

COMENTÁRIOS JURÍDICOS

Através destes comentários vamos responder os questionamentos que nos têm sido enviados por advogados, técnicos e por dirigentes, e externar nosso parecer acerca da defesa dos intangíveis direitos das Unimed. Existem alguns temas novos, bem como temas antigos cuja discussão foi restabelecida, e que precisam ser lembrados e esclarecidos, para que não prevaleçam insubsistentes teses, principalmente as que admitem que nossos direitos sejam violados.

Gostaríamos principalmente que as “ordens” emanadas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) fossem melhor avaliadas, deixando de ser aceitas incondicionalmente, como tivesse força de lei. Ao nosso medo ou inércia, a ANS está respondendo com o deboche, como ocorre com a tentativa de implantação da Resolução Normativa n. 175, de 22.09.08 e com a edição da Resolução Normativa n. 195, que – sob o fundamento de classificar os contratos – investe sobre a liberdade de contratação entre pessoas jurídicas (contratos coletivos).

Submetemos, portanto, aos dirigentes e aos técnicos que realmente tenham como propósito não tergiversar sobre seus direitos, os seguintes comentários:

**SOBRE O PARCELAMENTO TRIBUTÁRIO PREVISTO NA
LEI N. 11.941, de 27.05.2009.**

Temos lido que as UnimedS estão sendo convencidas a adotar o parcelamento tributário estabelecido na Lei n. 11.941, de 27.05.2009. A Unimed do Brasil, inclusive, estaria auxiliando suas sócias e promovendo programas de facilitação, para que todas obtenham esse “benefício”.

Entendemos que esta iniciativa constitui retrocesso. Trata-se de uma medida que transita à contra-mão dos avanços obtidos pela Unimed na área tributária, e em descompasso com a inteligência que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vem adotando ao reconhecer nossas antigas teses de não incidência dos impostos. Causa, portanto, espécie o incentivo ao pagamento parcelado dos impostos, pois nos parece que os órgãos maiores da Unimed deveriam procurar consolidar as vitórias que vimos obtendo e não patrocinar procedimentos que podem ser considerados retrógrados.

A atuação econômica das sociedades cooperativas, como todos sabem, não gera implicações tributárias. Apenas quando a cooperativa atuar em nome de terceiros estará caracterizada a operação com não associados e esta operação pode (em caso de lucro) gerar a incidência de tributos. A atuação própria das cooperativas caracteriza a não incidência tributária, ou seja, sua específica forma de atuação não configura a hipótese de incidência ou o fato gerador “in abstracto” das obrigações tributárias.

Lembramos que a “não incidência” nada tem a ver com os institutos da isenção e da imunidade. São situações jurídicas distintas. A não incidência ocorre pela ausência dos pressupostos determinadores da obrigação tributária.

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO

As sociedades cooperativas, especificamente as Unimed, desde sua instituição (1967), sofreram inúmeras autuações, todas indevidas. A administração tributária – para justificar as autuações – parte do equívoco pressuposto de que as contratações das Unimed, realizadas em nome dos cooperados, caracterizam as operações com terceiros do art. 86, da Lei n. 5.764/71, ou seja, a realização de ato não cooperativo. Foram contestadas e anuladas através de medidas judiciais.

Nas autuações tributárias incidentes sobre as Unimed, a administração admite que os atos cooperativos não geram a incidência de impostos. Porém desclassificam a atuação meramente instrumental da cooperativa (realizada exclusivamente em nome dos seus sócios), tratando-a como serviços prestados a terceiros e sobre estes promove lançamentos descabidos e inconsistentes. Ou seja, só haveria atos cooperativos, na visão do Fisco, se uma sociedade fosse organizada para que um de seus membros (médico) prestasse serviços aos outros e assim reciprocamente. O entendimento do Fisco, só pela sua apresentação, é absolutamente ilógica e sem qualquer substância jurídica.

Nas discussões judiciais, em alguns casos os juízes de primeira instância, nem sempre bem preparados para conhecer e decidir questões que fogem um pouco da superfície das discussões jurídicas, acabam por admitir esta esdrúxula interpretação. Porém, com a adoção das novas regras de contabilização (ingressos em substituição a receita de terceiros; e dispêndios em substituição de despesa em nome de terceiros), e à realização de provas periciais, passamos a comprovar que a Unimed funciona estritamente como uma cooperativa, cumprindo estritamente as regras e a modalidade operacional própria estabelecidas na Lei n. 5.764/71, ou seja, atua exclusivamente em nome de seus sócios.

