

EDIBALDO HOMOBONO SANTA BRÍGIDA

O REGIME JURÍDICO DA TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Dissertação submetida à Escola Nacional de Saúde Pública – ENSP para a obtenção do título de Mestre Profissional de Regulação em Saúde Suplementar.

Orientador: Ricardo Luiz Sichel

Co-orientador: Horácio Luiz Navarro Cata Preta

**Rio de Janeiro – Brasil
2004**

DEDICATÓRIA

A Deus por tornar o meu sonho em realidade;

A minha mãe, Doracinda, doce e eterna vida, pela minha existência física, moral, intelectual e humana;

A meu pai Durval Santa Brígida (**in memoriam**) meu eterno agradecimento pelas inesquecíveis lições de vida;

À Sandra, minha mulher, porque a sua compreensão, carinho e amor foram fundamentais para que eu me sentisse motivado a concluir este trabalho;

À Mariana, minha filha, pelo que este trabalho lhe tem roubado;

Enfim, aos amigos e colegas dos Cursos de Mestrado Profissional de Regulação em Saúde Suplementar (ENSP/FIOCRUZ) e MBA de Regulação em Saúde Suplementar (EPGE/FGV) que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a realização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Meu primeiro ímpeto foi de dispensar os agradecimentos em situações como esta. Não por achá-los pouco relevantes. Ao contrário. É que tinha o receio de cometer injustiças. Não obstante, optei em assumir o risco para não me sentir responsável por uma injustiça ainda maior, por não declinar nomes que, de uma forma ou de outra, foram importantes para conclusão da pesquisa.

Começo agradecendo à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, na pessoa de seus Diretores, a oportunidade de participação em atividade de capacitação de temática relevante para o setor, que é a regulação em seu duplo aspecto, parabenizando-os pelo êxito da iniciativa.

Aos primeiros integrantes da Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), na pessoa do amigo e ex-Procurador-Geral Luiz Felipe Conde, pela elaboração dos princípios básicos da atual defesa da Taxa de Saúde Suplementar (TSS).

Aos atuais integrantes da Procuradoria Federal junto à ANS pelos profícuos debates acerca das peculiaridades desse tributo e pelo incentivo diuturno à realização da pesquisa.

Aos servidores da biblioteca da Procuradoria Federal junto à ANS, na pessoa da bibliotecária Eliana Rodrigues, pela paciência e presteza na obtenção de artigos e livros necessários à elaboração desta dissertação.

Ao amigo Ricardo Bacellar que, mesmo premido pelo prazo fixado para a conclusão de sua dissertação de Mestrado em Direito, reservou alguns preciosos momentos para discutir sobre o tema pesquisado e contribuir para a realização do trabalho, inclusive indicando artigos e cedendo livros de seu acervo pessoal.

Aos amigos de todas as horas, Olavo Salles e Inês Regina, também mestrandos, pela paciência, profissionalismo e auxílio nos momentos mais difíceis da elaboração e apresentação deste trabalho.

Aos Professores Ricardo Luiz Sichel (Orientador) e Horácio Luiz Navarro Cata Preta (Co-Orientador) por aceitarem essa árdua tarefa, orientando-me a seguir o “mapa do caminho” inicialmente traçado, superar e retirar os obstáculos encontrados nessa complexa trajetória até o final da empreitada.

Por fim, meus sinceros agradecimentos aos Professores dos Cursos de Mestrado Profissional de Regulação em Saúde Suplementar (ENSP/FIOCRUZ) e MBA de Regulação em Saúde Suplementar (EPGE/FGV) pelos ensinamentos colhidos no

decorrer dos cursos citados, nesta ordem: ENSP: José Mendes Ribeiro, Nilson do Rosário Costa, Carlos Augusto Grabois Gadelha, Lígia Bahia, Virginia Alonso Hortale, Regina Cele Bodstein, Margareth Cristóstomo Portela, Letícia Krauss, Lígia Giovanella, Célia Almeida, Maria Eliana Labra, Maria Alicia D. Ugá, Silvia Gerschman e Joyce Mendes de Andrade Schramm; EPGE: Mônica Viegas Andrade, Maria Teresa Marins Duclos, Alfredo Ruy Barbosa, Joisa Campanher Dutra, Luiz Rodolfo Tinoco Aboim Costa, Luiz Guilherme Tinoco Aboim Costa, Daniel Ricardo de Castro Cerqueira, Sérgio Mendes de Azevedo Tinoco, Mário Juan da Silva Leal, Waldir José de Araújo Lobão e Carlos César Borromeu de Andrade.

RESUMO

Esta dissertação tem como escopo analisar a adequação ao ordenamento constitucional vigente do regime jurídico da Taxa de Saúde Suplementar (TSS), instituída pelo art. 18 da Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000, cujo fato gerador é o poder de polícia atribuído legalmente à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). A ênfase é dada à discussão das principais características da TSS relacionadas à sua legalidade e constitucionalidade, no intento de contribuir para melhor compreensão dessa modalidade tributária. Especificamente, busca-se demonstrar que a exigibilidade do tributo é constitucional, conhecer seus contribuintes, analisar seu fato gerador, sua alíquota e sua base de cálculo. O estudo é caracterizado por uma abordagem jurídica e o referencial teórico que orienta a pesquisa tem como base os conceitos de taxa, poder de polícia, taxa de serviço, fato gerador, base de cálculo e alíquota. Focaliza a discussão das controvérsias em torno desses elementos característicos quando confrontado com a Constituição Federal. O estudo destaca a tendência da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros no sentido de reconhecer a constitucionalidade desse tributo.

Palavras-chave: constitucionalidade, tributo, taxa, saúde suplementar, poder de polícia.

ABSTRACT

This dissertation has the primary scope of analyzing the adequacy between the constitutional framework and the legal basic of the Supplementary Health Rate (Taxa de Saúde Suplementar – TSS), created by article 18 of Law 9.961, from January 28 2000, tribute whose taxable event is the police power legally attributed to the Nacional Agency of Supplementary Health (Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS). Emphasis is given to the discussion of the main features of the TSS related to its legality and constitutionality, with the aim to contribute for a better understanding of this tax. Special endeavors are made to show not only the constitutionality of the TSS, but also to specify its tax calculation basis. The research consists in a legal approach, and the theoretical references which guide the study encompass the concepts of rate, police power, service rate, taxable event, tax calculation basis and tax rate. The discussion of the controversy between the TSS main features *vis a vis* the Brazilian Federal Constitution standards is highlighted. The study shows up the tendency of Brazilian Federal Courts to recognize the constitutionality of this tribute.

Key words: constitutionality, tax, rate, supplementary health, police power.

ABREVIATURAS

ADIN	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
AG	- Agravo
AGREG	- Agravo Regimental
ANS	- Agência Nacional de Saúde Suplementar
BNDE	- Banco Nacional de Desenvolvimento
BNDES	- Banco Nacional de Desenvolvimento Social
CF	- Constituição Federal
CFM	- Conselho Federal de Medicina
CONSU	- Conselho Nacional de Saúde
CSN	- Companhia Siderúrgica Nacional
CTN	- Código Tributário Nacional
CVM	- Comissão de Valores Mobiliários
DASP	- Departamento Administrativo do Serviço Público
EC	- Emenda Constitucional
ICMS	- Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços
IJET	- Informativo Jurídico e Tributário
INAMPS	- Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social
IPI	- Imposto sobre Produtos Industrializados
IPTU	- Imposto Predial e Territorial Urbano
IPVA	- Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores
LC	- Lei Complementar
LOS	- Lei Orgânica de Saúde
MF	- Ministério da Fazenda
MP	- Medida Provisória
MS	- Ministério da Saúde
PIB	- Produto Interno Bruto
PSF	- Programa de Saúde da Família
RE	- Recurso Extraordinário
RESP	- Recurso Especial
SES	- Secretaria Estadual de Saúde
SMS	- Secretaria Municipal de Saúde
SUS	- Sistema Único de Saúde
SUSEP	- Superintendência de Seguros Privados

- STF** - Supremo Tribunal Federal
- STJ** - Superior Tribunal de Justiça
- TRF** - Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I - EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO	15
1 Considerações Gerais	15
2 Estado Absolutista	16
3 Estado Liberal	18
4 Estado Social	20
5 Estado Regulador	23
6 Antecedentes Históricos do Intervencionismo do Estado Brasileiro no Domínio Econômico	25
6.1 A Era Pré-Trinta	26
6.2 Dos Anos Trinta aos Anos Noventa	27
6.3 Dos Anos Noventa aos Dias de Hoje	31
CAPÍTULO II - A REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO	33
1 Considerações Gerais	33
2 O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado	36
3 Objetivos da Reforma do Aparelho do Estado	38
4 Agências Reguladoras	41
CAPÍTULO III - A TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE	45
1 Considerações Gerais	45
2 O Atual Estado da Saúde no Brasil	48
3 O Marco Regulatório da Saúde Suplementar no Brasil	50
4 A Agência Nacional de Saúde Suplementar	53
CAPÍTULO IV - TAXA NO DIREITO BRASILEIRO	58
1 Conceito Legal	58
2 Conceito Doutrinário	59
3 Principais Elementos Caracterizadores da Taxa	61
3.1 Sujeito Ativo	61
3.2 Sujeito Passivo	61
3.3 Fato Gerador	61
3.4 Base de Cálculo	63
3.5 Alíquota	63

4 Modalidades de Taxa	64
4.1 Taxa de Serviço	65
4.2 Taxa de Polícia	66
5 Princípios Constitucionais Tributários Aplicáveis às Taxas	71
5.1 Princípio da Legalidade	71
5.2 Princípio da Isonomia	71
5.3 Princípio da Capacidade Contributiva	72
5.4 Princípios da Irretroatividade e Anterioridade	73
5.5 Princípio da Proibição de Confisco	74
CAPÍTULO V - TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR	76
1 Considerações Gerais	76
2 Principais Elementos Caracterizadores da TSS	77
2.1 Sujeito Ativo	77
2.2 Sujeito Passivo	77
2.3 Alíquota	77
2.4 Fato Gerador	78
2.5 Base de Cálculo	78
3 Concretização do Fato Gerador da TSS	78
4 Determinação Quantitativa da TSS	86
5 Referibilidade Entre o Fato Gerador e a Base de Cálculo da TSS	96
6 O Valor da TSS e sua Razoável Equivalência com o Custo da Atividade Estatal	102
7 Atendimento ao Princípio da Ordem Econômica	105
8 Atendimento aos Princípios da Legalidade e Anterioridade	106
9 Atendimento o Princípio da Irretroatividade	109
CAPÍTULO VI - CONCLUSÕES	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	116

INTRODUÇÃO

O tema da presente investigação consiste no estudo acerca da adequação ao ordenamento constitucional vigente do regime jurídico da Taxa de Saúde Suplementar (TSS). As taxas representam papel relevante no estudo da história tributária brasileira e sua importância é destacada no direito brasileiro desde a Constituição de 1891 quando, pela primeira vez, estabeleceu-se a discriminação de renda tributária e a divisão bipartida das espécies tributárias (impostos e taxas).

O objetivo geral estabelecido neste estudo compreende a discussão das principais características da TSS relacionadas à sua legalidade e constitucionalidade, no intento de contribuir, de maneira singela e mediante alguns apontamentos, para um melhor entendimento dessa modalidade tributária.

Como objetivos específicos necessários para alcançar o objetivo geral, determinou-se os seguintes: analisar a adequação ao ordenamento constitucional do regime jurídico da TSS (Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000); conhecer seus contribuintes; analisar seu fato gerador e sua base de cálculo fato; revisar a literatura relativa às taxas; e, finalmente, com base no marco teórico-conceitual escolhido e na pesquisa da jurisprudência relacionada, demonstrar sua constitucionalidade.

Justifica-se este estudo em virtude das recentes modificações relacionadas à saúde pública, que foram introduzidas pelas reformas implementadas pelo governo federal, efetivando a reforma do Estado inaugurada em 1995 nos setores de telecomunicações, petróleo e energia elétrica. Essa reforma definiu um novo regime de regulação, com base na experiência adquirida internacionalmente.

A atuação desses setores, após as modificações introduzidas, serviu como fundamento para a criação de um órgão regulador independente voltado ao setor de saúde suplementar. Em meio a essa conjuntura de modernização do Estado e o interesse público relevante imanente a esse setor da economia, efetuou-se a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a fim de aumentar a qualidade, eficiência e competitividade no setor. Essa autarquia especial passou a ser o órgão de regulação e fiscalização do setor de saúde suplementar.

Com a criação da ANS, as atividades reguladoras foram unificadas em órgão único, autônomo, superando, no desenho institucional, os conflitos entre o Ministério da Fazenda (MF) e o Ministério da Saúde (MS), visto que, até então, ambos eram responsáveis pela fiscalização dos planos privados de assistência à saúde. A configuração de Agência deu ao órgão regulador autonomia frente à burocracia mais tradicional e a possibilidade de obter receita própria por meio da exigibilidade da TSS.

A ANS possui como missão institucional a promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País. Para o exercício de suas funções, uma das receitas da ANS é o produto decorrente da arrecadação da TSS, instituída pelo art. 18 da Lei 9.961, 28 de janeiro de 2000, em função do exercício do poder de polícia administrativa do qual foi investida.

Entretanto, toda vez que o poder público cria alguma modalidade de taxa, seja em razão do poder de polícia seja em razão da utilização de serviços públicos, cujas características difiram do *standard* conhecido pela comunidade jurídica, contribuintes, operadores do direito e estudiosos do assunto começam a levantar questionamentos em torno de sua constitucionalidade.

Os problemas jurídicos verificados na rotina diária da ANS, decorrentes da exigibilidade da TSS, não são raros, portanto. Devido a essas demandas, embora a jurisprudência, majoritariamente, venha confirmando sua legitimidade e constitucionalidade, até a presente data não se chegou a conclusões definitivas acerca de sua conformação ao ordenamento constitucional vigente. Entretanto, não se pode desconsiderar que a tendência dos tribunais segue no sentido de reconhecer a constitucionalidade desse novo tributo.

Deve-se levar em consideração, contudo, que os argumentos dos críticos da TSS não são desprezíveis, seja no aspecto jurídico seja no aspecto moral. Desse modo, pretende-se analisar os fundamentos jurídicos que vislumbram na exigibilidade desse tributo flagrante inconstitucionalidade para que se possa demonstrar, segundo uma dialética jurídica baseada no marco teórico-conceitual escolhido e na jurisprudência

correspondente, sua constitucionalidade. É nesse cenário, caracterizado por controvérsias jurídicas relacionadas às características da TSS, que está localizado o problema a ser pesquisado.

Assim, evidencia-se a existência de um problema que pode ser pesquisado e viabilizada sua implementação no âmbito do setor regulado, uma vez que interessa ao órgão regulador a difusão e o reconhecimento pelos agentes atuantes no setor da tese que defende a constitucionalidade da TSS. A partir daí, pode-se, sem pretender esgotar o assunto, contribuir para a constituição de um repositório de doutrina e jurisprudência específico sobre a matéria, possibilitando, assim, amplo conhecimento aos interessados.

A metodologia adotada na elaboração desta dissertação compreendeu os métodos dedutivo, comparativo e sistêmico, com base nas pesquisas teórica e qualitativa. O instrumento de pesquisa utilizado foi a pesquisa bibliográfica em livros, revistas especializadas, artigos e outras fontes disponibilizadas na internet.

O primeiro capítulo trata da *evolução histórica da intervenção do Estado no domínio econômico*, assunto esse imanente ao objetivo central da dissertação por revisar a literatura sobre diversos aspectos do intervencionismo estatal em vários períodos históricos. Para tanto, buscou-se caracterizar de forma sucinta os diferentes modelos de Estado que se desenvolveram ao longo da história, quais sejam: Estado Absolutista, Estado Liberal, Estado Social e, o que prevalece atualmente, o Estado Regulador. Procurou-se analisar também a forma como se desenvolveu o intervencionismo econômico do Estado brasileiro.

O segundo capítulo, que trata da *reforma do Estado brasileiro*, parte de algumas considerações gerais sobre o desenvolvimento da crise do Estado, passando, então, para a exposição das principais diretrizes do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado brasileiro, juntamente com a análise de seus objetivos essenciais. Esse capítulo é finalizado com algumas características das chamadas agências reguladoras.

O terceiro capítulo trata da *tutela constitucional do direito à saúde*, o qual está insculpido, de forma genérica, no art. 6º da Constituição Federal (CF), integrando o

rol dos direitos fundamentais sociais, e, de forma específica, nos arts. 196 a 200 da Carta Magna. Com base na aceitação de que a saúde constitui um direito fundamental, analisa-se o atual estado da saúde no Brasil e algumas disposições acerca dos planos privados de assistência à saúde que compõem a Lei 9.656, de 3 de junho de 1998. Ainda nesse capítulo apresenta-se a ANS, sua estrutura, competência, missão e receitas, bem como estatísticas acerca do produto da arrecadação da TSS e do número de ações judiciais distribuídas no período de 2000 a 2003.

