores cobrados relativos a esses procedimentos sejam 4 vezes os valores cobrados pelas internações hospitalares (AIH), únicos procedimentos atualmente cobrados pela Agência*”. Além disso, em um “*período de 6 meses (tempo correspondente ao processo de dois lotes de AIH - 1 ABI por trimestre), apurou-se como devido o valor de R\$ 245 milhões*”.

17. Outra questão relevante que também merece reparos é o processo do ressarcimento ao SUS que, como visto, apresenta graves deficiências em sua estrutura e é ineficiente. Além da morosidade no tempo de análise da ANS, destaco a ausência, no **processo de batimento** (confronto da base de dados do SUS, as AIH, com os dados dos beneficiário de planos de saúde, o Sistema de Informações de Beneficiários da ANS SIB), de filtros que eliminem da base inicial os atendimentos não cobertos contratualmente pelas operadoras de saúde, portanto, indevido ao SUS. Concordo que tal medida, quando implementada, reduzirá o acionamento da máquina administrativa da ANS, conforme revela o alto índice de procedência das impugnações apresentadas pelas operadoras de saúde.

18. Na mesma linha acolho, no mérito, a proposta de determinação para que a Agência Nacional de Saúde Suplementar passe a processar, a partir de 2009, o batimento também dos procedimentos ambulatoriais de média e alta complexidade e que informe ao TCU, em 90 dias, um cronograma no qual entenda ser possível organizar-se para proceder ao batimento das Autorizações de Procedimentos de Alto Custo - APAC relativas aos atendimentos ocorridos na rede do SUS desde o início do processamento do ressarcimento das Autorizações de Internação Hospitalar pela Agência, a partir da vigência da Lei nº 9.565/1998.

19. A determinação para que a ANS encaminhe ao Tribunal informações acerca do resultado do estudo sobre a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP, com indicação das implementações a serem adotadas na Agência, afigura-se-me oportuna, visto que a referida tabela não tem sido utilizada como instrumento regulatório. Como apropriadamente consignou a 4ª Secex; *“após a publicação inicial dela pela ANS, as sucessivas atualizações da TUNEP têm ocorrido tão-somente por conta de inclusão de novos procedimentos na tabela SUS ou igualar os valores correspondentes das tabelas TUNEP e SUS caso os valores desta tenham ultrapassado os daquela (conforme comando da Lei nº 9.656/98). Assim, necessária se faz, então, uma redefinição da política de atualização dos valores da TUNEP, pois, tendentes os seus valores ao piso (= valores da tabela SUS), as operadoras beneficiam-se de tal medida em razão de, ressarcindo os atendimentos de seus beneficiários pelos valores SUS, desoneram-se dos custos indiretos associados aos atendimentos hospitalares (instalações, recursos humanos), que teriam de suportar caso esses atendimentos fossem diretamente prestados por elas”*.

20. As demais propostas da 4ª Secex, com os adendos do *Parquet* especializado apresentados ao final se seu Parecer na forma de alerta para três questões afetas ao relatório de auditoria, merecem, no mérito, a minha acolhia por sua pertinência.

Assim, por todo o exposto e considerado, Voto no sentido de que o Tribunal adote o Acórdão que ora submeto a este Plenário.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em de março de 2009.

VALMIR CAMPELO
Ministro-Relator

1. Processo nº 023.181/2008-0 (com 2 volumes e 6 anexos) - Fiscalis nº 401/2008

2. Grupo II, Classe de Assunto V- Relatório de Auditoria

3. Entidade: Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)

4. Responsáveis: Fausto Pereira dos Santos - Diretor-Presidente; José Leôncio de Andrade Feitosa, Diretor da Diretoria de Desenvolvimento Setorial (DIDES); Jussara Macedo Pinho Rotzch Gerente-Geral da Gerência-Geral de Integração com o SUS (GGSUS); Hélio Verdussen de Andrade Filho, Gerente da Gerência de Dívida Ativa e Serviço Administrativo (GEDASA) e Cleusa Rodrigues da Silveira Bernardo, Diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde (DRAC/SAS/MS)