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO

Queremos esclarecer que, a autuação fiscal deve ser impugnada ou contestada e promovida a instauração dos procedimentos administrativos próprios. Mantidas as autuações em primeira instância administrativa, devemos recorrer à segunda instância (por exemplo, Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda), sendo certo que estas medidas suspendem a exigibilidade do tributo questionado. Ou seja, não existe dívida ativa e o tributo não pode ser cobrado (exigido). Existe hoje boa possibilidade de se anular uma autuação federal no âmbito do Conselho de Contribuintes.

Finda a discussão administrativa e mantida a autuação, as implicadas podem tomar a iniciativa de ingressar na Justiça e pedir a anulação do crédito tributário apurado e a declaração de que não existe relação jurídica válida para dar suporte à relação tributária questionada.

Apesar de não impedir, paralelamente, as cobranças executivas, a iniciativa de promover a ação anulatória e declaratória é eficaz, pois a sentença favorável à Unimed pode gerar efeitos de coisa julgada e impedir novas iniciativas do Fisco.

As ações declaratórias também podem ser promovidas independentemente da existência de procedimentos fiscais, tendo como fundamento a segurança jurídica da interessada.

São suficientes para mostrar o bom êxito das demandas judiciais da Unimed, os mais recentes pronunciamentos do Superior Tribunal de Justiça, órgão competente para ditar a orientação final sobre as leis tributárias. O STJ, nos seus últimos julgamentos, tem corrigido os equívocos sobre o real conceito jurídico do ato cooperativo e se pronunciado para deferir a não incidência de impostos sobre as cooperativas de trabalho.

Assim, os Acórdãos referentes aos Recursos Especiais ns. 523.544,

4

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO
544.194, 511.473, 612.201 e 543.828, estabeleceram o entendimento de que a atuação das cooperativas em nome dos sócios não gera lucros, receita ou qualquer outro tipo de suposto tributário. Agora, no último mês de dezembro de 2008, no julgamento do Resp. 829.458-MG, pelo voto da Ministra Eliana Calmon, a matéria foi pacificada quanto à observância da tese que a Unimed vem sustentando há algumas décadas. A manifestação da Ministra, é clara e, por si só, mostra a solidez da tese que vimos defendendo:

“A ministra Eliana Calmon propôs aos colegas uma revisão do conceito de ato cooperado definido no artigo 79 da Lei nº 5.764, de 1971 - a Lei do Cooperativismo. Segundo ela, a lei é "velha e acanhada" e já deveria ter sido editada uma lei complementar com uma nova regulamentação sobre a tributação do setor. "O governo teima em não publicar essa lei complementar. Faz isso, em primeiro lugar, por entender que haveria uma redução de arrecadação, e em segundo lugar, por preocupação com o princípio da isonomia das cooperativas em relação às outras sociedades", afirmou.

A ministra revelou que mudou de posição ao analisar um precedente do ministro Luiz Fux, da primeira turma do STJ, que afastou a cobrança do PIS e da Cofins das cooperativas de trabalho. "Fiz um reestudo com base no precedente de Luiz Fux, que foi um grito em favor das cooperativas de trabalho", afirmou Eliana. Segundo ela, até chegar a lei complementar com a nova tributação do setor, fica-se à mercê da antiga lei das cooperativas. Caso seja feita uma interpretação literal do texto, ele não incluirá as cooperativas de trabalho na não-incidência tributária.

Segundo o artigo 79 da Lei nº 5.764, os atos cooperativos são

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO
só aqueles praticados entre as cooperativas e seus associados. "Não faz sentido que o produtor de leite venda só para outro cooperado ou que o médico atenda só a outro médico", diz Eliana. Ela propôs um conceito de ato cooperativo como todo aquele que viabiliza o funcionamento da cooperativa - interpretação que se distancia do artigo 79. Pelo voto da ministra, não há incidência tributária sobre os atos nessa nova compreensão".

A posição do STJ tornou-se praticamente unânime, com a Ministra Eliana Calmon modificando seu entendimento para enquadrar como ato cooperativo ***“todo aquele que viabiliza o funcionamento da cooperativa”***.

Em face desta situação, admitir-se a incidência do tributo e requerer o seu parcelamento de acordo com a faculdade da Lei n. 11.941, de 27.05.2009, a nosso ver, será um retrocesso. Vai culminar com a perigosa equiparação da cooperativa com outro tipo societário. Esta medida gerará efeitos não só para cobranças vigentes, mas deverá estabelecer o parâmetro para o recolhimento regular dos tributos. Vamos simplesmente abandonar uma tese que vigora há quarenta anos, apenas porque nos oferecem 180 meses para pagar tributos que não devemos. O temor de perder não pode anular a vontade de ganhar.

Por outro lado, segundo dispõe o inciso I, do artigo 11, dessa Lei (11.941), o parcelamento não vai interferir nas penhoras realizadas. Ou seja, as dificuldades de algumas cooperativas para oferecer bens à penhora não serão amenizadas. Ainda que a lei dependa de regulamentação, está não poderá extrapolar e criar novas obrigações ou extinguir aqueles que estão inscritas no próprio texto legal.