No quarto capítulo passa-se para a análise das principais características da *taxa no direito brasileiro*. Procurou-se demonstrar, com base no marco teórico-conceitual relacionado, as definições de taxa, poder de polícia, sujeito passivo, fato gerador e base de cálculo; esclarecer os aspectos relacionados às modalidades de taxa, visto que essa pode ser instituída tanto com base nos serviços públicos quanto em razão do exercício do poder de polícia. Também nesse capítulo apresentam-se, de maneira sucinta, os princípios constitucionais tributários iminentes às taxas sem penetrar mais a fundo na discussão doutrinária acerca da aplicabilidade ou não de alguns desses princípios a essa espécie tributária.

O quinto capítulo trata especificamente da *taxa de saúde suplementar*, apontando suas principais características, tais como: natureza jurídica, fato gerador, base de cálculo, sujeito passivo, bem como sua conformação aos princípios constitucionais tributários indicados no capítulo quarto. Analisa-se, ainda, nesse capítulo, a referibilidade do tributo entre o poder de polícia exercido pela ANS e sua base de cálculo e a pertinência do seu valor.

Por fim, o último capítulo contém as *conclusões*, elaboradas a partir da verificação dos objetivos específicos do presente estudo, onde se conclui que a TSS, instituída pela Lei 9.961, de 2000, é legal e constitucional.

CAPÍTULO I

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO

1 Considerações Gerais

Desde o surgimento dos Estados modernos, o fenômeno da intervenção estatal sempre esteve presente em todos os sistemas econômicos, variando qualitativa e quantitativamente conforme a sociedade de cada época. Mesmo durante a existência do Estado Liberal, questiona-se se não havia intervenção estatal, ainda que em grau mínimo. Referindo-se a esse modelo, Venâncio Filho (1998:4) anota, nessa linha, que não obstante “[...] se possa discutir se, a rigor, esse Estado Liberal, em sua forma pura, existiu nos vários países europeus, ou se encontra com precisão absoluta nas obras de doutrina, é evidente que a posição que o Estado assumiu durante esse período caracterizou-se sobremaneira pela sua ausência do domínio econômico”.

No contexto do liberalismo econômico e segundo o sistema de liberdade natural apregoado por Smith (2001:359, 373 e 383), considerava-se que o Estado tinha somente três deveres a cumprir: 1) o dever de proteger a sociedade da violência e da invasão por outras sociedades independentes; 2) o dever de proteger todo membro da sociedade da injustiça ou opressão de qualquer outro de seus membros (dever de estabelecer uma exata administração da justiça); e 3) o dever de construir e manter certas instituições e obras públicas que, embora possam gerar maiores benefícios para uma grande sociedade, nunca será do interesse de qualquer indivíduo ou de um pequeno grupo de indivíduos erigir e sustentar, porque o lucro jamais reembolsaria as despesas efetuadas por esse indivíduo ou pequeno grupo de indivíduos.

Discorrendo sobre esse mínimo de intervenção do Estado nas atividades econômicas dos indivíduos, Parodi (*apud* Venâncio Filho, 1998:5) afirma que “[...] todo regime estatal implica um mínimo de intervenção nas atividades econômicas dos indivíduos; [...] todo regime estatal, admitindo a propriedade individual, admite, por esse motivo, que um mínimo de relações econômicas se desenvolva fora de sua ação. Entre esse mínimo de intervenção e esse mínimo de liberdade, o regime estatal comporta, em matéria econômica, as modalidades de ação as mais diversas: do simples

exercício de poderes gerais de legislação e de polícia necessários para estabelecer o quadro jurídico das atividades privadas e manter a ordem pública, até o grau de intervenção que implica em que o Estado assuma a responsabilidade de organizar e de dirigir o conjunto da economia do país”.

No mesmo sentido, Laufenberger (*apud* Venâncio Filho, 1998:6) ressalta que “[...] mesmo no apogeu do capitalismo, o ideal de liberdade e de individualismo não foi jamais inteiramente realizado, nem no âmbito externo onde o ‘laissez passer’ foi atenuado mais ou menos fortemente pelo protecionismo, nem inteiramente onde a política monetária, fiscal e social do Estado entrou desde cedo a disposição absolutamente livre dos produtos de troca e dos instrumentos de produção. O individualismo foi, aliás, desde logo temperado pelas concepções coletivas do sindicalismo e dos grupamentos econômicos no setor privado, pelo protecionismo comercial, pela empresa do Estado e pela percepção de certos impostos no setor público. [...]”.

Não obstante, para compreender o insucesso dos principais modelos de intervenção do Estado na economia (atualmente, resta apenas um modelo – o regulatório –, o que levou alguns economistas a denominar o momento atual de *monoteísmo econômico* (Berend, 1998:30), faz-se necessário observar o desenvolvimento histórico que redundou nesse modelo de controle.

Assim, no intento de registrar sucintamente os motivos da derrocada dos modelos econômicos que lhe precederam, dividiu-se a história desses modelos estatais em quatro momentos, quais sejam: (1) Estado Absolutista, (2) Estado Liberal, (3) Estado Social e (4) Estado Regulador.

2 Estado Absolutista

Entre os séculos XI e XV (Baixa Idade Média), o desenvolvimento e a expansão do comércio levou a burguesia recém-formada a pensar na formação de um mercado nacional livre dos obstáculos impostos pelos senhores feudais. Em decorrência de a economia urbana não mais atender à demanda, a burguesia, que se sentia impedida de realizar o desejo da formação desse mercado nacional, uniu-se à realeza, que

objetivava centralizar todos os poderes em suas mãos contra os senhores feudais, possuidores de privilégios seculares (Aquino *et alli*, 1999:49).

O apoio político e material da burguesia, somado à crise feudal dos séculos XIV e XV e à crescente riqueza móvel, que enfraqueceram progressivamente a nobreza feudal, cujo poder estava apoiado na riqueza fundiária, acelerou o processo de concentração de poderes em mãos dos reis. Além disso, contou com a justificação teórica da obra dos legistas burgueses, baseado no revigorado Direito Romano, possibilitando, assim, a instituição legal do edifício político-administrativo do Estado Nacional Moderno (Aquino *et alli*, 1999:49).

Com o crescimento do comércio e a expansão da classe burguesa, surgem os estados modernos nos séculos XV e XVI, o que resultou na substituição do sistema feudalista de produção pelo absolutismo, que nada mais era do que a unificação de todos os poderes na mão de uma única pessoa – o Rei. Desse modo, no sistema absolutista, todas as funções do Estado, incluindo o comando religioso, passaram a ficar sob responsabilidade do rei, inexistindo limites para seus poderes, uma vez que permanecia acima de qualquer lei, pois poder de realeza tinha natureza divina.

Essa primeira manifestação do Estado moderno era intervencionista e se realizava através do *Mercantilismo* (conjunto de medidas aplicadas pelo Estado com a finalidade de conseguir grandes quantidades de ouro e prata para o Tesouro). Na época, acreditava-se que a riqueza das nações resultava da acumulação de ouro e prata. As nações que não possuíam minérios poderiam obtê-los exportando mais mercadorias e reduzindo as importações.

Por conseguinte, os Estados intervinham, intensivamente, no mercado, determinando taxas sobre as mercadorias estrangeiras para restringir as importações e concedendo subsídios para aumentar a capacidade de exportação de mercadorias nacionais. Assim, o *Mercantilismo* representou a elevação dos interesses comerciais ao nível da política nacional.

3 Estado Liberal

Por meio do movimento intelectual do século XVIII denominado *Iluminismo* – que tinha como temas básicos a liberdade, o progresso e o homem –, a burguesia emergente, que se sentia tolhida em seu desenvolvimento pelas instituições do Antigo Regime, conduziu as massas para *abalar o trono e derrubar os altares*. A partir daí, ergueu-se a bandeira do *laissez-faire, laissez-passer, l'ê monde va de lui-même* (Aquino *et alli*, 1999:169-179). Dessa forma, com a ocorrência da Revolução Francesa, surge o Estado Liberal, que vai predominar até o início do século XX e será responsável por operar uma dissociação entre a atividade econômica e a atividade política

Acolhido o modelo da tripartição das funções do poder soberano, ou seja, o modelo de separação entre os três poderes, propalada por Montesquieu em sua obra *O espírito das leis*, buscou-se criar um sistema onde o poder não ficasse concentrado em uma única pessoa: o déspota.

Mas, para que isso ocorresse, era necessário desenvolver premissas básicas que fundamentassem a política do liberalismo, com o objetivo de assegurar a não-interferência do Estado. Esses princípios foram trazidos principalmente pelos filósofos *jus naturalistas*, do século XVII. A política liberal também se baseava na propriedade privada, na liberdade e valorização do indivíduo. Cabia ao contrato a forma de se expressar e delimitar a liberdade individual.

No Estado Liberal, o mercado se caracterizava como um sistema de confronto e harmonização de interesses individuais alicerçados em normas próprias, imunes à vontade do Estado. O mercado seria, portanto, uma barreira, uma zona livre de intervenção estatal e um aspecto evidente da liberdade individual. No entendimento dos liberais, o indivíduo inclina-se naturalmente a utilizar seu talento e recursos para obter mais lucro. Porém, como o único meio a ser usado para essa finalidade numa sociedade organizada consiste na satisfação das necessidades dos outros, segue-se daí o fornecimento de bens e serviços (Moncada, 2000:16-17).

O indivíduo contribuía, desse modo, para o progresso geral, ainda que não fosse sua pretensão inicial. O bem-estar geral se identificava com a soma dos inúmeros

casos de bem-estar singular e aumentava na razão direta desses. Assim, o livre jogo das liberdades individuais conduziria espontaneamente, orientado como que por uma mão invisível, ao máximo de produção e à distribuição mais justa. Nessa acepção, a livre troca de produtos era tida como um agente civilizador de enorme alcance, fazendo com que as nações e os indivíduos fossem capazes de gerar virtudes cívicas e hábitos de contenção e racionalidade legitimadores da sua prática (Moncada, 2000:16-17).

O modelo jurídico liberal se sustenta em dois postulados substanciais: a separação absoluta entre o direito público e o direito privado, com esferas de atuação distintas; e o predomínio da autonomia da vontade privada na esfera econômica. Nesse modelo jurídico, o Estado se preocupa exclusivamente com a garantia das condições externas para que o cidadão possa atingir, por sua capacidade e meios, o bem-estar.

Assim, o Estado se afirma como Estado de direito (jurídico), que na concepção kantiana “[...] é a união de uma multidão de seres humanos submetida a leis de direito. Na medida em que estas são necessárias *a priori* como leis, isto é, na medida em que procedem espontaneamente de conceitos de direito externo em geral (não são estatutórias), a forma do Estado é aquela de um Estado em geral, ou seja, do *Estado em* idéia, como deve ser de acordo com puros princípios de direitos. [...]” (Kant, 2003:155).

Apregoava-se, com isso, a idéia de que todos se tornariam iguais e não haveria mais diferença entre classes nem intervenção do Estado na vida das pessoas; todos seriam livres e iguais em tratamento propugnando pela liberdade de contratar e a autonomia da vontade, gerando o individualismo como expressão da moralidade social burguesa, enaltecendo o homem como centro autônomo de escolhas econômicas, políticas e racionais. Em suma, fazendo do ser individual um valor absoluto (Wolkmer, 2003:25).

O Estado deveria permanecer afastado do setor privado para não desequilibrar o mercado, sendo-lhe legítimo atuar somente para assegurar a segurança externa e atender aos interesses sociais, nos quais não há atividade econômica privada. Assim, ao Estado somente é legítimo atuar para garantir a segurança da propriedade, deixando os ditames da vida econômica entregues às forças do mercado, na vontade, capacidade e determinação do indivíduo. A sociedade torna-se a arena onde são travadas

as batalhas econômicas, constantemente orientadas pelo individualismo e deve o Estado se limitar à manutenção da paz social.

Com um mínimo de intervenção na vida social, inicialmente, o Estado liberal trouxe alguns indiscutíveis benefícios, o que permitiu ocorrer um desenvolvimento econômico acentuado, criando-se as condições para a Revolução Industrial. Além desses aspectos, o indivíduo passou a ser valorizado, despertando-se, com isso, a consciência para a importância da liberdade humana; e desenvolveram-se as *técnicas de poder*, surgindo e impondo-se uma idéia de *poder legal* em lugar do *poder pessoal* (Dallari, 2003:277).

[...] Mas, em sentido contrário, o Estado liberal criou as condições para sua própria superação. Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao *ultra-individualismo*, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o *direito* de ser livre, não se assegurava a ninguém o *poder* de ser livre. Na verdade, sob pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da Sociedade (Dallari, 2003:277-278).

Dessa forma, sob os fundamentos da propriedade privada e da livre organização, a qual deve ser guiada somente pela economia de mercado, a ordem econômica seguia sem nenhuma regulamentação do Estado. Esse não podia impedir a prática predatória dos participantes dos certames econômicos, o que resultou em um mercado cada vez mais monopolizado e cartelizado.

4 Estado Social

A necessidade de atender às reivindicações da sociedade, antes mesmo de qualquer formação doutrinária, impôs o alargamento das atribuições do Estado no setor da economia. Assim, após o início da Primeira Guerra Mundial, acaba por romper-se a tradição do liberalismo econômico, visto que a economia se transformou sob a ação do novo fenômeno bélico, mais do que qualquer outra atividade tradicionalmente civil, sustenta Comparato (1977:1).

Tal fato demonstrou que, para se vencer a guerra, não bastava uma boa atuação nas frentes de combate. É indispensável também uma boa atuação nos campos de produção agrícola, nas usinas, fábricas e nos laboratórios do Estado. A evolução das atividades econômicas ou as decisões dos agentes da economia privada não eram mais indiferentes perante o bom funcionamento da estrutura estatal, mas, ao contrário, era necessário submetê-los antes de tudo as exigências da guerra (Comparato, 1977:1).

Com o fim da Primeira Guerra Mundial, o dirigismo por parte do Estado se amplia em muito devido à destruição dos grandes centros de produção europeus. Chegou-se a ponto de completa fissura da tendência absenteísta quando da crise de 1929 nos Estados Unidos. A crise de 1929 gerou uma paralisação quase total dos meios de produção, o que reduziu a atividade comercial em todo o globo e gerou como consequência o desemprego em massa.

Desse modo, não tinha mais razão de ser aquela tradicional posição do Estado como simples árbitro das relações econômicas, visto que os protagonistas do jogo econômico não possuíam condição de re-impulsionar a economia. Em virtude de sua grandeza, essa função só poderia ser preenchida pelo Estado.

A nova face intervencionista do Estado atuando no plano econômico recebeu, de imediato, justificativa teórica do economista inglês John Maynard Keynes, em sua *Teoria geral do emprego, juro e moeda*, em 1936, a qual provocou uma autêntica remodelação nas teorias econômicas do capitalismo. Segundo os pressupostos dessa teoria, o Estado, durante um espaço de tempo limitado e em situações excepcionais poderia intervir na economia para auxiliar na superação das crises. As idéias de Keynes foram incorporadas à política do *New Deal*, que objetivou a recuperação da economia norte-americana, abalada pela grande depressão de 1929.

Já as bases jurídicas para intervenção do Estado na economia, que foram construídas quando as constituições começam a disciplinar a atividade econômica, têm como seus primeiros marcos a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Segundo Fonseca (1995:181), no Brasil, a primeira constituição a utilizar a expressão *intervenção do Estado no domínio econômico* foi a Constituição brasileira de 1937, que estabelecia também a diferença, de natureza doutrinária, entre

intervenção direta e indireta, e conceituava as formas de manifestação (controle, estímulo e gestão direta).

Uma das principais características do Estado Social relacionava-se ao fato de ele estar mais voltado para a coletividade do que para o indivíduo. Além disso, o direito subjetivo passa a fase de juridicamente protegido até chegar a sua quase negação e absorção pelo direito objetivo, o que faz surgir alguns novos ramos do direito com a finalidade de impor a vontade do Estado em substituição ao direito subjetivo, até então exercidos pelos elementos da coletividade como único parâmetro para desenvolvimento da atividade econômica e limitação das liberdades (Berend, 1998:16).

Entretanto, a intervenção do Estado na economia, além de ter se estendido muito profundamente, começa a ruir, visto que não se estruturou com base em um esquema cuidadosamente concebido. Ao contrário, as diferentes circunstâncias impuseram a atuação do Estado na economia, primeiramente para reestruturar um país destruído pela guerra; depois, para dinamizar um setor da economia que era tido como imperioso para o crescimento do país; e finalmente, para simplesmente corrigir falhas de mercado como os cartéis e o monopólio.

Esse modelo de política intervencionista, onde o bem-estar dos cidadãos é responsabilidade do Estado, começa a sucumbir na década de 70, não somente devido a sua hipertrofia que gerava burocracia, baixa eficácia e altos custos, mas também devido às crises estruturais. Assim, a crise do petróleo de 1973, seguida pela revolução tecnológica, não era compatível com o sistema formulado por Keynes e a manutenção do Estado como impulsionador da economia viria a desaguar, muitas vezes, numa estagnação do Produto Interno Bruto (PIB) e alta inflação.