5. Relator: Ministro Valmir Campelo

6. Representante do Ministério Público: não atuou

7. Unidade Técnica: 4ª Secretaria de Controle Externo (4ª Secex)

8. Advogados constituídos nos autos: não há

9. ACÓRDÃO:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Relatório de Auditoria realizada na Agência Nacional de Saúde Suplementar, no período compreendido entre 25/8/2008 A 5/9/2008, em cumprimento ao Acórdão nº 1.023/2008-TCU-Plenário, com vistas a avaliar a sistemática adotada para o ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS) dos serviços prestados a pacientes beneficiários de planos de assistência à saúde.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. com fundamento no art. 22, inciso II, da Lei n.º 8.443/92 e no art. 202, inciso III, do Regimento Interno, promover a **AUDIÊNCIA** dos seguintes responsáveis:

9.1.1. Diretor da Diretoria de Desenvolvimento Setorial da ANS (DIDES), Sr. José Leôncio de Andrade Feitosa, CPF: 311.058.747-53, para que justifique:

9.1.1.1. a demora na análise dos recursos da 2ª instância e a razão para que nenhum dos processos em 3ª instância tenham sido decididos, descumprindo os prazos estabelecidos pela própria Agência na RE DIDES nº 6/2001, contrariando o dever de decidir da Administração estabelecido no art. 48 da Lei nº 9.784/99, e também violando o princípio da eficiência ao qual está jungida toda a Administração Pública (art. 2º da Lei nº 9.784/99 e art. 37 da Constituição da República), tendo tais atos contribuído para que o ressarcimento ao SUS não se dê de forma tempestiva e efetiva;

9.1.1.2. o retardamento no envio dos processos à Procuradoria-Geral da ANS, uma vez vencidos e não pagos, para inscrição no CADIN e Dívida Ativa, todos esses fatos negando vigência ao princípio da eficiência a que está jungida toda a Administração Pública (art. 2º da Lei nº 9.784/99 e art. 37 da Constituição da República), fato que contribuiu para que o ressarcimento ao SUS não se dê de forma tempestiva e efetiva;

9.1.2. Gerente-Geral da Gerência-Geral de Integração com o SUS (GGSUS), Sra. Jussara Macedo Pinho Rotzch (CPF: 387.757.607-97), a fim de que informe as razões para a demora na análise das impugnações em 1ª instância, descumprindo os prazos estabelecidos pela própria Agência

na RE DIDES nº 6/2001, assim como o retardamento no envio dos processos à Procuradoria-Geral da ANS, uma vez vencidos e não pagos, para inscrição no CADIN e Dívida Ativa, todos esses fatos negando vigência ao princípio da eficiência a que está jungida toda a Administração Pública (art. 2º da Lei nº 9.784/99 e art. 37 da Constituição da República), fato que contribuiu para que o ressarcimento ao SUS não se dê de forma tempestiva e efetiva;

9.1.3. Gerente da Gerência de Dívida Ativa e Serviço Administrativo (GEDASA) da ANS, Sr. Hélio Verdussen de Andrade Filho, CPF: 996.051.807-82, para que justifique a falta de adoção de medidas recomendadas pela Auditoria Interna da ANS que levassem a reduzir o tempo de inscrição no CADIN e/ou dívida ativa das operadoras de saúde por conta de débitos oriundos do ressarcimento ao SUS (Relatório de Auditoria AUDIT/ANS nº 1/2006), situação que persiste à vista dos dados analisados pela fiscalização do Tribunal, numa ausência de ação que contribui para que o ressarcimento ao SUS se dê em patamares baixos, porquanto a falta/demora das referidas inscrições não impele a que as operadoras de saúde quitem os seus débitos, situação que nega vigência ao princípio da eficiência a que está jungida toda a Administração Pública (art. 2º da Lei nº 9.784/99 e art. 37 da Constituição da República);

9.1.4. Diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle da Secretaria de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde (DRAC/SAS/MS), Sra. Cleusa Rodrigues da Silveira Bernardo (CPF: 131.849.541-53), para que informe a razão de mais de 2.500 impugnações técnicas, de responsabilidade da SAS, estarem estocadas no DRAC/SAS sem cadastramento/autuação na média, há quase dois anos, descumprindo o prazo previsto de análise previsto na RE/DIDES nº 6/2001, contrariando o dever de decidir da Administração estabelecido no art. 48 da Lei nº 9.784/99, e, por consequência, negando vigência ao princípio da eficiência a que está jungida toda a Administração Pública (art. 2º da Lei nº 9.784/99 e art. 37 da Constituição da República), tudo isso contribuindo para que o ressarcimento ao SUS não se dê de forma tempestiva e efetiva;