A propósito deste tema, estamos propondo, em comentário

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO
específico abaixo, que sejam utilizados como penhora tributária os
ativos garantidores arrolados junto à ANS.

Mantemos, por conseguinte, nossa posição de que as cooperativas
não são devedoras dos tributos federais e, portanto, não devem
pagar o que não está previsto em lei. Devemos aguardar, cada vez
mais confiantes, o pronunciamento do Judiciário, principalmente a
decisão final e definitiva do STJ.

Esclarecemos, adicionalmente, que os questionamentos tributários
das cooperativas não atingem as pessoas dos diretores da Unimed.
Os diretores das sociedades só serão responsabilizados se agirem a
margem da sua competência ou se praticarem algum ato ilícito em
benefício próprio ou de terceiros. Os diretores, ao contrário, têm o
dever, a nosso ver, de defender os interesses e os direitos das
cooperativas médicas, ou seja, o direito da coletividade médica
cooperada contra a prática de ilegalidades.

Portanto, ao invés de perder tempo em viabilizar a documentação
necessária para a obtenção do parcelamento (trabalho de
despachante), devemos estudar a melhor estratégia, e promover, em
nome de todas as Unimeds, as medidas judiciais necessárias para a
preservação dos seus impostergáveis direitos.

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO
**SOBRE A RESOLUÇÃO RN 175, DE 22 DE SETEMBRO
DE 2008. CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE.**

Nos estatutos das Unimed, desde a sua origem, consta uma disposição pela qual o Conselho de Administração é obrigado a eliminar o sócio que venha agir contra os interesses da cooperativa ou em atividades que colidam com os interesses desta.

Esta norma é óbvia e pacífica, tendo na origem o fato de que só as cooperativas (e também as sociedades em geral) têm competência para identificar os agentes que contrariem suas finalidades. A identificação dos interesses contrários à cooperativa é matéria “interna c rporis”, não podendo nem ser questionada no âmbito judicial.   Justiça compete apenas verificar que foram cumpridas as questões sint ticas (formais) nos procedimentos de elimina o ou exclusão de sócios de sociedades privadas.

Independentemente de se adotar ou não regra que vede ao sócio de, concomitantemente com sua situa o de cooperado, atuar em iniciativas contrárias ao cooperativismo, a Cooperativa não pode deixar que haja interferências externas nos princípios que determinam suas prerrogativas fundamentais. Decidir sobre a manuten o de um sócio por atividades contrárias ao interesse social compete privativamente   cooperativa.

Novamente (pela segunda vez), a ANS – extravasando em sua competência – editou a Resolu o Normativa n. 175, de 22 de setembro de 2008, exigindo que as cooperativas operadoras de planos de saúde acrescentem em seus atos constitutivos a seguinte “pérola”:

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO

“Nenhum dispositivo deste Estatuto deverá ser interpretado no sentido de impedir os profissionais cooperados de se credenciarem ou referenciarem a outras operadoras de planos de saúde ou seguradoras especializadas em saúde, que atuam regulamente no mercado de saúde suplementar, bem como deverá ser considerado nulo de pleno direito qualquer dispositivo estatutário que possua cláusula de exclusividade ou de restrição à atividade profissional”.

Poderíamos desde logo argumentar que em se tratando de disposição a ser inserida nos “atos constitutivos”, abrangeria apenas as sociedades constituídas depois de sua edição. Os atos constitutivos, como o próprio nome indica, são atos da constituição das sociedades cooperativas. Os atos seguintes já não integram o rol de “constitutivos”, pois referem-se a um ser já constituído. Portanto, sob este aspecto, as cooperativas anteriores a 22 de setembro de 2008 estariam fora da abrangência desta norma.

Entretanto, o que chama a atenção é a primeira parte dessa ordem, quando afirma que “**nenhum dispositivo deste estatuto deverá ser interpretado**” senão da forma que a ANS quer que seja.

“Intepretar” é raciocinar; é concluir sobre um sentido de alguma coisa, no caso uma regra. Será que a ANS tem o direito de proibir o dirigente de Unimed de raciocinar, de pensar? ... Ou de viver? ...

É lamentável. Medidas como estas não podem deixar de serem respondidas energicamente. Custe o que custar. Não podemos tolerar que, editada a Resolução Normativa, os dirigentes complacentemente convoquem suas Assembléias para atender ao desmando.

Parece que, diante da inércia, a ANS resolveu debochar. Depois de impedir o cooperativista de pensar, por certo virá uma norma transformando a receita em despesa e a despesa em receita ...