Fatores como o declínio da produção, a hiperinflação, as altas taxas de desemprego e a crise da dívida exerceram um impacto profundo, sobretudo nos países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, o que fez com que o Estado se tornasse um enorme peso para a sociedade. Não obstante, esse mesmo Estado ainda se encontrava sem condições de obter financiamento para manter suas obrigações sociais básicas, como educação, saúde e previdência social (Sarmiento, 1999:23).

O protecionismo utilizado pelos países, que auxiliou a promover a industrialização e o rápido crescimento até o primeiro quarto de século após a Segunda Guerra Mundial, já não se adequava mais às novas exigências do mercado. Quando a crise estrutural e as profundas transformações tecnológicas exigiram um ajuste em suas economias e quando a reestruturação tornou-se requisito da época, o isolamento de qualquer país do mercado mundial por meio de práticas protecionistas transformou-se em obstáculo ao seu desenvolvimento.

Além de perderem suas vantagens na promoção de rápido crescimento, esses países também se mostraram incapazes de gerir a crise e de se ajustar a ela. Permaneceram ainda sendo desfavorecidos por uma infra-estrutura obsoleta e por políticas protecionistas e de isolamento, profundamente controladas por um Estado burocrático, caracterizado pela ausência de interesse pelo mercado (Berend, 1998:26).

A lição a ser extraída dessa fase econômica é que a pesada presença do Estado em algum ramo da economia ocasionou evidente concorrência desleal com o particular, dificultando ou até impedindo a possibilidade de concorrência, o que acabou por resultar em sérios prejuízos. Esses prejuízos ocasionaram a crise do Estado e não se fixaram apenas na distribuição de renda, mas, fundamentalmente, no desenvolvimento dos países, extinguindo as políticas sociais e dando causa à privatização das empresas estatais, em face da necessidade de redução das dimensões do Estado. Por conseguinte, impôs-se a questão da revisão do papel do Estado na economia moderna.

5 Estado Regulador

O Estado, que se encontrava paralisado pelo seu próprio gigantismo, incapaz de continuar a impulsionar a economia e, agora, ameaçando as políticas públicas pela falta de capacidade financeira, tornou-se a sua própria antítese. Em outras palavras, ingressou no mercado para impulsioná-lo e acabou se tornando o estorvo que ameaçava toda a sociedade. Como conseqüência, passou a ser obrigado a reduzir sua intervenção direta no domínio econômico e encontrou na desestatização a solução ideal, visto que, além de se retirar da atividade econômica, reduziria em parte seu déficit e aumentaria a sua arrecadação com a possibilidade de crescimento.

Os resultados positivos obtidos pelo modelo político inglês nos anos 70, através da política implementada pela então Primeira-Ministra Margaret Thatcher, na Inglaterra, e pelo Presidente Ronald Reagan, nos Estados Unidos, passam a exercer influência na economia em escala global, de forma que os demais Estados passaram a optar pela nova doutrina econômica e adotar, indistintamente, a economia de livre mercado como modo de reconduzir o desenvolvimento econômico.

Porém, a fim de evitar os equívocos do passado liberal, o Estado não se afastou por completo da economia. Passou a atuar de forma indireta, de maneira que a substituição do Estado Social pelo Regulador não representa a negação da responsabilidade desse último pela promoção do bem-estar, mas a modificação dos meios para a realização dessas atribuições. Em outras palavras, o ideário do Estado Social continua vigente e incorporado definitivamente à civilização ocidental. As novas concepções ressaltam a impossibilidade de realização dessas atribuições de forma predominante ou isolada pelo Poder Público (Justen Filho, 2002:21). É que o Estado não dispõe mais dos mecanismos econômicos, sociais, políticos e jurídicos que possuía anteriormente por causa, principalmente, da globalização (Cal, 2003:27).

Permanece como grande desafio para os Estados que globalizaram suas economias a identificação dos limites de sua atuação e a maneira de conduzir seus mercados internos. Ou seja, a forma de evitar que as organizações promovam infrações ao ordenamento econômico, sobretudo em setores ligados à prestação de serviço público, no intento de tornar o mercado seguro para os investimentos. Nesse contexto, foi desenvolvido o modelo de Estado Regulador, no âmbito do qual as *agências reguladoras* se constituem no mais importante instrumento de controle.

O Estado Regulador, por vezes, tendeu para a intervenção na economia e, outras vezes, inclinou-se para a sua exclusão desse setor. Decerto que a situação pode voltar a oscilar em direção a uma maior presença do Estado-Empresário, principalmente se o Estado Regulador for incapaz de gerar investimentos nos setores de infra-estrutura em volumes compatíveis com o crescimento do País.

Pinheiro & Fukasaku (2000:179-180), ao analisarem o processo de privatização brasileiro, observam, nesse sentido, que “[...] apesar de plausível, um

cenário de reestatização não é provável, pelo menos a curto prazo e médio prazo. De um lado, porque ainda por vários anos a poupança corrente do setor público deve permanecer baixa, o que inviabiliza uma política sustentada de elevados investimentos em capital físico. Pelo contrário, o cenário mais provável é um em que cada vez mais o setor público se concentre na formação de capital humano, deixando para o setor privado a responsabilidade pela acumulação de capital físico. De outro porque a privatização, como outras reformas implantadas nesta década (1990) cria interesses na manutenção da nova situação”.

Para esses autores, a situação não se modifica naturalmente, e uma mudança de direção na política econômica necessita de um impulso capaz de vencer as forças contrárias da inércia e dos interesses estabelecidos, algo que a história mostra ser um processo lento. Desse modo, essa constitui a principal lição da experiência brasileira: os modelos permanecem enquanto são capazes de produzir o crescimento econômico e são substituídos quando se evidencia que não são mais capazes de fazê-lo (Pinheiro & Fukasaku, 2000:179-180).

Enfim, diante de um mercado monopolizado ou cartelizado, com poder de impor sua vontade nas relações de mercado, resta ao Poder Público: a) deixar a empresa privada monopolista atuar livremente, assumindo os riscos do bem-estar econômico e social inerentes a essa situação (modelo liberal); b) assumir a responsabilidade pela oferta do produto/serviços, com todas as restrições relativas à eficiência da gerência estatal (modelo do bem-estar social); e c) regular o mercado (modelo regulador).

6 Antecedentes Históricos do Intervencionismo do Estado Brasileiro no Domínio Econômico.

É relevante destacar um breve panorama comparativo do Estado brasileiro, no que se refere à questão da intervenção no domínio econômico, pois parece de enorme importância para a compreensão da situação atual do País. Não se pode ignorar que o Brasil chega ao Estado Regulador sem ter passado pelos demais estágios de desenvolvimento intervencionista, pois no período liberal o país jamais ficou completamente livre da presença do Estado.

O protecionismo estatal sempre foi, excluídas as exceções que confirmam a regra, a razão do êxito ou fracasso de qualquer projeto político, social ou empresarial que se pretendesse implantar (Barroso, 2003:18). Ainda assim, podem-se dividir os estágios de intervenção do Estado na economia brasileira moderna em três momentos distintos: a) a era pré-trinta; b) dos anos trinta aos anos noventa; e c) dos anos noventa aos dias de hoje.

6.1 A Era Pré-Trinta

Na era pré-trinta, o Brasil do século XIX foi relativamente não-intervencionista. Sua preocupação restringia-se aos impostos de importação para fins de receita e, por vezes, para fins de proteção, na área das indústrias nascentes. A única participação direta se limitava ao setor financeiro, através do Banco do Brasil, o qual funcionou como banco central até fins de 1964 (Villela, 1973:66).

No campo da infra-estrutura o governo era efetuado por intermédio da concessão de favores, ou seja, concessão de empréstimos especiais para algumas empresas ou indústrias, além de garantia de rendimentos para as companhias estrangeiras que realizavam investimentos em infra-estrutura (Villela, 1973:66).

Quanto à intervenção estatal no domínio econômico, a análise do período Imperial demonstra que se dava mais importância aos problemas de tarifas alfandegárias, que eram, na verdade, os que impactavam o incipiente sistema econômico da época, os quais, historicamente, têm prioridade como primeira atividade onde o Estado intervém no domínio econômico (Venâncio Filho, 1998:27).

Conquanto a regulação econômica estatal tenha sido constante no período Imperial, de modo veemente e particular no comércio e na indústria, tudo praticamente dependia do Estado, com autorizações, favores, tarifas protecionistas e concessões; sem a ajuda do Poder Público, a iniciativa privada não conseguia prosperar (Faoro, 2001). Apesar disso, por ser uma economia marcadamente agrária, a intervenção do Estado, no todo, foi bastante amena nesse período.

Já no início do século XX, sobretudo na área de transporte ferroviário, a garantia de rendimentos às empresas estrangeiras tornou-se um fator muito pesado, o que ameaçava o desenvolvimento do País. Por esse motivo, foram contraídos enormes empréstimos internacionais com o fim de adquirir as ferrovias. Esse foi, provavelmente, o primeiro passo da intervenção do Estado na economia. Destarte, em decorrência da falta de lucratividade e da impossibilidade do governo de continuar a arcar com os rendimentos das empresas estrangeiras, as ferrovias foram, aos poucos, adquiridas pelo Estado e acabaram por se tornar públicas.

Outra forma de intervenção superficial do Estado, na era que antecedeu à década de 30, foi o Convênio de Taubaté, por meio do qual os estados se engajaram em esquemas de preços mínimos e de controle da produção. Esse acordo foi assinado devido ao excedente na produção de café para evitar enormes prejuízos à economia dos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais (Frota, 1983:448). Ainda na década de 20, com a finalidade de auxiliar a agricultura, começaram a surgir diversos bancos estaduais, dentre eles pode-se citar: os Bancos do Estado de São Paulo, do Paraná e do Rio Grande do Sul. Essas instituições, posteriormente, tornaram-se importantes bancos comerciais.

6.2 Dos Anos Trinta aos Anos Noventa

No período que se estende da década de 30 até a década de 90, em função da Revolução de 1930, o Estado abandona a sua posição absenteísta, o que se fez sentir, num primeiro momento, mediante a criação de outros Ministérios, como o do Trabalho, da Educação e da Saúde, com a elaboração de uma nova legislação, principalmente nos mercados de água, energia elétrica e minas, transformando os regimes contratuais em relações de interesse público.

Desse modo, o Estado inicia uma crescente espiral intervencionista até assumir a quase totalidade das indústrias de base e os principais serviços públicos, tais como: telecomunicações, produção e distribuição de energia, atuando ainda nos preços dos produtos e serviços e no câmbio. Com isso, pode-se sustentar que o Brasil passou de um Sistema Feudalista para um Estado Intervencionista, sem passar pelos Estados

Mercantilista e Liberal, o que viria a causar sérias dificuldades à evolução do mercado nacional.

Para Sarmiento (1999:23), não é correto falar em período liberal do Estado brasileiro, pois a economia sempre gravitou em torno de um Estado Cartorial que alimenta o capitalismo nacional. Da mesma forma, pode-se afirmar que poucas foram as vantagens que o arremedo de Estado Social deixou as classes desfavorecidas. Impulsionada por duas ditaduras, a expansão do Estado, com a criação de centenas de empresas estatais, pouco contribuiu para amenizar as gritantes desigualdades sociais que têm flagelado o povo brasileiro.

Pela primeira vez, na década de 30, o Estado atua de forma marcante, não somente nos problemas econômicos e sociais da sociedade brasileira. Em decorrência da depressão mundial, o Brasil se viu forçado a substituir as importações pela produção doméstica e, conseqüentemente, diversos incentivos à criação de indústrias foram concedidos naquela época. Desse modo, em 1931, ocorreu a primeira intervenção direta na economia via controle de câmbio, que tinha por fim racionalizar as divisas, evitar crises cambiais e proteger as indústrias (Villela, 1973:71). Posteriormente, no ano de 1934, foi criado o Conselho Federal do Comércio Exterior, que procurou formular medidas de estímulo ao comércio exterior, bem como conceder incentivos para o desenvolvimento de certas indústrias.

No governo de Getúlio Vargas, a intervenção do Estado para proteger e estimular o crescimento de diversos setores expandiu-se principalmente por intermédio de sua infra-estrutura, através da criação de autarquias e empresas estatais. Uma delas foi a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), criada como solução de última instância, que ocorreu após várias tentativas infrutíferas do governo para que a iniciativa privada nacional e estrangeira criasse uma grande usina siderúrgica (Villela, 1973:71-72).

Importante ressaltar também a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), em 30 de julho de 1938, órgão diretamente ligado à Presidência da República, cuja finalidade residia na implantação de uma administração pública burocrática. Entre outras determinações, o DASP estabeleceu critérios profissionais para o ingresso no serviço público e regras de promoção baseadas no

mérito. Com isso, objetiva-se a exterminação do favoritismo e do clientelismo existentes, enraizados numa herança colonial patrimonialista.

A partir da Segunda Guerra Mundial, o Brasil, dotado de uma economia agrícola, para atender as necessidades nacionais se viu obrigado a criar uma série de empresas, as quais se destacaram no cenário nacional entre as décadas de 50 e 60. Dentre elas, situa-se a Companhia Vale do Rio Doce, criada em 1942, para explorar jazidas de minério de ferro (Villela, 1973:72-73). A intervenção do Estado na economia deveu-se a fatores internacionais e seu planejamento e desenvolvimento foram realizados no País apenas para evitar que a economia brasileira sucumbisse diante das crises internacionais, mormente, as geradas pelas guerras mundiais.

Posteriormente, ao longo dos anos 50 e 60, o Estado passou a investir pesadamente em infra-estrutura para garantir a continuidade do processo de industrialização. O primeiro passo dessa fase intervencionista foi a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), em 1952, hoje Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

Seu objetivo consistia em conceder financiamento para o programa de crescimento e modernização da infra-estrutura do País e, em alguns casos, proporcionar os meios para o financiamento de indústrias pesadas e alguns setores da agricultura. Seguindo o modelo das economias europeias que tiveram seu desenvolvimento industrial atrasado, o BNDE pretendia suprir a fragilidade característica das empresas privadas nacionais que não encontravam no mercado brasileiro outras fontes de empréstimo.

No entanto, o governo Juscelino Kubitschek pretendia impor uma política de industrialização rápida, o que forçou a ampliação da participação direta do Estado na economia, sobretudo, quando da implementação de seu Plano de Metas. Esse plano era composto por 31 objetivos, que visavam desenvolver os setores de energia, transporte, alimentação, educação e construção civil, além de desenvolver também o parque industrial.

Com isso, cada vez mais o Estado se tornava proprietário das organizações de indústria de base, tanto em decorrência da falta de capital da iniciativa privada, como da incapacidade dos governos estaduais em implementar projetos de alta prioridade no programa de industrialização nacional. Não obstante, a pressão nacionalista impelia a assunção do Estado em determinados setores da economia. O melhor exemplo dessa pressão está na criação da Petrobrás, em 1953, para assegurar o monopólio do petróleo.

Com o governo impondo um ritmo de crescimento superior às possibilidades nacionais, além de assumir diversos setores da economia, ao mesmo tempo, inicia a emissão de moeda para tentar manter o ritmo de crescimento, o que faz surgir a inflação. Assim, o Estado passa a impor amplo controle de preços, que se estendeu desde serviços básicos como transporte público, eletricidade e telefone até aos aluguéis e alimentos.

Contrariando as expectativas do governo, a espiral inflacionária não atenuou, e o controle de preços desenvolveu um mercado completamente distorcido, afastando por completo a iniciativa privada (nacional e estrangeira) pela absoluta falta de rentabilidade. Dessa forma, impôs-se ao governo, para garantir o crescimento e manter os serviços essenciais, a intervenção direta, encampando diversos setores da economia, o que duraria até a década de 90.

Na década de 70, depois que o Estado assumiu os principais setores da economia e equilibrou, em parte, a balança comercial mantendo o controle inconstante da inflação, surgiu o que ficou conhecido como o “milagre econômico”. Esse período durou somente até o final de 1973, quando ocorreu a primeira crise do petróleo. Com isso, a inflação voltou fortemente, dentro de um Estado extremamente burocratizado e intervencionista, que desestimulava a participação da iniciativa privada. A Constituição de 1967 chegou inclusive a limitar a produção de bens supérfluos, como se o País estivesse em estado de guerra, sustenta Marshall (2000:104).

Fechado aos mercados internacionais e às novas tecnologias de informação e comunicação, instalou-se no País uma profunda crise no final da década de 70. Desse modo, elevaram-se a concentração de riquezas, a formação de diversos monopólios

estatais, o aumento da miséria e o abandono das áreas que deveriam ser a prioridade do Estado, tais como: saúde, educação e segurança pública.

6.3 Dos Anos Noventa aos Dias de Hoje

Os anos 90 foram caracterizados por profundas transformações na conjuntura econômica, impulsionadas, mormente, pela difícil situação econômica que passava o setor público, impedindo o crescimento da economia sustentada.