9.2. DETERMINAR à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS que:

9.2.1. passe a processar, a partir de 2009, o batimento também dos procedimentos ambulatoriais de média e alta complexidade e que informe, em 90 dias, um cronograma no qual entenda ser possível organizar-se para proceder ao batimento das APAC relativas aos atendimentos ocorridos na rede do Sistema Único de Saúde desde o início do processamento do ressarcimento das AIH pela Agência, a partir da vigência da Lei nº 9.565/1998;

9.2.2. em um prazo de 90 (noventa) dias:

9.2.2.1. apresente cronograma tendente a dar vazão às Autorizações de Internação Hospitalar (AIH) dos exercícios de 2006 e 2007 já processadas pelo DATASUS, cuidando para que, a partir de então, a diferença temporal entre a realização do batimento e os meses de competência delas não se distancie;

9.2.2.2. encaminhe o resultado dos estudos realizados pela Agência a respeito de filtros a serem inseridos na sistemática do ressarcimento ao SUS, mencionando pontualmente os filtros sugeridos, a previsão de data de implementação deles e a possível repercussão no processo de batimento e notificação das operadoras de saúde;

9.2.2.3. informe ao Tribunal o resultado das ações do Grupo de Trabalho criado com a finalidade de receber, analisar e emitir Nota Técnica nos processos administrativos de ressarcimento ao SUS nos quais foram impetrados recursos à Diretoria Colegiada (Portaria DIDES nº 4, de 4.9.2008), devendo encaminhar cronograma que contemple o julgamento dos 1.594 processos encaminhados à Diretoria Colegiada da Agência;

9.2.2.4. encaminhe ao Tribunal informações acerca do resultado do estudo sobre a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos - TUNEP (Portaria DIDES nº 2, de 5.8.2008), com indicação das implementações a serem adotadas na Agência;

9.2.3. ajuste seu normativo interno de modo a definir a competência para análise das impugnações técnicas apresentadas pelas operadoras de saúde, ante a incapacidade verificada de a Secretária de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde (SAS/MS), por meio do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle (DRAC), responder à demanda de tais análises;

9.2.4. adapte e estruture as 1ª e 2ª instâncias do ressarcimento ao SUS no âmbito da DIDES, promovendo 1) a separação física delas e distribuindo os recursos humanos de sorte a regularizar a rotina de análises sob responsabilidade da GGSUS; e 2) insira controle no Sistema de Controle de Impugnações (SCI) de modo que não ele aceite a inclusão de um mesmo analista como responsável pela elaboração de parecer, no próprio processo, para instâncias diferentes, de modo a assegurar aos administrados as garantias do princípio da recursividade, no caso, segundo as disposições da Lei nº 9.784/99;

9.2.5. reveja o prazo para impugnação das AIH pelas operadoras de saúde (30 dias úteis), assim como o tempo de análise estipulado para que a Agência decida as impugnações e recursos apresentados, ajustando-os ao que preceitua a Lei nº 9.784/99 (art. 59 e art. 66, § 2º);

9.2.6. adote sistemática que defina periodicidade para saneamento e envio dos processos relativos ao ressarcimento ao SUS à unidade responsável pela inscrição das operadoras de saúde no CADIN e/ou dívida ativa, bem como adote solução para a sistemática até então adotada pela unidade que não permite encaminhar as AIH livres de pendência pelo fato de estarem em um único processo com AIH em outra situação, de forma a cumprir o prazo estabelecido na Lei nº 10.522/2002 (75 dias após a notificação), e, no mesmo prazo de 90 (noventa) dias, informe ao Tribunal acerca das medidas adotadas;

9.2.7. em cumprimento ao princípio da publicidade e ao Decreto nº 5.482/05, disponibilize em sua página eletrônica na Internet a íntegra dos relatórios da Comissão de Acompanhamento e Avaliação do Desempenho da ANS, a exemplo do ocorrido nos exercícios anteriores, de sorte a conferir transparência em suas ações e, com isso, permitir o amplo controle social;

9.2.8. implemente melhorias nos sistemas, consistentes em definir parâmetros confiáveis que permitam interação entre as informações constantes dos diversos sistemas da Agência e, com isso, seja possível a extração de relatórios completos, facilitadores da atuação dos órgãos de controle e, antes disso, sejam úteis como ferramentas gerenciais da própria Agência;

9.2.9. institua adequada política de segurança da informação, mediante revisão da Resolução Administrativa nº 5, de 10 de maio de 2004, devendo implementar necessariamente mecanismos de controle de senha, restrição de acesso aos sistemas conforme perfis dos usuários e revisão periódica das capacidades de acesso, guiando-se, se assim o desejar, pelo manual 'Boas práticas em Segurança da Informação', 2ª edição, do Tribunal de Contas da União;