A ordem da ANS contraria todos os princípios do direito, sendo de

9

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO
inquestionável ilegalidade. As disposições dessa RN, por
consequente, devem ser DESCONSIDERADAS. Entretanto, as
Unimeds podem obter segurança jurídica e se prevenir contra os
efeitos de eventual coação, por intermédio de ações judiciais
(declaratórias) contra a ANS.

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO
SOBRE O REEMBOLSO AO SUS.

A validade da norma que manda as operadoras reembolsar à ANS os custos dos serviços estatais de assistência do Estado (SUS), artigo 32, da Lei n. 9.656/98, está sendo questionada judicialmente. Estão em trâmite inúmeras ações, tanto ordinárias (declaratórias), como embargos opostos à cobrança desse reembolso.

Não obstante equívocas informações em contrário, ainda não existe uma posição definitiva do Judiciário sobre esta matéria. A decisão final deve ser proferida mais adiante, pelo Supremo Tribunal Federal (em nível constitucional) ou pelo Superior Tribunal de Justiça (em nível de lei federal).

Limites da liminar deferida pelo STF na ADIN n. 1.931-8. Inconstitucionalidades formais.

Alega-se que automaticamente a norma de reembolso ao SUS seria válida, visto que o artigo 32, da Lei n. 9.656/98, não foi incluído na medida liminar deferida pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 1.931-8. Trata-se de um engano.

Na liminar deferida parcialmente na ADIN n. 1931, o STF apreciou apenas as inconstitucionalidades formais da Lei n. 9.656/98, mas ainda não julgou as inconstitucionalidades materiais, dentre as quais se insere a norma do artigo 32, do citado Diploma. A ação ainda está em trâmite no Supremo Tribunal Federal e os aspectos de sua inconstitucionalidade material devem ser pronunciados oportunamente, dentre os quais, sem a menor dúvida, a inconstitucionalidade da absurda norma de reembolso ao SUS.

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO

O fato de apenas fulminar de invalidade formal a regra do art. 35-E, da Lei, não quer dizer que as demais normas estejam em harmonia com a Constituição. Mesmo porque, se assim fosse não seria necessário ao Supremo apreciar a ação e julgá-la quanto ao seu mérito. As medidas liminares apreciadas e julgadas pelo Supremo envolvem apenas os aspectos sintáticos das normas da Lei n. 9.656/98, deixando para o julgamento final as demais inconstitucionalidades (materiais).

Afirmar-se que o STF convalidou o reembolso do SUS constitui posicionamento precipitado, pois leva em conta apenas os pontos superficiais da questão. Só com o julgamento final da ADIN o Supremo vai se posicionar sobre a inconstitucionalidade do reembolso ao SUS.

Na verdade, a norma do artigo 32, da Lei n. 9.656-98 refoge à estrutura lógica das disposições jurídicas, pois parte de uma relação obrigacional prevista na Constituição Federal (do beneficiário da Seguridade Social), para estabelecer um encargo indenizatório à pessoa diversa, que – em nenhum momento – participou da relação jurídica original (do segurado com o SUS).

Obter assistência através dos órgãos estatais é um direito que todos adquirem ao contribuir compulsoriamente para a Seguridade Social, e ao estabelecer uma relação jurídica com base em regra constitucional. Decorre de relação jurídica obrigacional do Estado com o particular, prevista nos artigos 194 e 195 da Constituição Federal. Já a relação entre os usuários (contratantes) e as operadoras de planos de saúde é voluntária, suplementar e de natureza privada, havendo liberdade nas contratações, subordinadas exclusivamente – nos contratos com pessoas físicas – aos diplomas de defesa do consumidor, entre os quais se insere a Lei n. 9.656/98.

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO

Ora, se um usuário da Unimed resolve livremente exercer seus direitos e obter assistência médica ou hospitalar diretamente dos órgãos públicos, porque a Unimed deve reembolsar o custo desses serviços? A Unimed não teve conhecimento prévio dos fatos, não foi consultada, não aconselhou, enfim não existe a necessária relação implicacional para envolver a Unimed nesta suposta obrigação.

Seria o caso, então, de se inserir nos contratos de planos de saúde, norma proibindo os usuários, durante sua vigência, de recorrerem aos serviços do SUS, salvo nos casos de força maior. Não atendida a proibição os usuários seriam responsabilizados pelos onus decorrentes. Diante do absurdo da regra do artigo 32 nada mais correto que se estabelecer uma salvaguarda para as operadoras.

O pior é que os casos cobrados pela ANS não incluem só os contratos particulares, pois se estendem aos contratos coletivos (em que as partes dispõem livremente sobre o rol dos serviços ajustados) e também aos contratos de custo operacional, que não se inserem na definição de “planos de saúde”.

O Judiciário (pelo Supremo ou pelo STJ) por certo vai fulminar esta aberração e expulsar a norma do sistema do direito. Cabe-nos insistir em nossas teses.