Infelizmente, os estragos causados por uma sucessão de equívocos e intervenções estatais, com absoluta falta de planejamento, resultaram em sérios danos à economia brasileira. A situação do País apresentava faces absolutamente distorcidas, pois, se de um lado desenvolvia-se tecnologia de ponta, inclusive na área de biotecnologia, de outro, a infra-estrutura era obsoleta ou de má qualidade.

A estratégia de retirada do Estado da economia foi efetuada conforme o disposto no art. 173 da CF, uma vez que a *exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo*.

A retomada do crescimento exigia que *todos* os atores envolvidos no processo econômico voltassem a desempenhar seus respectivos papéis na economia, ou seja, os produtores, produzindo; os consumidores, consumindo e o governo assegurando a regularidade dos negócios, pondo termo às indefinições que fatalmente conduziam ao desestímulo dos produtores, à insatisfação dos consumidores e à criação de *nomenklaturas* e de outras formas ocultas de parasitismo burocrático (Moreira Neto, 2003:73).

Pela primeira vez, o Estado inicia um processo de redução do seu espectro de intervenção direta no domínio econômico. Mas, isso não representa redução de intervenção na economia, sendo mantida - e na verdade em algumas áreas introduzida, como ocorreu no segmento de saúde suplementar - uma intervenção indireta por meio de órgãos reguladores, conhecidos como *agências reguladoras*. Esses órgãos buscam

soluções técnicas em substituição às decisões políticas para as questões do mercado, visando conferir maior competitividade e, por conseguinte, ampliando a eficiência econômica.

A diminuição expressiva dos órgãos públicos de intervenção direta do Estado na economia não resultou em um modelo que possa ser identificado como o de Estado mínimo. Ao revés, a atuação estatal apenas se deslocou da atividade empresarial para o domínio da disciplina jurídica, com a expansão da regulação e fiscalização dos serviços públicos e atividades econômicas. O Estado, portanto, não deixou de ser um agente econômico decisivo. Para comprovar a assertiva, suficiente analisar a profusão de textos normativos editados nos últimos anos (Barroso, 2003:25).

É nesse cenário que a antiga intervenção pesada, a favor do Estado, torna-se uma nova intervenção leve a favor da sociedade. Destarte, o papel do Estado, de agente *monopolista*, *concorrente* ou *regulamentador*, transforma-se num agente *regulador* e *fomentador*. Não se trata de um movimento para chegar a um *Estado mínimo*, como se poderia pensar, mas para torná-lo um *Estado melhor* (Moreira Neto, 2003:74).

CAPÍTULO II

A REFORMA DO ESTADO BRASILEIRO

1 Considerações Gerais

Prefaciando o livro *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*, de Luiz Carlos Bresser-Pereira, Cardoso (1998) assinala que, no Brasil de hoje, poucos temas são mais atuais ou mais urgentes que o da reforma do Estado. Para esse autor, se nos países desenvolvidos a crise do Estado Social exigiu intensa ponderação, o que dizer então do caso brasileiro, no qual o aumento das necessidades de uma sociedade complexa e a dificuldade do Estado em atendê-las agrega-se uma herança, ainda não totalmente ultrapassada, de patrimonialismo e de alterações produzidas por séculos de apropriação privada dos instrumentos de governo pelos chamados ‘donos do poder’?.

Segundo, ainda, Cardoso (1998) a complexidade da questão da reforma do Estado apresenta duas faces: por um lado, exige desafio na compreensão precisa da tarefa, estabelecendo as diretrizes a serem seguidas, partindo não apenas de uma análise teórica abstrata, mas de uma correta inserção dessa análise no contexto histórico brasileiro; por outro, uma reforma só terá êxito se estiver baseada na articulação de maiorias políticas estáveis, capazes de garantir a execução consistente de mudanças, ou seja, promover a transformação de toda uma cultura burocrática sedimentada ao longo do tempo.

A crise do Estado iniciou o seu delineamento em quase todo o mundo nos anos 70 e assumiu plena definição nos anos 80, reduzindo as taxas de crescimento dos países centrais à metade do que eram nos vinte anos iniciais após a Segunda Guerra Mundial. Com isso, estagnou-se a renda dos habitantes nos países em desenvolvimento por um período de quinze anos e, por conseguinte, emergiu o colapso dos regimes estatistas do bloco soviético (Bresser-Pereira, 1998:34).

A crise brasileira correspondeu a um caso paradigmático que integrou a crise ocorrida em nível mundial. O Brasil, no período de 1979 a 1994, passou por uma fase de

estagnação da renda *per capita* e de alta inflação, sem precedentes em sua história: os preços passaram a ser estabilizados apenas com a entrada em vigor do Plano Real, o qual passou a garantir as condições necessárias para a retomada do crescimento econômico (Bresser-Pereira, 1998:40).

O motivo principal dessa crise econômica foi a crise do Estado ocorrente em quase todo o mundo, que no Brasil foi especialmente acentuada. Essa crise iniciou-se em 1979 com o segundo choque do petróleo e se caracterizou pela perda da capacidade do Estado de coordenar o sistema econômico de forma complementar ao mercado. Da mesma forma que ocorreu nos demais países, essa crise definiu-se como uma crise fiscal, como uma crise do modo de intervenção do Estado e como uma crise da forma burocrática de administrar (Bresser-Pereira, 1998:40)

A crise fiscal caracterizou-se pela perda do crédito público e pela poupança pública negativa; a crise do modo de intervenção, pelo esgotamento do modelo protecionista de substituição de importações; e a crise da forma burocrática de administrar o Estado emergiu fortemente no final dos anos 80, em face do retrocesso burocrático representado pela Constituição Federal de 1998 (Bresser-Pereira, 1998:41).

É importante para a interpretação a idéia de que essa crise não era conseqüência de um Estado forte, mas de um Estado fraco em sua constituição. Ou seja, essa crise é conseqüência de um Estado que se tornou grande, porém fraco e incapaz de arcar com suas funções específicas de complementar e corrigir as falhas do mercado. O Estado foi enfraquecido e imobilizado pela crise fiscal, que é o resultado do crescimento distorcido e desordenado do aparelho do Estado.

A falta de capacidade do Estado para atender às modernas demandas sociais e acompanhar o desenvolvimento tecnológico conduziu ao *descrédito do planejamento estatal*. As dificuldades do Estado para conduzir o processo de modificação da economia e da vida nacional produziram quase que uma ausência de leis e abriram graves fendas por onde indivíduos e organizações criminosas foram introduzidos, com considerável poder corruptor, resultando no *descrédito do Estado* como instituição responsável pela manutenção de um estado de direito (Wilheim, 1999:17).

As empresas estatais que, primeiramente, revelaram um forte mecanismo de realização de poupança forçada, à medida que realizavam lucros monopolistas e os investiam, foram, aos poucos, vendo essa função se esgotar, demonstrando-se ineficientes ao adotar os padrões burocráticos de administração. Do mesmo modo, no que tange às atividades realizadas exclusivamente pelo Estado, como a oferta de serviços sociais de educação e saúde, a administração burocrática demonstrava ser ineficiente e incapaz de oferecer um atendimento com qualidade (Bresser-Pereira, 1998:35-36).

Nesse contexto de esfacelamento estatal, Sola (1999:26-35) apresenta ainda três dimensões articuladas concernentes à crise do Estado, quais sejam: a) a crise de Estado como (in) efetividade da lei; b) a crise de legitimação de um tipo de Estado característico de um capitalismo incompleto, desigual e combinado; c) a crise do Estado enquanto Estado nacional.

A crise do Estado como (in) efetividade da lei está ligada à ineficiência do Estado enquanto Estado democrático, isto é, em sua capacidade de exercer sua autoridade política e garantir a efetividade da lei de modo universal e equitativo por todo o território sob sua jurisdição.

Já a crise de legitimação de um tipo de Estado capitalista tem base histórico-estrutural. Trata-se de um processo de formação histórica do Estado, como ator constitutivo do processo de acumulação capitalista e de uma ordem social estabelecida nos quadros de um capitalismo que, além de periférico, é incompleto, internamente desigual e que, portanto, impede a diversificação estrutural.

No que diz respeito à crise de legitimação do Estado nacional, tem-se que, diante da escala global e da natureza dos processos de mudança com que a sociedade se defronta, o tratamento das relações entre estado e sociedade contém desafios analíticos e inéditos.

Nessa linha de raciocínio, Castells (2002) observa que o Estado é cada vez menos representativo no nacional e cada vez mais inoperante no global. Para esse autor, caso essas tendências se confirmem, a sociedade poderá desembocar em uma

justaposição generalizada de mercados globais enfrentando-se sobre as ruínas do Estado democrático e da sociedade civil.

Perante uma democracia em crise, a reforma do Estado brasileiro começou aos poucos a ser percebida como indispensável. Tendo se iniciado, de forma acanhada, nos anos 80 em meio a uma grande crise econômica que tem seu auge no início de 1990, quando o País passou por um episódio hiperinflacionário, percebeu-se que a necessidade da reforma era imperiosa.

2 O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado

A Reforma do Aparelho do Estado tornou-se necessária nos anos 90 não só porque era em uma resposta à crise generalizada do Estado, mas também porque se caracterizava como uma forma de defender o Estado enquanto coisa pública, enquanto patrimônio que, por ser público, é de todos e para todos (Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995).

Aparelho de Estado é a administração pública compreendida em sentido amplo. É a estrutura orgânica do Estado composta pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e, ainda, pelos três níveis da federação (União, Estados-membros e Municípios). O Estado, por sua vez, é mais extenso que o aparelho, porque compreende adicionalmente o ordenamento jurídico constitucional, que disciplina a conduta da população nos limites de um território (Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995).

A metamorfose da relação entre o Estado e a sociedade exigiu ampla reforma da Administração Pública com a finalidade de torná-la permeável e transparente aos cidadãos. Isso implicou a adaptação de sua estrutura e de seu funcionamento a distintos padrões gerenciais, técnicos e organizacionais e, sobretudo, no fomento de uma nova cultura de exercício da função pública. Ademais, levou-se em conta a obsolescência do modelo de organização centralizadora, peculiar do período desenvolvimentista, afirmando-se, contudo, o papel efetivo do Estado como agente socioeconômico, visando diminuir as desigualdades sociais (ENAP, 1994).

Uma primeira resposta à crise do Estado delineada nos anos 80, teve por base uma série inicial de reformas que não dependeu de mudança constitucional, cujo objetivo era estabelecer o ajuste estrutural macroeconômico, por intermédio de medidas de ajuste fiscal, de liberalização comercial e de liberalização de preços.

Somente a partir do Governo Fernando Henrique deu-se início às reformas no plano constitucional, incluindo a reforma do capítulo da CF que dispõe sobre a Administração Pública (conhecida como “reforma administrativa”). Inicia-se, ao mesmo tempo, um amplo processo de reforma da Administração Pública, que tem por base o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Esse plano constitui o diagnóstico da crise da Administração Pública brasileira e contém proposta de sua reforma no sentido de uma Administração Pública Gerencial.

Conforme as disposições contidas nesse plano, a Reforma Gerencial da Administração Pública, iniciada em 1995, está direcionada para a afirmação da cidadania no Brasil, através da adoção de formas modernas de gestão no Estado brasileiro, que possibilitem atender, de modo democrático e eficiente, às demandas da sociedade. Seu objetivo consiste em contribuir para o desenvolvimento do país e tornar viável uma garantia mais efetiva dos direitos sociais por parte do Estado.

No que diz respeito às diretrizes definidas no Plano Diretor, pode-se listar alguns projetos prioritários na reforma da Administração Pública: reforma da CF no capítulo da administração pública, aperfeiçoamento do sistema de serviços gerais do governo federal, programa de reestruturação e qualidade nos ministérios, programa de organizações sociais, a elaboração de projetos de leis complementares à reforma constitucional, programa de agências executivas, sistema de contabilidade gerencial, estabelecimento da rede do governo (intranet do governo federal), integração dos sistemas administrativos informatizados do governo federal, fortalecimento da internet como canal de comunicação do governo com os cidadãos, fortalecimento do núcleo estratégico por meio da política de carreiras, entre outros (Bresser-Pereira, 1998:205-206).

Dentre as propostas contidas na Reforma Gerencial, o que mais repercutiu nos governos estaduais e municipais refere-se à Emenda Constitucional (EC) que

reformulou o capítulo da Administração Pública. Sua importância decorre da profundidade da mudança institucional envolvida, possibilitando a implementação da Reforma Gerencial. Com ela, a população manifestou o desejo de ter um Estado mais moderno e mais eficiente (Bresser-Pereira, 1998:206).

Em um mundo globalizado, o contexto das novas realidades representa um desafio para a atuação do Estado democrático. Dessa forma, são indispensáveis novas alternativas que pretendam obter um Estado mais eficiente e mais eficaz no que concerne ao atendimento das necessidades básicas da população, motivo único pelo qual se justifica a criação e a existência deste mesmo Estado.

3 Objetivos da Reforma do Aparelho do Estado

A reforma do aparelho estatal brasileiro era condição necessária para a consolidação do ajuste fiscal e para a existência de um serviço público moderno no País, profissional e eficiente, voltado para o atendimento das necessidades dos cidadãos.

Considerada a crise do Estado e o irrealismo da proposta neoliberal do Estado mínimo, tornou-se necessário reconstruir o Estado de tal forma que ele não apenas assegurasse a propriedade e os contratos, mas também atuasse complementarmente ao mercado na coordenação da economia e na busca da redução das desigualdades sociais. Nesse contexto, foi necessário aprimorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, possibilitando-lhe uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil (Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, 1995).

De acordo com esse Plano Diretor, os objetivos da Reforma do Aparelho do Estado foram divididos em objetivos globais e específicos. São globais, por um lado, os objetivos visando aumentar a governança do Estado, limitar sua atuação às funções que lhe são próprias, transferir para os estados e municípios as ações de caráter local e transferir parcialmente para os estados as ações de caráter regional.

Por outro lado, são específicos os seguintes objetivos: a) *objetivos para o núcleo estratégico*: aumentar a efetividade do núcleo estratégico, modernizar a

administração burocrática e dotar o núcleo estratégico de capacidade gerencial; b) *objetivos para as atividades exclusivas*: transformar as autarquias e fundações que possuem poder de Estado em agências autônomas, substituir a administração pública burocrática pela administração gerencial e fortalecer práticas de adoção de mecanismos que privilegiem a participação popular; c) *objetivos para os serviços exclusivos*: transferir para o setor público não-estatal os serviços exclusivos, lograr maior autonomia e maior responsabilidade para os dirigentes desses serviços, lograr adicionalmente um controle social direto desses serviços por parte da sociedade, lograr maior parceria entre o Estado, a própria organização social e a sociedade a que serve e aumentar a eficiência e a qualidade dos serviços; e d) *objetivos para a produção para o mercado*: dar continuidade ao processo de privatização, reorganizar e fortalecer os órgãos de regulação dos monopólios naturais que forem privatizados e implantar contratos de gestão nas empresas que não puderem ser privatizadas.

Conforme observa Diniz (1997:201), uma verdadeira reforma do Estado deve pressupor, por um lado, uma visão de capacidade governativa com base no reforço dos mecanismos e procedimentos formais de prestação de contas ao público e, por outro, a institucionalização das práticas de cobranças, por parte dos beneficiários dos serviços públicos e dos organismos de supervisão e controle.

Para essa autora, algumas políticas têm sido desenvolvidas nessa direção, embora ainda seja prematuro avaliar se tais experimentos serão ou não encorajados e se terão efeitos sobre os estilos de gestão pública. No âmbito do governo federal, as câmaras setoriais propiciaram espaço para o desdobramento de um padrão tripartite de negociação, envolvendo os atores interessados e autoridades governamentais na busca de acordos para implementar políticas liberalizantes. Na esfera local, os conselhos municipais nas áreas de desenvolvimento urbano, transporte, habitação, saneamento e meio ambiente, bem como os exemplos de orçamento participativo ilustram experiências da boa governabilidade (Diniz, 1997:196).

Assim, a Reforma do Aparelho do Estado deve visar à eficiência da capacidade governativa em sentido amplo, envolvendo a capacidade de ação estatal na implementação das políticas e na consecução das metas coletivas. A reforma pretende obter um conjunto de mecanismo e procedimentos para lidar com a dimensão

participativa e plural da sociedade, o que implica expandir e aperfeiçoar os meios de interlocução e de administração do jogo de interesses.

A crescente complexidade da ordem social, juntamente com as novas condições internacionais, pressupõe um Estado dotado de maior flexibilidade, capaz de descentralizar funções, transferir responsabilidades e alargar, em lugar de restringir, o universo dos atores participantes, sem abrir mão dos instrumentos de controle e supervisão (Diniz, 1997:196).