9.2.10. uma vez implantado o processo eletrônico de ressarcimento na Agência e ocorra o primeiro batimento sob a nova sistemática, apresente ao TCU os critérios adotados para a seleção de amostra das impugnações apresentadas para as quais o encaminhamento de documentação comprobatória se fará necessário, a quantidade da amostra e o resultado da análise empreendida;

9.3. **DETERMINAR** à Controladoria-Geral da União (CGU) que verifique nas próximas contas da ANS se as medidas determinadas no item 9.2.9 foram cumpridas, devendo fazer testes próprios, e relatar o resultado em item próprio de seu relatório de auditoria de gestão;

9.4. **DETERMINAR** ao Ministério da Saúde que:

9.4.1. exerça efetivamente a supervisão do desempenho da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), mediante elaboração de relatórios que avaliem o cumprimento das metas estabelecidas no Contrato de Gestão firmado com a referida Agência, consoante prevê a Portaria Conjunta ANS/MS nº 6, de 23.10.2002, enviando-os à ANS para que a Agência considere-os e insira-os no relatório de gestão anual;

9.4.2. aperfeiçoe os indicadores utilizados para mensurar o desempenho da ANS com relação ao ressarcimento ao SUS - tanto qualitativa quanto quantitativamente -, pois, apesar de os números atestarem o cumprimento das metas, não expressam a realidade encontrada pelo Tribunal nas fiscalizações empreendidas;

9.5. comunicar à Advocacia-Geral da União (AGU) o teor da determinação constante do item 9.4 exarada ao Ministério da Saúde, em cumprimento à orientação da Secretaria-Geral de Controle Externo por meio do Memorando-Circular nº 27/2007, de 2.5.2007;

9.6. **RECOMENDAR** à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS que:

9.6.1. altere sua legislação interna no que diz respeito ao cadastro de beneficiários (Sistema de Informações de Beneficiários - SIB), de modo a exigir das operadoras de saúde, quando do envio das informações cadastrais de seus beneficiários, os campos CPF, RG e nome da mãe dos beneficiários como dados obrigatórios, ao invés de campos opcionais como atualmente estabelece a ANS;

9.6.2. realize o batimento parcialmente pelo método determinístico à vista do perfil de documentos pessoais informados nas AIH, segundo o DATASUS: cerca de 43% delas contém o número de RG e cerca de 8% delas contém o CPF como documento pessoal informado;

9.6.3. obtenha junto às operadoras de saúde perfil de consulta para acesso aos sistemas delas, de modo que, ao invés de as operadoras remeterem cópia dos contratos dos beneficiários por ocasião das impugnações, seja possível a ANS consultar o sistema e de lá extraia todas as informações necessárias dos beneficiários;

9.6.4. redistribua os recursos humanos da Agência, de modo a reforçar o quadro de recursos humanos da Gerência-Geral de Integração com o SUS (GGSUS/DIDES/ANS), unidade que sofreu significativa perda de sua força de trabalho ou, alternativamente, faça gestão ao Ministério da Saúde a fim de obter autorização junto ao Ministério do Planejamento e Gestão para realizar concurso público e, então, ampliar seu quadro de pessoal;

9.6.5. revise os valores mínimos das parcelas quando da concessão de parcelamento às operadoras de saúde, porquanto 1) não há proporcionalidade entre os valores fixados e as faixas de beneficiários correlatas; 2) os valores mínimos permitidos para as parcelas são baixos se considerarmos o poder econômico das operadoras de saúde;

9.7. encaminhar cópia desta deliberação, acompanhada do Relatório e do Voto que a fundamentam e da instrução de fls. 458 a 521 do v.2, ao Ministério da Saúde, à Agência Nacional de Saúde Suplementar e à Controladoria-Geral da União.

10. Ata nº 11/2009 – Plenário.

11. Data da Sessão: 25/3/2009 – Ordinária.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-0502-11/09-P.

13. Especificação do quorum:

13.1. Ministros presentes: Ubiratan Aguiar (Presidente), Valmir Campelo (Relator), Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Aroldo Cedraz e Raimundo Carreiro.

13.2. Auditores convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Auditor presente: André Luís de Carvalho.



UBIRATAN AGUIAR
Presidente

VALMIR CAMPELO
Relator

Fui presente:

LUCAS ROCHA FURTADO
Procurador-Geral