Natureza jurídica da norma que trata do ressarcimento ao SUS.

Até agora a própria ANS não conseguiu explicar a natureza jurídica da norma que trata do ressarcimento ao SUS. Inicialmente seria um tributo, depois uma indenização, agora se alegada que correspondente a uma “recuperação de custos” e que seria “verdadeira obrigação civil e não tributária”. Ou seja, algo semelhante a um ornitorrinco ...

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO

Na verdade o artigo 32 é uma norma inexistente, pois toda relação obrigacional deve estabelecer, no seu antecedente, uma conduta (proibida, obrigada ou permitida) e no antecedente uma pena na hipótese da conduta não ser cumprida.

Na estrutura lógica da norma jurídica a implicação entre duas partes deve ser clara; a norma deve prever uma circunstância hipotética que, ocorrida concretamente (no mundo real), determine uma obrigação jurídica (uma conduta). Ora, no caso em exame, existem duas relações jurídicas: uma do particular com o Estado (seguridade social) e outra do particular com a Unimed.

As operadoras de planos de saúde estão sendo cobradas não em face de uma relação jurídica da qual participe. A execução tem como fundamento o exercício de uma faculdade (atendimento ao SUS) decorrente da relação jurídica do usuário com o Estado, previsto na Constituição Federal (como foi dito acima).

Agora, nas contestações elaboradas às ações judiciais promovidas por várias Unimed, a ANS está alegando que o atendimento aos usuários decorre de omissão da Unimed, o que significa dizer que a Unimed promete prestar um serviço, não o faz, obrigando o usuário a recorrer ao Estado (SUS), dando causa ao direito deste de obter o reembolso dos serviços prestados.

Ademais, Excelência, logo no primeiro tópico da inicial, a embargante afirmou que “os *pacientes ligados à Embargante procuraram os serviços públicos livremente*”. Na contestação ora replicada, a ANS contesta esta afirmação e assevera – em várias oportunidades – que os pacientes em questão procuram o SUS porque não obtiveram da Embargante os serviços que haviam sido contratados nos planos de saúde.

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO

As operadoras estariam dando causa ao atendimento de seus usuários pelo SUS, diz a ANS, uma vez que deixam de cumprir o compromisso contratual. Esta falsa justificativa a ANS tem apresentado em diversas demandas judiciais em trâmite pelo Judiciário, o que se comprova pela transcrição abaixo de alguns trechos de suas manifestações:

“... verificou-se que, muitas vezes, as empresas de planos de saúde oferecem ao consumidor ampla cobertura, mas deixam de assegurá-la efetivamente, obrigando-o, sem outra saída, a se encaminhar à rede pública de saúde, circunstância notada, principalmente, com relação aos procedimentos médico-hospitalares mais dispendiosos, afinal, cobertos pelo Estado”.

“... o Legislador deparou-se, em 1998, com realidade semelhante aos dias atuais: as operadoras comercializavam planos privados de saúde, omitiam-se no atendimento previsto nos contratos e, ao contrário da regra das atividades econômicas, deixavam de despendar valores que contratualmente lhes eram acometidos, em razão da prestação pela rede pública de saúde”.

“... Ao Estado não interessa quantas vezes será o indivíduo atendido. Este direito é exercido na esfera da subjetividade daquele. A relação que na verdade se impõe é aquela que surge a partir da omissão da Operadora em cumprir o que promete, passando para o Estado os custos que teria com aqueles atendimentos. Assim, inicia-se a obrigação das Operadoras de restituírem os valores expendidos pelo Estado, não a toda evidência, em decorrência do dever deste, mas para que aqueles não vejam seu patrimônio acrescido, sem a devida causa”.

“(...) o consumidor é logrado e a empresa lucra de forma abusiva, mais uma vez. Trata-se, portanto, de fazer com que as operadoras apenas honrem seus compromissos, independentemente da natureza jurídica do prestador de serviço, se público ou privado”.

Salientamos que estas colocações a ANS vem fazendo agora, na esfera judicial. Na via administrativa simplesmente a Autarquia disse ter direito e apresentou os fatos.

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO

Como se observa, a ANS está procurando justificar a indenização ou a “recuperação de custos”, afirmando que a procura ao SUS decorre do descumprimento das obrigações contratuais pela Unimed, criando uma implicação jurídica que precisa ser comprovada em cada caso. Ou seja, a alegação de omissão ou de qualquer outro ato, praticado pela Unimed, que tenha levado o paciente a recorrer ao SUS, deve ser cabalmente demonstrado, inclusive pelo depoimento pessoal do interessado (atendido).