As estratégias adotadas para enfrentar a crise não podem perder de vista a meta de consolidação democrática. Sob este aspecto é indispensável compatibilizar eficiência do Estado e aprimoramento da democracia, reduzindo a distância que há entre os poderes executivo e legislativo e o Estado e a sociedade, defende Diniz (1997:200). A complexidade dos problemas envolvidos requer o refinamento da análise, enfatizando-se a dimensão política e também a dimensão técnica no que diz respeito à caracterização da reforma do Estado.

O mundo moderno passou a exigir da Administração Pública o aprimoramento das suas relações com os indivíduos, no intento de que sejam prestados serviços à coletividade com qualidade e eficiência. Nesse contexto, cabe ao Estado reduzir seu tamanho para possibilitar que os vários segmentos da atividade econômica possam ser revitalizados pelos investimentos privados e pela própria dinâmica operacional do setor privado.

Em decorrência da fenda surgida na impossibilidade de o Estado atender plenamente às necessidades e aos anseios da sociedade na prestação de serviços públicos, alguns segmentos de inquestionável relevância pública passaram a ser compartilhados com o setor privado. A partir daí, em muitas ocasiões, a população passou a se defrontar com um serviço público relevante prestado por particulares de maneira deficiente e insatisfatória.

Com isso, ampliou-se o espaço para o nascimento do moderno conceito de Estado, direcionado para a concepção do bem-comum, preocupado com a qualidade dos serviços de interesse coletivo. Nesse sentido, a CF colocou o Estado como agente

normativo e regulador da atividade econômica, atribuindo-lhe as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, conforme dispõe o *caput* do art. 174, da Carta Magna.

Entretantes, reforçou-se a tarefa do Estado no sentido de elaborar e executar política regulatória das atividades próprias do Estado não prestadas por ele. Como consequência, dá-se o surgimento da figura das *agências reguladoras*, com a função de regular, controlar e fiscalizar a eficiência na prestação de serviços materialmente públicos e de traçar metas e objetivos para aprimorá-los, sempre representando e defendendo os beneficiários e os interesses da sociedade.

Em suma, a noção de eficácia do Estado implica não só aspectos ligados à competência e à eficiência da máquina estatal, mas também questões associadas à sustentabilidade política das decisões e à legitimidade dos fins que se pretende obter por intermédio da ação governamental. Desse modo, a reforma do aparelho do Estado objetiva não somente um melhor desempenho da máquina burocrática, com a elevação de seu nível técnico, mas também o reforço da responsabilidade do Estado em face das metas coletivas e das demandas básicas dos diferentes segmentos da população.

4 Agências Reguladoras

Conforme assinala Mendes (2002:107), *agência reguladora* é uma expressão importada do Direito Americano e indica uma espécie de órgão da Administração Pública ao qual compete a execução de uma atividade: a regulação. Para o autor, essa assertiva pouco ajuda no entendimento do fenômeno de implementação desse modelo regulatório, porque, após a crise das bases do liberalismo, sempre competiu ao Estado o exercício dessa atribuição.

O vocábulo *agência* não demarca qualquer instituto em especial em nosso Direito. Contudo, a expressão *agência reguladora* vem sendo usada de maneira quase consensual na legislação para se referir a esses novos órgãos responsáveis pela atuação estatal como agente regulador da economia. Inclusive, a Lei 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, usa o

termo *agência reguladora* como uma categoria jurídica bem demarcada (Paulo & Alexandrino, 2003:17-18).

As agências reguladoras são “**autarquias de regime especial, dotadas de considerável autonomia frente à Administração centralizada, incumbidas do exercício de funções regulatórias** (cf. Capítulo I) **e dirigidas por colegiado cujos membros são nomeados por prazo determinado pelo Presidente da República, após prévia aprovação pelo Senado Federal, vedada a exoneração *ad nutum***” (Aragão, 2002:275).

Para esse autor, as *agências reguladoras*, no Brasil, são tidas como um instituto novo no Direito Público, que surgiu somente a partir da década de noventa. Essa assertiva, se não é falsa, também não é de todo verdadeira. Se, de um lado, a descentralização da Administração Pública em mais de um centro de poder é um fenômeno muito mais extenso do que o aparecimento desses órgãos reguladores, não se pode desprezar a sua relevância, mormente do contexto da desestatização e desregulamentação em que surgiram (Aragão, 2002:263)

E segue o autor aduzindo que este contexto inovador faz com que diversos institutos e competências administrativas existentes em nosso Direito sejam reexaminados e atualizados em face das leis mais modernas de regulação da economia, cuja implementação, em geral, são realizadas pelas *agências reguladoras* por elas instituídas (Aragão, 2002:263).

De acordo com esse autor, sob o ponto de vista da estrutura administrativa, as *agências reguladoras* são novidade no Brasil mais pelo entendimento expressado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em época pretérita, do que por uma suposta rejeição do modelo pelo legislador (Aragão, 2002:264).

E, nesse sentido, registra que alguns anos atrás foram instituídas, por lei, diversas autarquias de regime especial a cujos administradores a lei limitava o poder de exoneração do Chefe do Poder Executivo ao fixar a sua nomeação (dos dirigentes) por mandato determinado. Entretanto, na época, o STF entendeu ser inconstitucional essa autonomia por violar o poder de direção do Presidente da República sobre toda a Administração Pública. Esse entendimento foi consolidado pela Súmula 25 da Corte

Suprema. Todavia, recentemente este entendimento foi reformulado no julgamento da liminar requerida na ADIN 1949-0 (Aragão, 2002:264).

As *agências reguladoras* do Brasil inspiraram-se em modelos jurídicos fundamentalmente diferentes do modelo brasileiro, o que gerou dúvidas sobre sua efetividade. Nesse particular, observa-se que cada país cria modelos apropriados às suas necessidades em relação aos problemas que deseja solucionar. Assim, foi necessário adequar o modelo das agências de regulação à realidade constitucional brasileira: adotou-se o paradigma francês de unidade administrativa, apesar de o arcabouço constitucional do Brasil ser inspirado no modelo norte-americano (Menezes, 2001:105).

Todas as *agências reguladoras* foram constituídas sob a forma de autarquias, tanto as federais quanto as estaduais e até mesmo as municipais, para serem especiais, peculiaridade essa que a distingue sobremaneira dos entes autárquicos tradicionais. Tal característica lhes atribui mais agilidade de ação, já que todas elas são revestidas de autonomia administrativa, financeira e funcional (Krause, 2001:27).

Referindo-se ao ressurgimento da *descentralização autárquica*, Moreira Neto (2001:147) assinala que esta “[...] depois de um certo declínio, ressurgiu, restaurada, como a melhor solução encontrada para conciliar a atuação típica de Estado, no exercício de manifestações imperativas, de regulação e de controle, que demandam personalidade jurídica de direito público, com flexibilidade negocial, que é proporcionada por uma ampliação da autonomia administrativa e financeira, pelo afastamento das burocracias típicas da administração direta e, sobretudo, como se exporá, pelo relativo isolamento de suas atividades administrativas em relação à arena político-partidária”.

As *agências reguladoras* estão diferenciadas em setoriais e multissetoriais. As primeiras são mais adequadas ao âmbito da União, pois não estão incumbidas de atividades de volume expressivo dadas as dimensões geográficas do país. Por sua vez, no âmbito dos estados, a maior parte das agências é multissetorial.

Essas entidades autárquicas, e todas sem exceção, além da direção colegiada, exercem papel fiscalizatório e têm por base indicadores de qualidade e indicadores econômicos. Vias de regra, as estaduais e municipais detêm maior ou menor

poder de autonomia, conforme a visão regulatória de cada ente da federação. Para que se efetive com sucesso o controle da atividade regulatória, algumas ainda carecem, por falta de regulamentação, do necessário exercício de poder de polícia e conseqüente aplicação de sanções (Krause, 2001:28-29).

A lei dota as agências reguladoras de recursos humanos próprios e orçamentários que lhes permitem realizar suas atividades de modo independente. Embora recentes, já começam a formar quadros técnicos no país voltados especificamente para a função regulatória. A maior parte dessas agências prevê um sistema de ouvidoria capaz de atender, com suficiente otimização, as demandas não só dos beneficiários, mas também das outras partes que compõem a relação contratual.

As primeiras agências reguladoras brasileiras foram criadas a partir do processo de desestatização dos serviços públicos ocorrido na década de noventa. Apenas posteriormente começaram a ser criadas as demais agências reguladoras voltadas para as *atividades econômicas em sentido estrito*. Neste particular, bem é de ver que Grau (1997:131) considera a expressão *atividade econômica* como gênero que compreende duas espécies: *serviço público* e *atividade econômica*. Para esse autor, *atividade econômica em sentido amplo* conota gênero e *atividade econômica em sentido estrito*, a espécie.

No que diz respeito à regulação dos serviços públicos, Aragão (2002:267) observa que “[...] as agências reguladoras foram, em um primeiro momento, adotadas no Brasil em decorrência da desestatização de serviços públicos, o que está muito longe de significar que sejam por essência um instrumento de desregulação ou da desestatização,¹¹ até mesmo porque logo começaram a ser criadas agências reguladoras, não mais de serviços públicos, mas de atividades econômicas *stricto sensu*, que propiciaram um aumento da intervenção estatal sem precedentes nestes setores (por exemplo, a regulação da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS sobre os planos de saúde privados).¹²”.

Em suma, diferentemente dos outros órgãos que integram a Administração Pública Federal, as agências reguladoras foram projetadas para exercer um papel técnico

e não político, por conseguinte, revestidas de autonomia, tanto elas quanto o colegiado que as dirige e é aí que deve residir sua peculiaridade no direito brasileiro.

CAPÍTULO III

A TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE

1 Considerações Gerais

O direito à saúde como direito fundamental está previsto genérica e expressamente no art. 6º da CF (juntamente com os demais principais direitos fundamentais sociais) e, de forma específica, nos arts. 196 a 200, que contêm diversas regras sobre esse direito. O direito à saúde apresenta-se como um direito prestacional, uma vez que reclama uma postura ativa dos poderes públicos, no sentido de promover políticas públicas que lhe confirmem real efetividade.

Caracterizando o direito à saúde como direito social de cunho defensivo e prestacional, Sarlet (2002:7) assevera que o direito à saúde pode ser considerado, à luz do caso concreto, como direito de defesa, no sentido de impedir ingerências indevidas por parte do Estado e de terceiros na saúde do titular, quanto como direito a prestações, impondo ao Estado a realização de políticas públicas que busquem a efetivação desse direito.

Nessa linha de raciocínio, Dallari (1995:30) observa que a CF estabeleceu critérios para que o conceito de saúde seja corretamente determinado em seu texto e vinculou a sua realização às políticas sociais e econômicas e ao acesso às ações e serviços destinados não só à sua recuperação, mas também à sua promoção e proteção.

Sob essa perspectiva, o conceito de saúde compreende a ausência de doença aliada ao bem-estar, e esse último deriva da concretização de adequadas políticas públicas. Tudo isso é salvaguardado pela garantia de acesso universal e igualitário a todas as ações e serviços que intentam a promoção, proteção e recuperação da saúde, em concordância com os valores fundamentais eleitos pelo constituinte ao instituir um Estado democrático, cuja função consiste em assegurar o exercício dos direitos sociais, o bem-estar e a igualdade.

No que tange às disposições da CF que se referem à saúde, Atche (2002:57-58) escreve que o “art. 21 da Lei Maior, que delimita a competência privativa da união, contém disposições que afetam diretamente à saúde [...]. Tratando da competência comum da União, dos Estados e dos Municípios, o art. 23, inciso II, da Constituição brasileira de 1988, elenca como atribuição desses entes federativos cuidar da saúde e assistência pública. [...]. Por derradeiro, cabe mencionar o art. 24 da Carta de 1988 que, ao tratar da competência concorrente, traz no seu inciso VI, a possibilidade de legislar sobre o controle de poluição ambiental e de proteção do meio ambiente, medidas essas que repercutem diretamente na saúde da população”.

A atual Constituição ainda inovou ao inserir, no seu art. 196, a saúde como direito de todos e dever do Estado, que será garantido por meio de políticas sociais e econômicas, visando à redução dos riscos de doenças e de outros agravos, mediante o acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos para a promoção, a proteção e a recuperação da saúde.

Esse dispositivo constitucional esclarece o disposto nos arts. 1º, inciso III; 3º, inciso IV; 5º, *caput*; e 6º, todos da CF. O inciso III do art. 1º trata de um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana; o inciso IV do art. 3º, alude a um dos objetivos fundamentais da República, qual seja, o bem de todos os cidadãos; o *caput* do art. 5º versa sobre a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade e à segurança, abrangendo esta o direito à integridade física e moral, e à saúde; por fim, o art. 6º cuida da saúde como direito social.

Harmonizando-se com o texto constitucional, a Lei 8.080, de 19 de dezembro de 1990, a chamada Lei Orgânica da Saúde (LOS), alterada pelas Leis 9.836 e 10.424, respectivamente, de 23 de setembro de 1999 e 15 de abril de 2002, e complementada pela Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, estabelece que a saúde é direito fundamental do ser humano.

Determina, ainda, a LOS que o Estado deve prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do SUS; que o dever do Estado de garantir a saúde consiste na reformulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e outros agravos, e ao estabelecimento de condições que

asseguem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços de proteção, defesa, promoção, prevenção, preservação e recuperação da saúde.

No mesmo diapasão, essa lei estabelece que as políticas sociais e econômicas protetoras da saúde individual e coletiva são as que atuam diretamente sobre os fatores determinantes e condicionantes da saúde, como a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

A LOS estatui, ainda, que é dever do Estado prover as condições indispensáveis ao exercício do direito do cidadão à saúde e não exclui o dever das pessoas, família, das empresas e da sociedade. E, ainda, dizem respeito também à saúde as ações que se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Em comentários à LOS, Carvalho & Santos (1992:57) anotam que, agora, temos a CF e LOS a dispor sobre o direito do cidadão à saúde e a exigir do Estado o dever de assegurá-lo diretamente, por meio de assistência médica e hospitalar e ações preventivas, ou indiretamente, mediante a realização de políticas econômicas e sociais que condicionam e determinam o estado de saúde individual e coletiva. E que o reconhecimento desse direito é um progresso, resultado da insistência e da conscientização da sociedade para manifestar-se, definindo as suas carências e pugnando pelos seus interesses.

A caracterização social da saúde é uma idéia mundialmente acatada com destaque para as propostas das últimas décadas. A própria reforma sanitária de forma ampla discutiu essa questão. Mas, não se pode discutir a saúde sem discutir suas determinantes e condicionantes. A idéia de saúde como corolário de questionamentos extra-setoriais mais amplos é antagônica à idéia de que a doença (ausência e saúde) é a causa de perturbação e mudança em outros setores. A “política do Jeca Tatu” é o exemplo típico da formação de idéias equivocadas: Jeca era pobre, porque era doente. A causalidade é exatamente inversa: a pobreza, a deficiência na alimentação, a moradia, o saneamento, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer são as causas básicas da doença, ou a ausência de saúde (Carvalho & Santos, 1992:60).

Desse modo, por integrar o rol dos direitos sociais e estar intimamente vinculado ao direito à vida e ao princípio da dignidade humana, inexistem dúvidas quanto a fundamentalidade do direito à saúde (Atche, 2002:55) e à sua tutela constitucional.

2 O Atual Estado da Saúde no Brasil

O SUS, criado em decorrência da pressão realizada pelo “movimento da reforma sanitária”, é a atual instituição federal responsável pela promoção da saúde para a população, cujos preceitos fundamentais estão previstos na CF. A direção do SUS é única e é exercida no âmbito federal pelo MS, no âmbito estadual pela Secretaria Estadual de Saúde (SES) e no âmbito municipal pela Secretaria Municipal de Saúde (SMS).

O atual sistema de saúde público no Brasil, de acordo com Mendes (1998a:16), é fruto da legislação constitucional e infraconstitucional. Incorporaram-se ao SUS cerca de 50 milhões de brasileiros que, no modelo médico-assistencial privatista, eram atendidos pela medicina simplificada no sistema estatal. Assim, desapareceu a diferença entre os que possuíam a carteira do Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS), e tinham acesso a serviços de melhor qualidade, e os indigentes sanitários.

Também foram incorporados ao SUS parte significativa da mão de obra menos qualificada e trabalhadores de pequenas e microempresas, até então atendidos no sistema previdenciário e que não tinham condições de acessar os planos e seguros privados de saúde. Esse sistema foi desenvolvido no intento de descentralizar e de integralizar a assistência, reduzindo as desigualdades sociais e oferecendo uma capacidade efetiva dos serviços de saúde à população brasileira.

Em um primeiro instante, não há dúvida de que a implementação do SUS significou para milhões de brasileiros pobres o ingresso na portabilidade dos direitos sanitários, o que representa um fato extremamente positivo. Esses pobres, outrora indigentes e atendidos por políticas compensatórias de medicina simplificada, tornaram-se os principais beneficiários do SUS.

Entretanto, é importante ressaltar que os efeitos redistributivos do SUS esgotaram-se rapidamente por intermédio da incorporação imediata desses milhões de brasileiros ao novo sistema universal (Mendes, 1998a:16). Desse modo, se por um lado a implantação do SUS trouxe benefícios para uma parcela considerável de brasileiros que estava privada de um atendimento adequado em relação à saúde, por outro lado constatou-se a escassez de recursos para fazer frente ao aumento das despesas.

Nesse contexto, emerge como um desafio para o Estado e para os profissionais de saúde fazer com que o direito à saúde deixe de ser uma promessa constitucional e se torne realidade para o cidadão, sobretudo, para aquele que não possui recursos suficientes para custear seu próprio tratamento (Atche, 2002:70).

Conforme Mendes (1998b:24), pode-se afirmar que o sistema de saúde brasileiro não é único, mas é um sistema plural, denominado pelo autor de “modelo segmentado”, o qual é composto por três sistemas, a saber: o sistema público, representado pelo SUS; o sistema privado de atenção médica supletiva e o sistema privado da medicina legal. Os dois últimos constituem modelos de livre mercado, e o SUS possui elementos do sistema público e do monopólio estatal. Para o autor, esses três sistemas se inter-relacionam, especialmente por meio da concessão de subsídios cruzados, constituindo, no seu conjunto, um sistema ineficaz e insuficiente.

Assim, verifica-se que, atualmente, o que predomina ainda no Brasil, em termos de assistência à saúde pelo Estado, é o modelo da prática hospitalar, o individualismo e a utilização irracional dos recursos tecnológicos disponíveis no mercado. No entanto, o setor saúde no Brasil vem passando por alterações, num processo que se convencionou chamar de reforma da saúde ou reforma sanitária.

Dessa forma, para diagnosticar e resolver problemas estruturais que contribuem para os custos crescentes, baixa efetividade e desigualdades dos sistemas de saúde, está sendo implementado no País o Programa de Saúde da Família (PSF), que é um instrumento de reorganização do SUS e de municipalização da saúde. O programa é constituído de equipes de saúde formadas por médicos, enfermeiros, auxiliares de enfermagem e agentes comunitários de saúde, diretamente ligados a uma unidade de

saúde com o fim de prestar assistência integral a todos os membros de cada família (Ministério da Saúde, 1999).

A estratégia do PSF possibilitou a busca de uma nova dinâmica para a reestruturação dos serviços de saúde, interagindo a comunidade com os diversos níveis assistenciais oferecidos. A efetiva implantação do programa pretende estabelecer estratégias que possibilitem a busca da integralidade da assistência e a criação de compromisso e de responsabilidade compartilhados entre os serviços de saúde e a população (Ministério da Saúde, 1999).

Através do PSF, o modelo de atenção à saúde, que ainda é intensamente hospitalocêntrico, ou seja, prioriza a saúde curativa praticada no ambiente hospitalar, está assumindo, aos poucos, uma nova configuração, com o foco voltado para a prática preventiva por meio da atenção primária.

3 O Marco Regulatório da Saúde Suplementar no Brasil

Desde a promulgação da CF de 1988 até o advento da Lei 9.656, de 1998, que disciplinou a atividade de saúde suplementar no Brasil, a chamada assistência médica suplementar ficou quase dez anos sem regulamentação, período em que o consumidor ficou órfão da necessária tutela pública e refém de inúmeras práticas abusivas realizadas pelos agentes econômicos do setor.

De acordo com Bahia (2001:325), a expressão *assistência médica suplementar* tem origem em classificação fartamente utilizada pelas empresas de seguros para organizar as diversas espécies de contratos de seguros. Segundo essa autora, os contratos de seguros são classificados da seguinte forma: “**Alternativo:** permite a opção para que o cidadão escolha um seguro público ou privado. **Complementar:** supõe a existência e a limitação de cobertura do sistema público. O seguro privado complementa a cobertura de determinados serviços. **Suplementar:** existe um serviço público de caráter obrigatório e é permitida a opção de pagar um seguro privado a despeito da manutenção da obrigatoriedade da contribuição para o seguro social”.

Em razão da comprovação do crescimento do número de beneficiários de planos privados de assistência à saúde e da omissão da CF e da LOS que “ignoraram” a existência e a necessidade de regulamentação do setor, surgiram inúmeras iniciativas dos poderes legislativo e executivo federal e estadual, de entidades profissionais e de órgãos governamentais voltadas à elaboração de um regime jurídico para a assistência suplementar (Bahia, 2001:325).

Nesse contexto, o “[...] tema adquiriu maior visibilidade com a divulgação na imprensa de problemas de restrição de cobertura e com a intervenção do Judiciário, das entidades de defesa do consumidor e dos médicos em casos de negação de atendimento de clientes de planos e seguros. [...]” (Bahia, 2001:325).

A primeira tentativa de controlar os abusos praticados no setor foi realizada pelo Conselho Federal de Medicina (CFM), que editou a Resolução 1.401, de 11 de novembro de 1993, mediante a qual determinava às empresas que comercializavam planos e seguros de assistência privada à saúde a cobertura de todas as enfermidades previstas na Classificação Internacional de Doenças, sob pena de cancelamento do registro e demais medidas administrativas cabíveis (Schaefer, 2003:24).

Tendo conhecimento de que a complicada relação de consumo entre agentes econômicos e consumidores de planos de saúde não poderia mais ser protegida por um ponto de vista puramente individualista, consensualista e liberal, o legislador brasileiro editou a Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, que entrou em vigor em 2/9/98 (**vacatio legis** de 90 dias) já alterada pela Medida Provisória 1.685, de 29 de junho de 1998 (Schaefer, 2003:25).

Essas normas legais, desde sua promulgação, já previam a existência de um órgão regulador da atividade de saúde suplementar (a ANS foi criada pela Medida Provisória 1.928, de 25 de novembro de 1999, que, reeditada na Medida Provisória 2.012-2, de 30 de dezembro de 1999, foi regulamentada pelo Decreto 3.327, de 5 de janeiro de 2000, e foi instalada em 6 de janeiro de 2000), afirma Cunha (2003:90).

Nesse contexto, a Lei 9.961, de 2000, resultante da conversão da MP 1.928, de 1999, instituiu a ANS ao lado do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) – órgão

normativo composto por Ministro de Estado e integrante da estrutura orgânica do MS –, competentes para supervisionar a execução de políticas de saúde, aprovar o contrato de gestão da ANS e fixar normas para constituição, organização, funcionamento e fiscalização das operadoras de planos privados de assistência à saúde (Cunha, 2003:90).

Após a vigência da Lei 9.656, de 1998 e antes da criação e instalação da ANS, a fiscalização das operadoras de planos privados de assistência à saúde, sob o aspecto assistencial, foi atribuída ao Departamento de Saúde Suplementar, do MS. Por sua vez, a fiscalização relativa ao aspecto econômico-financeiro foi atribuída à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) – autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda (MF) –, evidenciando-se, desta maneira, duas vertentes de fiscalização e dois órgãos federais diversos para exercê-la no mesmo setor. Somente após a criação da ANS, a competência para regular, controlar e fiscalizar essa atividade econômica, em todos os aspectos, passou a ser exercida por este último órgão regulador.

Referindo-se à complexidade do mercado de saúde suplementar, Ribeiro (2001:424) afirma que “[...] as estratégias regulatórias implementadas e em formulação seguem as características básicas do modelo proposto por Ayres & Braithwaite (1992). O universalismo normativo guarda consonância com as atribuições da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, vinculada ao Ministério da Saúde, em que a aplicação de multas e o acompanhamento da produção industrial e de serviços ocupam o centro da atuação. O tripartismo se manifesta nos organismos colegiados com funções regulatórias, que incorporam representantes de empresas, profissionais de saúde e usuários, como a Câmara de Saúde Suplementar. A formação de agência regulatória estatal e a seletividade na atividade regulatória dependem de interações repetidas e prolongadas entre governo, grupos públicos e empresas em um novo ambiente regulador”.

Para o autor citado, essa nova regulamentação se concentrou basicamente na padronização de parte dos serviços ofertados e na organização de um sistema regulatório eficiente. Medidas adicionais, tais como o controle da seleção de risco e a exigência de garantias financeiras, nos moldes semelhantes aos exigidos pela SUSEP, visam melhorar a posição dos consumidores no setor (Ribeiro, 2001:424).

Segundo essa legislação federal, marco regulatório do setor, submetem-se às suas disposições todas as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos privados de assistência à saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade (Lei 9.656, de 1998, art. 1º).

Por outro lado, essa lei define plano privado de assistência à saúde como a “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando à assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor” (Lei nº 9.656/1998, art. 1º, inciso I).

Já as operadoras de planos privados de assistência à saúde são definidas pela lei como sendo toda e qualquer “pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato [...]”, definido no inciso I desse artigo (Lei nº 9.656/1998, art. 1º, inciso II).

4 A Agência Nacional de Saúde Suplementar

Como visto, a ANS foi criada pela MP 1.928, DE 1999 (essa medida de urgência foi reeditada pela Medida Provisória 2.003-1, de 14 de dezembro de 1999, e pela Medida Provisória 2.012-2, de 1999, que foram, posteriormente, convertidas na Lei 9.961, de 2000), em meio a uma conjuntura que exige a modernização da Administração Pública, por intermédio de uma reforma estatal que se propõe a aumentar a qualidade e eficiência dos serviços públicos.

Além disso, foi desenvolvida em consonância com o processo de evolução da regulamentação do mercado de planos privados de assistência à saúde, que teve como marco regulatório a promulgação da Lei 9.656, de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde.

A ANS é uma autarquia especial, vinculada ao MS, que atua de forma unissetorial, exercendo atividade regulatória frente ao seu objeto, com competência delegatória supletiva, dotada de diretoria colegiada com mandato. Sua missão institucional é promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país. Essa missão pode ser resumida nos seguintes pontos:

a) a defesa da economia popular, por meio de mecanismos que assegurem a estabilidade econômico-financeira das operadoras ao longo do tempo;

b) a defesa do mercado de saúde suplementar, pela coibição de concorrência desleal ou a realizada por meio de instrumentos ilegais;

c) a defesa dos prestadores de atendimento ambulatorial, hospitalar e odontológico, por meio da confiança de que os atendimentos realizados aos consumidores em nome das operadoras serão pagos, em virtude dessas estarem sob maior controle;

d) a defesa do consumidor, por meio da coibição de abusos das operadoras - inclusive no tocante à majoração indiscriminada de preços e ao atendimento inadequado -, assegurando-se a observância de seus direitos;

e) a defesa dos recursos públicos aplicados no setor saúde, por meio do reembolso das despesas do SUS, com pacientes que disponham de cobertura em seus planos de assistência à saúde; e

f) em última instância, a defesa do direito à saúde como consectário do direito à vida, sobrepujando-o ao interesse puramente econômico.

Conforme dispõe a lei de criação da ANS, a natureza jurídica de autarquia especial que lhe foi conferida é caracterizada pela autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes (Lei 9.961/2000, art. 1º)

A estrutura organizacional da ANS é formada por uma diretoria colegiada, composta por cinco membros, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, com mandato determinado e contrato de gestão firmado com o MS. A ANS deve contar, também, com uma procuradoria-geral, uma corregedoria e uma ouvidoria, além de unidades especializadas incumbidas de diferentes funções, de acordo com o regimento interno. A ANS conta também, com a câmara de saúde suplementar - que assegura a presença de diversos representantes do executivo e de entidades representativas do setor regulado -, a qual possui caráter permanente e consultivo (Lei 9.961, de 2000, art. 5º).

Sobre o desenho institucional das agências reguladoras, Costa *et alli* (2002:142) ressaltam que “um aspecto relevante está na adoção do modelo autárquico especial, e a autonomia daí decorrente, que repercute no grau de isolamento dos diretores nomeados. Embora as durações dos mandatos variem, assim como a possibilidade de recondução, existem cláusulas de estabilidade nas funções, regulamentos destinados a isolar as relações entre os diretores e agentes econômicos e atores políticos, no setor. Este grau de isolamento mostra-se marcante quando comparado com as amplas funções, desempenhadas pelas agências. Com exceção da ANVISA, onde está explícita a exoneração do Diretor-Presidente, no caso de descumprimento do contrato de gestão com o Ministério da Saúde, não está plenamente estabelecido o grau de controle do executivo e do legislativo sobre estes organismos; a ANATEL e a ANEEL, por sua vez, apresentam uma interface larga com a sociedade”.

Seguindo esse desenho institucional, o legislador brasileiro atribuiu à ANS competência para estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras (inciso V); autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, conforme os parâmetros e diretrizes gerais fixados conjuntamente pelo MF e pelo MS (inciso XVII); articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde (inciso XXXVI), entre outras competências (Lei 9.961, de 2000, art. 4º).

No entanto, o desempenho dessas competências não seria possível se esse novo ente regulador, a exemplo dos seus precursores, não fosse dotado da necessária fonte de recursos para implementar satisfatoriamente seus objetivos. Tornou-se imperioso, então, dotá-la dos recursos imprescindíveis e compatíveis com sua atuação em todo o território nacional. Assim, o legislador brasileiro estabeleceu no art. 17 da Lei 9.961, de 2000, as seguintes receitas:

I – o produto resultante da arrecadação da Taxa de Saúde Suplementar de que trata o art. 18;

II – a retribuição por serviços de quaisquer natureza prestados a terceiros;

III – o produto da arrecadação das multas resultantes das suas ações fiscalizadoras;

IV – o produto da execução da sua dívida ativa;

V – as dotações provenientes do Orçamento-Geral da União, créditos especiais, créditos adicionais, transferências e repasses que lhe forem conferidos;

VI – os recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados com entidades ou organismos nacionais e internacionais;

VII – as doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;

VIII – os valores apurados na venda ou aluguel de bens móveis e imóveis de sua propriedade;

IX – o produto da venda de publicações, material técnico, dados e informações;

X – os valores apurados em aplicações no mercado financeiro das receitas previstas neste artigo, na forma definida pelo Poder Executivo;

XI – quaisquer outras receitas não especificadas nos incisos I a X deste artigo.

[...].

(grifo nosso).

Obviamente, neste trabalho, não se pretende analisar cada uma dessas receitas, mas apenas desnudar os mais relevantes aspectos jurídicos de uma delas, ou seja, do *produto resultante da arrecadação da TSS* (tributo). Em outras palavras, pretende-se analisar a juridicidade de seu antecedente – a TSS –, uma vez que é o seu conseqüente que constitui receita da Autarquia (o produto de sua arrecadação).

Dessa maneira, é imprescindível que se apresente, dentro do universo dessas receitas, em que medida a TSS contribui, em termos financeiros, para mover a máquina administrativa da ANS no exercício de sua sagrada atuação fiscalizadora.

Segundo dados da ANS disponíveis no site <http://www.ans.gov.br/portal/site/transparencia/Cont_Publicas_Det.aps>, de janeiro de 2000 a dezembro de 2003, foram recolhidos aos cofres da Agência, a título de TSS,

R\$112.759.369,58 (cento e doze milhões, setecentos e cinquenta e nove mil, trezentos e sessenta e nove reais e cinquenta e oito centavos), dos quais *R\$42.028.423,04* (quarenta e dois milhões, vinte e oito mil, quatrocentos e vinte e três reais e quatro centavos) em 2000, *R\$30.120.698,24* (trinta milhões, cento e vinte mil, seiscentos e noventa e oito reais e vinte e quatro centavos) em 2001, *R\$20.494.047,92* (vinte milhões, quatrocentos e noventa e quatro mil, quarenta e sete reais e noventa e dois centavos) em 2002 e *R\$20.116.200,38* (vinte milhões, cento e dezesseis mil, duzentos reais e trinta e oito centavos) em 2003.

Por outro lado, no mesmo período, foram distribuídas 277 ações judiciais cujos objetos, em regra, versam sobre a suspensão da exigibilidade da TSS e, incidentalmente, sobre o reconhecimento de sua ilegalidade e inconstitucionalidade.

Desse total, 188 ações judiciais foram distribuídas em 2000; 75, em 2001; doze, em 2002; e duas, em 2003. Esses dados demonstram que, ao longo dos anos, os contribuintes estão se conformando, em face das derrotas que vêm sofrendo nessas demandas judiciais, em recolher o tributo sem questioná-lo (conforme dados fornecidos pela Procuradoria Federal junto à ANS).

CAPÍTULO IV

TAXA NO DIREITO BRASILEIRO

1 Conceito Legal

Os primeiros estudos científicos sobre a taxa iniciaram em 1832. Kurt Heinrich Rau apresentou, pela primeira vez, uma teoria científica sobre a taxa, preocupando-se com seu conceito. Em sua obra denominada *Princípios de Ciência das Finanças*, esse autor apontou a existência, na taxa, de uma *contraprestação de serviço essencial do Estado*, ligada a um *interesse público* (Moraes, 1968:8).

Na década de 30, o conceito de taxa já ganhara um aspecto *econômico, político e jurídico*. O decorrer dos anos possibilitou que se chegasse ao conceito de taxa através de seu centro medular, o que evidenciou ser ela um tributo especial que se paga ao Estado em razão de uma atividade específica exercida pelo poder público e relativa ao contribuinte (Moraes, 1968:10).