Entretanto, mesmo admitindo-se a omissão e o ressarcimento, o beneficiário nunca seria o Estado. Seria o particular, pois deixou de ser atendido e foi obrigado a recorrer a um sub-atendimento dos órgãos públicos, com os mais baixos padrões. Ocorre que, para obter o atendimento do Estado, o paciente pagou compulsoriamente a taxa de seguridade social. A indenização seria sua e não do Estado.

Portanto, como se observa pela exposição acima, ainda existe muita coisa para ser discutida em face da matéria. Estes aspectos deveriam ser melhor discutidos, ao invés de ser gastar tempo em se explicar como devemos fazer o pagamento eletrônico dos reembolsos...

Impossibilidade legal de cobrança cumulativa (envolvendo fatos com usuários diversos).

A ANS quando faz a cobrança do reembolso ao SUS acumula na mesma notificação uma série de grande de fatos, envolvendo usuários diversos situações diversas. Inclusive, ao elaborar a certidão da dívida ativa, a ANS adota esta acumulação, incluindo até trinta ou quarenta situações diversas.

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO

Esta cumulação de cobrança é ilegal e não cabe no mesmo registro de crédito (mesma dívida ativa), pois abrangem relações jurídicas individuais (entre o usuário e a Unimed), AIH (avisos de internações hospitalares) de pacientes diversos, exigindo a oportunidade da apresentação de defesas reportando-se a cada uma destas situações distintas.

Nas impugnações formuladas, além da matéria de direito, a Unimed contesta cada um dos atendimentos por motivos próprios de cada situação: curso do período de carência, encerramento do contrato, falta de pagamento, dependente não inscrito, e outros fatos excludentes do direito ao plano de saúde, e etc... , alegando também que não deu causa, ou seja, não determinou aos pacientes que procurassem os serviços do SUS.

Quando os processos chegam ao Judiciário, a ANS está tentando adotar a mesma postura: efetuar a cobrança global envolvendo dezenas de situações singulares. Esta conduta não tem amparo legal e deve ser contestada preliminarmente pelas Unimeds, como vimos fazendo nos processos que patrocinamos.

A cumulação promovida pela ANS contraria as regras previstas no artigo 292, do Código de Processo Civil, visto que os pedidos não são compatíveis entre si, envolvendo uma série de pessoas (30), tornando impossível reuni-las dentro de um único processo e atender às estritas regras relativas à realização de provas. Esta irregularidade torna-se mais nítida quando se observa que a ANS, para justificar o reembolso do SUS, está alegando omissão de atendimento da operadora.

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO

Não devemos facilitar. Contra a iniciativa da ANS de cumular as cobranças, devemos responder, **preliminarmente**, com pedido de desdobramento do processo, pois cada ação deve corresponder a uma relação jurídica específica, ou seja, cada usuário e cada situação uma execução.

A cumulação torna a cobrança eivada de nulidade e provoca cerceamento de defesa. Portanto, a nosso ver, as Unimed's devem tomar este cuidado (de pedir o desdobramento da cobrança), pois a cumulação prejudica nosso direito de defesa e apenas facilita as coisas para a ANS, o que não é evidentemente o nosso propósito.

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO
SOBRE A TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR.

A discussão sobre a inconstitucionalidade da Taxa de Saúde Suplementar, especificamente da taxa que incide sobre o número de usuários, permanece viva e deve ser concluída com o pronunciamento final do Supremo Tribunal Federal.

Estamos patrocinando uma série de ações judiciais contra a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, objetivando a decretação da inconstitucionalidade da TSS prevista no inciso I, do artigo 20, da Lei n. 9.961/00, ou seja, a taxa que, apesar de ter nome de “taxa”, caracteriza um imposto. Dentre estas ações, consta o Mandado de Segurança impetrando pelo Sindicato Nacional das Cooperativas Médicas, que tem abrangência nacional.

Estas demandas vinham sendo apreciadas e julgadas exclusivamente perante a Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro (primeira instância e TRF2). Conseguimos, porém, depois de muita insistência, fazer com que a relevância da matéria constitucional fosse acolhida em dois recursos extraordinários, pelos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, constituindo garantia que a inconstitucionalidade da taxa será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal.

Além de outros recursos extraordinários que ainda estão sendo processados, a expectativa é que o Supremo julgue logo os seguintes recursos:

- 1) AI 678.419-1, do STF - Unimed do ABC - Min. Cezar Peluso.
- 2) AI 687.660-8, do STF - Unimed Vale do São Patrício - Min. Celso de Mello.
- 3) Ag. Reg. no AI 678.419-1, do STF – Unimed de Birigui - Min. Cezar Peluso.