A primeira conceituação legal de taxa no Brasil foi introduzida por meio do Decreto-Lei 1.804, de 24 de novembro de 1939, e repetida no Decreto-Lei 2.416, 17 de julho de 1940. Severamente criticada, essa conceituação só teve suas deficiências eliminadas com a EC 18, de 1º de dezembro de 1965, bem como com a vigência da Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), que adotou a divisão tripartite dos tributos e, em seus arts. 77 e 81, fixou os conceitos das espécies tributárias.

Com a promulgação da CF de 1988, o texto constitucional anterior foi conservado e melhorado, passando a vigor nos seguintes termos:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

[...]

II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

[...]

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

Acerca do § 2º do artigo supracitado, Coêlho (2003:350) observa que esse dispositivo “ostenta redação singela e objetiva, melhor que a Constituição de 1967, que preceituava não poder a taxa ter base de cálculo idêntica à dos impostos previstos naquela Carta outorgada. Agora, a redação está cientificamente correta [...]”.

E prossegue esse autor aduzindo que a redação é correta “[...] por que coloca a questão em campo abrangente. A taxa, qualquer taxa, não pode ter base de cálculo de imposto enquanto espécie. Qual a *ratio* da norma? Sem mais, a onipresente realidade da teoria dos fatos geradores vinculados e não-vinculados a uma atuação estatal a permear o Sistema Tributário da Constituição. A regra vigia a repartição de competências tributárias” (Coêlho, 2003:350).

2 Conceito Doutrinário

O conceito doutrinário de taxa não é pacífico entre os estudiosos, mas o conceito que se tornou clássico e vem sendo adotado pela jurisprudência de maneira quase uniforme é o que reconhece na taxa um tributo vinculado a uma atuação estatal.

Nesse sentido, Carrazza (2003:469) ressalta que a “[...] taxa é o tipo de tributo que seguramente mais divergências suscita entre os estudiosos. Tanto isto procede, que não há consenso quanto à sua definição, nem seu exato enquadramento entre as espécies tributárias”.

Para esse autor, em regra, tem-se entendido que a taxa é uma obrigação **ex lege** que se origina da realização de uma atuação estatal relativa, especificamente, ao contribuinte, ainda que não seja por ele requerida ou, até mesmo, lhe seja desvantajosa. E, ainda, que as “[...] taxas são tributos que têm por hipótese de incidência uma atuação estatal diretamente referida ao contribuinte. [...]” (Carrazza, 2003:469).

Para Moraes (1976:57), “[...] a taxa vem a ser tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação dependente da atividade estatal específica, dirigida ao contribuinte, seja em razão do exercício de poder de polícia, seja em razão da utilização, efetiva ou potencial, de um serviço público específico e divisível [utiliza-se aqui a noção de serviço público específico e divisível no âmbito do direito, em especial do

direito tributário, não se confundindo com a idéia de bem público utilizada pela ciência econômica] prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Seu contribuinte e sua base de cálculo devem estar ligados ao aludido pressuposto material”.

Referindo-se ao sistema de discriminação de renda da Carta Federal de 1969, Baleeiro (1983:323-324), por seu turno, assinala que “há um conceito financeiro de taxa pacificamente aceito pela doutrina e consagrado tanto pela Constituição brasileira quanto pelos tribunais mais importantes do país, a despeito do inacabado da teoria e dos equívocos de algumas versaões do assunto”.

Prosseguindo, afirma que as polêmicas não afetam esse conceito, cuja fixação é necessária ao entendimento do sistema de discriminação de rendas, que pressupõe o gênero tributo, composto pelas espécies imposto, taxa, contribuição de melhoria e contribuições especiais, inconfundíveis entre si (Baleeiro, 1983:324).

Tendo em vista essa assertiva, define taxa como “o tributo cobrado de alguém que se utiliza de serviço público especial e divisível, de caráter administrativo ou jurisdicional, ou o tem à sua disposição, e ainda quando provoca em seu benefício, ou por ato seu, despesa especial dos cofres públicos” (Baleeiro, 1983:324)

Mas é Ataliba (2002:132) que, através de uma classificação das espécies tributárias, ensina-nos que os tributos podem ser *vinculados* ou *não-vinculados* em função da natureza de seu fato gerador.

Para esse autor, tributos *vinculados* seriam aqueles cujo fato gerador (que ele denomina hipótese de incidência) consiste numa atividade estatal (taxas e contribuições) e *não- vinculados* aqueles cujo fato gerador é um fato ou um acontecimento qualquer não consistente numa atividade estatal.

Em virtude dessa classificação, define taxa como sendo o “[...] tributo vinculado cuja hipótese de incidência é sempre uma atuação qualquer do estado, atual ou potencial, direta e imediatamente referida ao obrigado” (Ataliba, 1970:480; 1969:46).

3 Principais Elementos Caracterizadores da Taxa

A taxa possui os seguintes principais elementos característicos: o *sujeito ativo*, o *sujeito passivo*, o *fato gerador*, a *base de cálculo* e a *alíquota*. Do concurso desses elementos, resulta não só a incidência do tributo, mas a sua própria natureza jurídica. Alteração em qualquer deles o descaracteriza e o transforma em outro diferente, modificando sua classificação tributária.

3.1 Sujeito Ativo

O *sujeito ativo* da obrigação tributária é a pessoa jurídica de direito público interno competente para exigir tributo. Segundo Torres (1998:216), “é a pessoa jurídica de direito público titular da competência para exigir o seu cumprimento”. Para esse autor, as “Autarquias também podem ocupar o pólo ativo da relação tributária, pois se lhes estende o conceito de Fazenda Pública e se lhes atribui competência para a cobrança das contribuições especiais. [...]” (Torres, 1998:216) e, acrescente-se, de taxas.

3.2 Sujeito Passivo

O *sujeito passivo* da obrigação tributária é o devedor, consensualmente denominado contribuinte. É a pessoa, física ou jurídica, que fica na incerteza de atuar conforme o objeto da obrigação, em prejuízo do próprio patrimônio e em favor do sujeito ativo. É a pessoa que terá redução patrimonial, com a arrecadação do tributo (Ataliba, 2002:86).

3.3 Fato Gerador

O *fato gerador* da obrigação tributária é “[...] o fato, o conjunto de fatos ou o estado de fato, a que o legislador vincula o nascimento da obrigação jurídica de pagar um tributo determinado” (Falcão, 1971:26-27).

Para esse autor, são relevantes para a caracterização do fato gerador os seguintes elementos: a) a previsão em lei; b) a circunstância de constituir o fato gerador,

para o direito tributário, um fato jurídico, na verdade um fato econômico de relevância jurídica; c) a circunstância de tratar-se do pressuposto de fato para o surgimento ou a instauração da obrigação **ex lege** de pagar um tributo determinado.

Ataliba (1978a:47), por seu turno, ensina que fato gerador “é a descrição genérica e hipotética de um fato, é um conceito legal, está no mundo abstrato, intangível, insensível, e intocável do direito. A hipótese de incidência contém, em abstrato: a designação dos sujeitos ativo e passivo de uma obrigação; o critério para a fixação do momento da configuração do fato; a eventual previsão genérica de circunstância de modo e de lugar e o critério genérico de mensuração da base impositiva”; “[...] é primeiramente a descrição legal de um fato: é a formulação hipotética, prévia e genérica, contida na lei, de um fato (é espelho do fato, a imagem conceitual de um fato; é seu desenho)” (Ataliba, 2002:58).

No estudo dos elementos característicos da taxa, o fato gerador merece atenção especial, a fim de se estabelecer a espécie de taxa e sua natureza jurídica, pois segundo o CTN, “a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação” (Lei 5.172, de 1966, art. 4º).

Os tributos, já se frisou, no que concerne ao fato gerador, distinguem-se em vinculados ou não-vinculados e esse liame refere-se a uma atividade estatal. Assim, as taxas, porquanto relacionadas diretamente a essa atuação estatal, caracterizam-se por ser um tributo vinculado a um serviço público específico e divisível ou ao efetivo exercício do poder de polícia.

É com base na caracterização do fato gerador que serão definidos os sujeitos passivos, que são as pessoas - físicas ou jurídicas - diretamente envolvidas na atuação estatal como beneficiários do serviço ou como fiscalizados no caso da atividade de polícia. É também com base no fato gerador que se definirá a base de cálculo, que deve funcionar, tanto quanto possível, como fator para medição econômica da taxa.

A taxa é um tributo cujos fatos geradores constituem atuações estatais referidas ao sujeito passivo. A sua base de cálculo só pode mediar tais atuações. Entre a base de cálculo e o fato gerador dos tributos há uma relação de inerência quase carnal

(*inhaeret et ossa*), uma relação harmônica. Não fosse assim, estaria instalada a confusão e o arbítrio com a prevalência da mera denominação formal sobre a ontologia jurídica e conceitual dos tributos, base científica do Direito Tributário (Coêlho, 2003:350).

O fato gerador das taxas compreende o seguinte: 1) utilização efetiva de serviços públicos específicos e divisíveis; 2) utilização potencial (disponibilidade) de serviços públicos específicos e divisíveis [*a concepção de serviço público específico e divisível aqui utilizada é própria da ciência jurídica, em especial do direito tributário, não devendo ser confundida com a noção de bem público utilizada pela ciência econômica*]; 3) prática, pela Administração Pública, por provocação do sujeito passivo ou contribuinte, de atos administrativos de polícia (Ataliba, 1969:50).

3.4 Base de Cálculo

A *base de cálculo* vem a ser “uma perspectiva mensurável do aspecto material da h.i., que a lei qualifica, com a finalidade de fixar critério para a determinação, em cada obrigação tributária concreta, do *quantum debetur*” (Ataliba, 1978a:54).

Conforme Torres (1998:214-215), “a base de cálculo é a grandeza sobre a qual incide a alíquota indicada na lei” e “[...] pode se expressar em dinheiro ou em qualquer outra grandeza”, sendo que “na tributação pela alíquota *ad valorem* [...] é sempre representada por *dinheiro*”.

Já “a base de cálculo *técnica* é a que se expressa em uma grandeza diferente de dinheiro. Assim, a quantidade (grosa, dúzia etc.), o peso (quilo, tonelada etc.) e a extensão (centímetros, metros etc.) podem servir de referencial para a aplicação de uma alíquota específica, fixada em *dinheiro*” (Torres, 1998:214-215).

3.5 Alíquota

“A alíquota é um termo do mandamento da norma tributária, mandamento esse que incide *se* e *quando* se consuma o fato impositivo (concretização do fato gerador) dando nascimento à obrigação tributária concreta” (Ataliba, 2002:113).

Para esse autor, “a própria designação (alíquota) já sugere a idéia que esteve sempre na raiz do conceito assim expresso: é a quota (fração), ou parte da grandeza contida no fato impositivo que o estado se atribui (editando a lei tributária)” (Ataliba, 2002:114). As alíquotas são específicas ou *ad valorem*.

Para Torres (1998:215) “as *alíquotas específicas* expressam-se em dinheiro e incidem sobre a base de cálculo técnica, referida a grandeza diferente de dinheiro (peso, quantidade, extensão etc.) [...]”. E prossegue o autor citado:

As alíquotas *ad valorem* expressam-se em percentagem (1%, 5%, 20% etc) e incidem sobre a base de cálculo medida em dinheiro. São o tipo mais comum e se classificam em:

a) *progressiva*, quando incide ascendentemente na medida em que aumenta a base de cálculo. Ex.: imposto de renda, que incide pela alíquota de 15% sobre os rendimentos menores e de 25% sobre os maiores;

b) *proporcional*, quando incide pela mesma percentagem qualquer que seja o valor da base de cálculo. Ex.: ITBI, que recai pela mesma alíquota de 2% sobre qualquer base de cálculo;

c) *seletiva*, quando varia na razão inversa da essencialidade do produto. Ex.: o IPI grava com mais vigor o consumo de álcool e tabaco;

d) *regressiva*, quando incide minimamente sobre bases elevadas e asperamente sobre pequenas grandezas. Só ocorre quando há distorção na lei impositiva;

e) *zero*, que corresponde à inexistência de tributação por falta de um dos elementos quantitativos. aproxima-se da isenção em seus efeitos, mas dela se afasta porque na isenção suspende-se a eficácia de todos os aspectos do fato gerador, enquanto na alíquota zero só há suspensão desse elemento do aspecto quantitativo. Aplica-se no IPI e no imposto de importação” (Torres, 1998:215-216)

4 Modalidades de Taxa

De acordo com o art. 145, II, da CF, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir taxas: **a)** em razão do exercício do poder de polícia; ou **(b)** pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição.

Dessa disposição constitucional, extrai-se, portanto, que o Sistema Tributário Nacional só admite a instituição de taxas por dois motivos: **a)** em razão do poder de polícia; **b)** em razão da utilização efetiva ou potencial de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

O CTN, que regulamenta o dispositivo constitucional referido, estabelece que “as taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o (a) exercício regular do poder de polícia, ou a (b) utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição” (Lei nº 5.172, de 1966, art. 77).

Duas são, portanto, as modalidades de taxa no direito brasileiro. Neste trabalho, porém, não se analisará detalhadamente a chamadas *taxas de serviço*, de modo que serão feitas adiante referências sucintas acerca dessa modalidade. É que o objeto de nossa análise é apenas a *taxa em razão do exercício do poder de polícia (taxa de polícia)*, porquanto é este poder que configura o fato gerador da TSS.

4.1 Taxa de Serviço

Taxa de serviço “[...] é o tipo de tributo que tem por hipótese de incidência uma prestação de serviço público diretamente referida a alguém” (Carrazza, 2003:470).

A *taxa de serviço* é disciplinada nos seguintes termos no direito positivo:

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I - utilizados pelo contribuinte:

a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;

b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;

II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;

III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários (Brasil, Lei 5.172, de 1966).

Conforme assinala Bastos (1994:150), o *serviço público* prestado necessita ser específico e divisível. São denominados específicos os serviços que podem ser separados em unidades autônomas de intervenção, de utilização ou de necessidades públicas, e divisíveis, quando passíveis de utilização isoladamente por parte de cada um dos beneficiários.

A taxa exigida deve corresponder ao custo do serviço prestado. É o chamado caráter indenizatório, mediante o qual é vedado ao Estado valer-se das taxas como modo de auferir receitas não ligadas ao serviço prestado. É importante observar, também, que

não há a necessidade de o beneficiário ou o destinatário do serviço vir a fazer uso efetivo dele. Dessa forma, a pura e simples colocação de um serviço público à disposição do cidadão já proporciona ao Estado o direito de arrecadar as taxas. Isso decorre do caráter tributário das taxas, as quais são impostas por força de lei (Bastos, 1994:150).

A concepção de *serviço público* altera segundo as necessidades e incertezas políticas, culturais e sociais de cada época. De modo geral, serviço público é a atividade organizada, exercida pelo Estado, considerando-se as necessidades da comunidade. Para ser *público*, o serviço deve obedecer a um regime jurídico específico, fixado pelo Estado, e relativo à coletividade em geral (Moraes, 1976:137-138).

Nessa perspectiva, *serviço público* “[...] é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo¹”. Deste modo, na visão do Direito, o que torna público um serviço não é a sua natureza, nem qualquer propriedade intrínseca, mas o regime jurídico a que está submetido (Bandeira de Mello, 2001:597).

O monopólio do serviço público, como consectário de sua obrigatoriedade, pode resultar da falta de alternativas, tanto por desinteresse de outros “fornecedores”, quanto pela pretensão do Estado de subtraí-lo de potenciais “fornecedores”, como bem lembrou Alberto Xavier na sua definição de taxa. Não é adequado colocar o fenômeno como exclusividade de prestação do serviço público, mormente para não confundir com o monopólio fiscal, em que o interesse do Estado é puramente econômico (Seixas Filho, 2002:25-26).

4.2 Taxa de Polícia

As chamadas taxas de polícia têm por fato gerador o exercício do *poder de polícia* diretamente relacionado ao sujeito passivo ou contribuinte. O poder de polícia, não obstante esteja definido no direito positivo, é fartamente conceituado na doutrina.

A noção de poder de polícia ultimamente vem sofrendo severas críticas dos estudiosos do Direito Administrativo, como bem demonstra Medauar (2001:389-390):

No século XIX e primórdios do século XX, o poder de polícia era enfocado sob o único prisma de garantir a ordem, a tranquilidade e a salubridade públicas. Com a ampliação das funções do Estado, aumentou o campo de poder de polícia, para atuar também na ordem econômica e social e não somente mediante restrições, mas, ainda, por imposições. Isso contribuiu para o surgimento de linha doutrinária adversa à preservação da noção de poder de polícia no direito administrativo.

Uma corrente mais suave troca o título da matéria, surgindo os termos: atividade administrativa de limitação, procedimentos ablatórios (Giannini), administração de vigilância; mais recentes: atividade interventora, poder ordenador.