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO

- 4) Ag. Reg. No RE 524.336-2, do STF – Unimed Angra dos Reis - Min. Presidente.
- 5) AI 547.631-9, do STF – Unimed Angra dos Reis - Min. Gilmar Mendes.
- 6) Embargos de divergência no RE 525.682-1, do STF – Unimed Iguatu - Min. Eros Grau.
- 7) Ag. Reg. No RE 538.430-6, do STF – Unimed Pitangueiras - Min. Presidente.
- 8) Ag. Reg. No AI 547.631-9, do STF – Unimed Norte do Mato Grosso – Min. Gilmar Mendes.
- 9) RE 525.745-2, do STF – Unimed Vale do Jaurú - Min. Gilmar Mendes.
- 10) RE 524.432-6, do STF – Unimed de Araras - Min. Carlos Ayres de Britto.
- 11) RE 542.592-4, do STF – Unimed de Campos do Jordão - Min. Carlos Ayres de Britto.
- 12) RE 535.341-9, do STF – Unimed Vale do Sepotuba - Min. Carlos Ayres Britto.
- 13) RE 535.313-3, do STF – Unimed Senhor do Bomfim - Min. Carlos Ayres Britto.
- 14) RE 528.047-1, do STF – Unimed Gurupi - Min. Carlos Ayres Britto.
- 15) RE 518.916-3, do STF – Unimed Abolição - Min. Carlos Ayres Britto.
- 16) RE 518.813-2, do STF – Unimed de Registro - Min. Celso de Mello.
- 17) AI 547.630-1, do STF – Unimed Nordeste Goiano - Min. Marco Aurélio.
- 18) RE 545.415-1, do STF – SINCOOMED – Min. Ricardo Lewandowski.
- 19) RE 544.961-1, do STF – Unimed de Andradina – Min. Marco Aurélio.
- 20) RE 585.129, do STF – Unimed Norte Goiano – Min. Marco Aurélio.
- 21) RE 592.156, do STF – Unimed Sul do Pará – Min. Cezar Peluso.

Muitos juristas de renome adotam nossas teses, de não incidência dessa Taxa, bem como da invalidade da regra de reembolso ao SUS. Poderíamos obter pareceres a nosso favor e nesse sentido mantivemos entendimento com a nova direção (presidência) da Unimed do Brasil. O assunto foi submetido à Diretoria, concluindo-se, entretanto, pela inoportunidade da iniciativa, especialmente falta de recursos para fazer face ao custo dos pareceres jurídicos. Vamos continuar acompanhando os processos e tomar as medidas necessárias para fazer com que a nossa tese seja adotada pela maioria do colegiado.

Outros questionamentos sobre a Taxa que incide sobre o número de usuários.

Além dessas ações, em trâmite há longo tempo pela Justiça, também estamos promovendo outras medidas judiciais no mesmo sentido, porém ampliando o âmbito de discussão para limitar a incidência dessa taxa, caso ela venha a ser validada pelo STF.

Como se sabe, a ANS não tem ingerência sobre os contratos coletivos, uma vez que estes não são abrangidos pelas regras do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Da mesma forma, os contratos por custo operacional não são considerados sequer como planos de saúde.

Assim, caso o Supremo Tribunal Federal venha a validar esta Taxa (o que admitimos apenas para este fim), é claro que esta não vai incidir sobre os usuários dos contratos coletivos e tampouco sobre os usuários do custo operacional.

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO

Da mesma forma, mesmo válida, essa Taxa não incidiria sobre as federações e confederações de cooperativas, pois estas atuam exclusivamente em nome das suas sócias e exclusivamente com os recursos destas. As federações, centrais e confederações não têm, em regra, recursos próprios e repassam seus usuários às demais unidades do Sistema Unimed. A exigência da taxa configuraria dupla tributação, ou seja, pagamento duplo por uma única fiscalização.

Por conseguinte, além da inconstitucionalidade da referida Taxa sobre a qual o Supremo vai se pronunciar, ainda existem questões que restringem o âmbito de sua aplicabilidade e a tornam mais onerosas. Estamos promovendo várias ações deste tipo, com ou sem o depósito dos valores questionados.

**SOBRE A UTILIZAÇÃO DAS RESERVAS TÉCNICAS
COMO PENHORA TRIBUTÁRIA.**

A ANS, através das RNs 159 e 160, determinou às operadoras a constituição e registro de reservas técnicas, para sustentar eventuais encargos operacionais e não operacionais, inclusive e especialmente os decorrentes dos questionamentos tributários.

Mesmo sem dispor de poderes jurídicos, as reservas técnicas foram sendo constituídas e registradas na referida Autarquia.

Sucedo que, para contestar a incidência tributária e a investida do Fisco, somos obrigados a depositar os valores litigados ou oferecer a penhora bens suficientes, para suspender provisoriamente a exigibilidade dos impostos contestados. A ANS, no entanto, nas Resoluções acima, escreveu que não são aceitos para compor as reservas técnicas bens onerados por penhora.

Ora, se uma parte das reservas técnicas são compostas para suportar encargos tributários (questionados ou não), a ANS não pode impedir que esta parte seja objeto de penhora ou de depósito nos processos em que se questiona a não incidência dos impostos. Um bem pode compor a reserva de uma operadora e – ao mesmo tempo – ser oferecido à penhora em ações que visem discutir a validade da cobrança. Mesmo porque o valor cobrado e questionado pelo Fisco, afinal, integra o rol das provisões que determinaram o montante integral da reserva.

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO

Exigir-se, além do bem oferecido à ANS para garantir a tributação, outro do mesmo valor para garantir execuções-fiscais ou ações anulatórias, mandados de segurança e etc., será onerar insuportavelmente as operadoras, pois enquanto uma pessoa jurídica comum pode opor embargos às execuções garantindo cem por cento (100%) do seu valor, das Unimed (operadoras) se exige duzentos por cento (200%), caracterizando desigualdade proibida pela ordem jurídica.

O normal é o bem ser oferecido à penhora para suportar eventual resultado negativo nas ações de cobrança em geral, e com este mesmo objetivo automaticamente integrar a reserva estabelecida por lei e aplicada de forma distorcida pela ANS.

Portanto, a ANS não pode exigir apenas bens livres. Estes bens podem ser onerados por penhoras ou depósitos decorrentes dos mesmos fatos que determinaram a provisão, ou seja, na mesma proporção das execuções tributárias. Existem demandas judiciais a propósito desta

SOBRE A RESOLUÇÃO NORMATIVA – RN N. 195, DE 14 DE JULHO DE 2009, DA ANS.

Quando estávamos encerrando estes comentários, tomamos ciência da edição da Resolução Normativa – RN n. 195, de 14.07.2009, que trata da classificação e características dos planos de assistência à saúde, além da Resolução Normativa – RN n. 196, de 14.07.2009, que dispõe sobre as pessoas jurídicas administradoras de benefícios.

Novamente, com estas duas Resoluções a ANS está inovando no sistema do direito, criando direitos e obrigações sem que haja fundamento legal. As normas de padrão inferior (resoluções, portarias, regulamentos, etc.) não têm força para criar, modificar ou extinguir direitos.

Os termos da RN n. 195 são perigosos, pois a ANS está tentando trazer para o seu âmbito de fiscalização os contratos firmados com pessoas jurídicas (coletivos). Os contratos com pessoas jurídicas não são abrangidos pela Lei n. 9.656/98, pois não se enquadram nas regras do Código de Defesa do Consumidor. A Lei n. 9.656/98 caracteriza-se, dentro da sistemática das competências constitucionais, como um apêndice ao Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo normas especiais para a relação de consumo entre o contratante (pessoa jurídica) e as operadoras de planos de saúde.

Portanto, todas as disposições dessa Resolução (195) que tratam da regulação dos contratos coletivos, como por exemplo: as regras de abrangência (art. 5º); carência (arts. 6º e 11); cobertura parcial temporária (arts. 7º e 12); a definição e a limitação dos artigos 9º e 10; o prazo do parágrafo único do art. 17; regras de reajustes (art. 19); prazo para adequação (artigos 26 e 27). Além disso, a Resolução é plena de disposições óbvias, como na forma da contratação (art. 23) e na orientação dos usuários (art. 24).

IBDCOOP – INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO COOPERATIVO

Quanto à anualidade dos reajustes, esta regra é antiga e promana da Lei n. 9.069, de 29.6.95, que instituiu o “plano real”. Entretanto, na impede que, voluntariamente, duas pessoas jurídicas determinem a antecipação de reajustes ou sua aplicação de forma diferenciada. Trata-se da liberdade de contratação garantida pela Constituição Federal.

A nosso ver as UnimedS deveriam se posicionar contra esta Resolução, em face da sua invalidade jurídica. A ANS dá os primeiros passos para tentar trazer para o seu âmbito os contratos coletivos (cerca de 70% do mercado). Tolerada esta mais esta violência logo virão tentativa de imposição de preços, reajustes e etc., enfim ingerência total.

A outra Resolução (RN n. 196) também é ilegal. A Agência não tem competência legal para dispor sobre as pessoas jurídicas que atuem na administração de benefícios. Porém esta questão – por enquanto – deve ser conduzida pelas interessadas diretas.

O Sindicato Nacional das Cooperativas Médicas é o veículo próprio e forte, legalmente reconhecido para representar as UnimedS nas ações judiciais contra a Autarquia. As UnimedS, entretanto, individualmente, têm liberdade para promover a defesa judicial de seus direitos.

São Paulo, 21 de julho de 2009.

Reginaldo Ferreira Lima,
Consultor Jurídico.