Outra corrente prega a eliminação da noção de poder de polícia do direito administrativo. [...]. Uma das justificativas dessa idéia está na ampliação do campo do poder de polícia; ampliando-se, perdeu as características do modelo clássico; assim a função se distribuiu por toda a atividade estatal e se diluiu. [...].

Parece que o ponto nuclear do entendimento de quem prega essa eliminação é a preocupação com um poder de polícia indeterminado, independente de fundamentação legal, baseado num suposto dever geral dos indivíduos de respeitar a ordem ou baseado num 'domínio eminente' do Estado. Essa louvável preocupação perde consistência ante a realidade presente de mais solidez na concepção de Estado de Direito, ante o princípio da legalidade regendo a Administração e ante a maior valoração dos direitos fundamentais.

Não obstante esses questionamentos que a doutrina vem registrando acerca desse poder, muitos autores nacionais ainda não deixaram de utilizar a expressão, como é o caso de Di Pietro (1992:88), que define poder de polícia como “*[...] a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público*”.

Bandeira de Mello (2001:688), por sua vez, considerando-o em sentido amplo, define poder de polícia como “a atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos”; adotada em sentido estrito, a expressão relaciona-se “*[...] unicamente com as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais as autorizações, as licenças, as injunções), do Poder Executivo destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar o desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais*”, correspondendo à definição de polícia administrativa.

Medauar (2001:387) entende que essencialmente poder de polícia é a atividade da Administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdade e Aguiar (1982:22) assinala que “[...] o poder de polícia é o poder de vigilância, consistindo na atividade de regular ou disciplinar a prática de ato ou abstenção de fato, em razão do interesse público. E o importante aqui é exatamente a proteção a esse interesse coletivo, de modo que o exercício do poder de polícia se tornará legítimo, toda vez que a atividade das pessoas ou as suas omissões constituírem lesão ou ameaça a interesse público legalmente tutelado”.

Segundo o CTN, poder de polícia é a “[...] atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos” (Lei 5.172, de 1966, art. 78).

O poder de polícia, então, é a prerrogativa do Estado para, dentro dos limites constitucionais, editar regras a fim de limitar a liberdade e a propriedade dos indivíduos, compatibilizando-as com o interesse coletivo. Configura-se pela utilização de atos normativos, atos administrativos e operações materiais. É exercido por meio da edição de: *a)* leis, limitadoras da liberdade e da propriedade das pessoas; *b)* regulamentos, dando plena eficácia a tais leis; e *c)* atos administrativos, fiscalizando e compelindo os particulares à observância destes preceitos legais (Ataliba,1968).

Na opinião de Di Pietro (1992:90) os meios de atuação do Estado para caracterização do exercício do poder de polícia são os seguintes:

1. *atos normativos* em geral, a saber: pela *lei*, criam-se as *limitações administrativas* ao exercício dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação; disciplinando a aplicação da lei aos casos concretos, pode o Executivo baixar *decretos*, resoluções, portarias, instruções;

2. *atos administrativos e operações materiais* de aplicação da lei ao caso concreto, compreendendo *medidas preventivas* (fiscalização, vistoria, ordem, notificação, autorização, licença), com o objetivo de adequar o comportamento individual à lei, e *medidas repressivas* (dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas,

internação de pessoa com doença contagiosa), com a finalidade de *coagir* o infrator a cumprir a lei.

Assim, não é sua previsão em lei que autoriza a tributação por meio dessa modalidade de taxa, mas tão-somente o que se consubstancia num agir concreto e específico da Administração, praticado com base legal, que impõe uma abstenção ou que mantém ou fiscaliza uma ação já existente.

Barreto (1998:547-548) afirma que por si só o poder de polícia não cria competência para a criação do tributo. Para esse autor, é necessário que haja a concreta manifestação desse poder, por meio do efetivo exercício de determinada atividade, nos limites e condições prefixados pela Constituição.

E, mais adiante, adverte que, em relação às taxas cobradas com base no poder de polícia, não é esse poder, por si só, que dá fundamento à taxa, mas sim a concreta realização de atos em que ela se expressa, como, por exemplo, as vistorias, os laudos, pareceres, despachos, informações, exames, diligências (Barreto, 1998:550).

É, portanto, o prévio exercício do poder de polícia que justifica a exigibilidade da taxa. O Estado não exerce o poder de polícia para justificar a exigibilidade da taxa correspondente, porém exige a taxa relacionada porque exerce o poder de polícia. E o poder de polícia é serviço público profilático, que visa orientar a conduta social e empresarial, dentro de normas de ordem e coerência (Martins, 1990:44).

Deste modo, apesar de todo cidadão ser livre para explorar determinada atividade, não poderá exercê-la em um bairro residencial se sua pretensão for a exploração de uma indústria, por exemplo. O poder de limitar esse direito, que é atribuído à Administração Pública, denomina-se poder de polícia. Melhor dizendo, poder de polícia administrativa, que se refere à possibilidade de fiscalizar e autorizar determinada atividade, limitando-a em razão do interesse público relativo à segurança, à higiene, à ordem, etc.

Por isso, o CTN dispõe que o *exercício regular* do poder de polícia é o fato gerador das taxas (Lei 5.172, de 1996, art. 77) e considera *regular* o exercício do poder

de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância de processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária (significa que a Administração pode praticá-la com liberdade de escolha de conveniência, momento, modo, destinatário e conteúdo), sem abuso ou desvio de poder (Lei 5.172, de 1966, art. 78, parágrafo único).

A base de cálculo da taxa, de acordo com Vieira (1997:138), deve ser valor ou parâmetro que meça, ainda que estimadamente, o custo da atuação estatal. O preceito sem dúvida apresenta, na prática, dificuldades acentuadas em muitos casos, principalmente no que se refere ao exercício do poder de polícia. Assim, com base no art. 145, § 2º, da CF, muitas falsas “taxas”, irregularmente instituídas, têm sido retiradas do sistema normativo, principalmente de Estados e Municípios, por força de decisões finais do Poder Judiciário.

Seixas Filho (2002:59), nesse particular, assinala que a mensuração da taxa - mormente a de polícia - pode ter sua constitucionalidade questionada em vista da utilização de parâmetros que não se conciliam com a atividade administrativa específica que lhe dá origem. Ou seja, não se pode exigir taxa pelo poder de polícia quando o seu exercício não imponha uma atuação estatal idêntica.

A taxa, ao remunerar o exercício do poder de polícia, é a contraprestação de um serviço requerido pelo contribuinte à Administração Pública: uma certidão, uma autorização, um registro, para os quais somente o Poder Público seja competente, e que dele exijam uma parcela de trabalho, provocada pelo requerimento do interessado. A incidência de taxa, em casos tais, justifica-se e se legitima, como *tributo vinculado* por excelência que é (Vieira, 1997:137).

A exigibilidade do tributo não depende do resultado positivo final para o sujeito passivo: a taxa é devida ainda que a certidão pedida resulte positiva, ou que a autorização pleiteada seja indeferida, ou que o registro seja negado. O que se remunera com a taxa não é a expedição do documento final, mas os serviços que a Administração necessitou realizar previamente para decidir quanto à viabilidade e conteúdo do mesmo, tais como pesquisas, perícias, averbações, vistorias e outros (Vieira, 1997:137).

Em decorrência de sua natureza, o poder de polícia é inerente a toda pessoa pública, que, ao exercê-lo, pode exigir taxa por esse exercício. Justifica-se a exigência pelo fato de que o obrigado na relação jurídica tributária é a pessoa interessada nos resultados ou na realização de tais atos e que os provocou (Vieira, 1997:137).

5 Princípios Constitucionais Tributários Aplicáveis às Taxas

O exercício do poder tributante no Brasil encontra-se submetido a uma série de princípios constitucionais, especialmente dirigidos ao sistema tributário. Em sua maior parte, esses princípios são explícitos e necessariamente acatados pela legislação infraconstitucional em toda a latitude. Os princípios, expostos aqui de forma sucinta, são os seguintes: *princípio da legalidade*, *princípio da isonomia*, *princípio da capacidade contributiva*, *princípio da anterioridade*, *princípio da irretroatividade* e *princípio da proibição de confisco*.

5.1 Princípio da Legalidade

Conforme o *princípio da legalidade*, qualquer das pessoas políticas de direito público interno somente poderá instituir tributos, ou seja, descrever a regra-matriz de incidência, ou aumentar os existentes, majorando a base de cálculo ou alíquota através da expedição de lei. Uma regra tributária só pode ser inserida no ordenamento jurídico por meio de lei. Além disso, o princípio da legalidade estabelece ainda a necessidade de que a lei adventícia traga, no seu bojo, os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional (Carvalho, 2000:155-156).

O princípio da legalidade encontra-se expresso de forma genérica no art. 5º, inciso II, da CF, mediante o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Significa dizer que a atuação estatal só pode se concretizar mediante a prévia existência de lei que a regule, compreendida esta em sentido formal, ou seja, elaborada por meio do processo legislativo competente.

5.2 Princípio da Isonomia

O *princípio da isonomia* ou da igualdade está consagrado, de forma ampla, no art. 5º da CF, mediante o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Esse princípio garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Janczeski (1999:79), como muita propriedade, observa que o princípio da isonomia ou igualdade jurídica “[...] consagra, de um lado, a igualdade formal de todos perante a lei, e de outro, de um ponto de vista material, a proibição de arbítrio e de privilégio.¹⁵³”.

Em matéria tributária, esse princípio constitucional veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos (CF, art. 150, inciso II). Em outras palavras, “[...] preconiza que todos sejam tributados na medida de sua capacidade contributiva (generalidade material), sem discriminação arbitrárias, numa igualdade de sacrifícios (proporcionalidade e progressividade tributária)” (Janczeski, 1999:79).

5.3 Princípio da Capacidade Contributiva

O *princípio da capacidade contributiva* está albergado no art. 145, § 1º, da CF, mediante o qual, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. “A capacidade contributiva se subordina à idéia de justiça distributiva. Manda que cada qual pague o imposto de acordo com a sua riqueza, atribuindo conteúdo ao vetusto critério de que a justiça consiste em dar a cada um o que é seu (*suum cuique tribuere*) e que se tornou uma das ‘regras de ouro’ para se obter a verdadeira justiça distributiva. [...]” (Torres, 1998:83). Pelo fato do dispositivo constitucional referir-se exclusivamente a *impostos*, discute-se se esse princípio seria aplicado também às taxas.

Nesse particular aspecto, Janczeski (1999:81) afirma que no direito brasileiro esse princípio tem nas taxas caráter apenas secundário. Para esse autor, enquanto para os impostos esse princípio é de observância obrigatória pelo legislador, nos demais tributos sua aplicação é mais elástica e se baseia na discricionariedade do

legislador. É utilizado como princípio programático. Significa dizer que em relação às taxas, cujas características permitam, o legislador poderá levar em consideração a capacidade contributiva dos contribuintes que irão pagá-las.

No mesmo sentido, Machado (2001:71) observa que “é razoável, todavia, sustentar-se que, independentemente de previsão constitucional explícita, o princípio da capacidade contributiva deve ser admitido também em relação aos tributos vinculados (taxas e contribuições), embora em relação a esses funcione simplesmente como um princípio de justiça.¹⁰⁵”.

5.4 Princípios da Irretroatividade e Anterioridade

A CF consagra o *princípio da irretroatividade* no art. 150, inciso III, alínea *a*, mediante o qual é vedada a cobrança de tributos em relação a fatos geradores ocorridos antes da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado. Segundo esse princípio, o tributo só pode ser exigido em relação a fatos ocorridos após a vigência da lei que o criou ou aumentou.

No que diz respeito ao *princípio da anterioridade*, a Carta Magna estatui que é vedada a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou (art. 150, inciso III, alínea *b*, da CF). “O princípio da anterioridade é o asseguramento ao contribuinte de que não haverá surpresa na cobrança de tributos, já que é proibido exigí-los no mesmo exercício em que for publicada a lei que o instituiu ou aumentou” (Pereira Filho, 2002:51).

Para Machado (2001:88) “o princípio da anterioridade não se confunde com o princípio da irretroatividade das leis. Este último é um princípio fundamental do direito intertemporal, aplicável, portanto, a todos os ramos do Direito. Já o princípio da anterioridade é próprio do Direito Tributário, consubstanciando uma garantia do cidadão contribuinte.”. Segundo esse autor, uma vez atendido o princípio da anterioridade, o mesmo ocorrerá com princípio da irretroatividade visto que este é menos do que aquele. E, concluindo, anota que o princípio da anterioridade proíbe a exigibilidade de tributos baseado em lei publicada depois de iniciado o exercício financeiro. O princípio da irretroatividade assegura apenas que a lei não atingirá fato ocorrido antes do início de sua vigência.

5.5 Princípio da Proibição de Confisco

Há ainda o *princípio da proibição de confisco*, que, conforme Carvalho (2000, 158-159), não constava expressamente na constituição anterior. Para esse autor, reside uma dificuldade em torno desse princípio que não decorre da idéia de confisco em si, mas da definição do conceito, na delimitação da idéia, como limite a partir do qual incide a vedação do art. 150, inciso IV, da CF. Pois, aquilo que para alguns tem efeitos confiscatórios, para outros pode perfeitamente apresentar-se como forma lúdima de exigência tributária.

As linhas demarcatórias relacionadas ao confisco, em matéria de tributo, não foram desenvolvidas de modo satisfatório e se pode afirmar que sua doutrina está ainda por ser elaborada. Além disso, as elaborações jurisprudenciais pouco têm esclarecido o critério adequado para isolar-se o ponto de ingresso nos territórios do confisco. Todas as tentativas até aqui encetadas revelam a complexidade do tema e a falta de perspectivas para o encontro de uma saída dotada de racionalidade científica, defende Carvalho (2000:158-159).

Para facilitar a identificação do confisco, tem-se um terreno fecundo nos tributos que incidem sobre a propriedade imobiliária e mesmo a titularidade de bens móveis com características de durabilidade, em que a incidência acontece periodicamente, caindo de modo sistemático para suscitar novas relações tributárias. No entanto, haverá, em muitos casos, uma zona nebulosa a que acarreta a sensação de confisco.

Dessa forma, intrincado e embaraçoso, o objeto da regulação do art. 150, IV, da CF acaba por oferecer somente um rumo axiológico, confuso e tênue, cuja nota principal repousa na simples advertência ao legislador dos tributos, no sentido de comunicar-lhe que existe limite para a carga tributária (Carvalho, 2000:158-159).

Contudo, até que seja promulgada lei que venha definir *confisco*, seu exame deve se limitar a cada tributo individualmente e não ao sistema tributário. Nesse sentido, o exegeta deve considerar as razões extrafiscais do tributo, hipótese que inicialmente pode deixar de ter aplicação. Em relação às taxas, sempre que se constatar seu excesso, é possível impugná-las com fundamento no princípio da proibição de tributo com efeito de confisco. Isso porque o valor da taxa deve guardar *razoável equivalência* entre a soma auferida e a desembolsada no exercício da atuação estatal, sob pena de descaracterização do tributo (Janczeski, 1999:84-85). “[...] A exagerada desproporção entre o custo da atuação estatal e o produto da arrecadação pode levar à configuração de tributo com efeito de confisco.¹⁷²” (Janczeski, 1999:85).

CAPÍTULO V

TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

1 Considerações Gerais

Conforme se consignou linhas atrás, para que a ANS desempenhasse sua função de regulação, controle e fiscalização dos agentes econômicos atuantes no mercado de saúde suplementar com autonomia (administrativa e financeira), tornou-se imperativo dotá-la de recursos financeiros necessários para movimentar sua máquina administrativa em todo o território nacional.

Desse modo, o legislador ordinário possibilitou que a ANS, pessoa jurídica de direito público interno, cobrasse desses agentes econômicos, pelo exercício do poder de polícia administrativa consubstanciado nas atividades de fiscalização e controle, uma “taxa de fiscalização”, cujo produto resultante de sua arrecadação integra o rol de receitas da Agência (Lei 9.961, de 2000, art. 17, inciso I).

Barroso (1999:371), mencionando a necessidade de se preservar a autonomia (administrativa e financeira) dos órgãos reguladores, assinala que é desnecessário ressaltar que as agências reguladoras só terão condições de desempenhar de forma adequada o seu papel caso se mantenham preservadas de ingerências externas indevidas. Essas ingerências referem-se tanto às suas decisões político-administrativas quanto à sua capacidade financeira. Apurada a evidência, o ordenamento jurídico tratou de estruturá-las como autarquias especiais, possuidoras de *autonomia administrativa* e *autonomia financeira*.

E, acrescenta, quanto à autonomia financeira, “[...] procura-se propiciar às agências reguladoras, além das dotações orçamentárias gerais, a arrecadação de receitas próprias, provenientes, dentre outras fontes, de taxas de fiscalização ou de participações nos contratos, como ocorre no setor de petróleo [...]” (Barroso, 1999:371).

Assim, a TSS foi instituída inicialmente por meio da MP 1.928, de 1999, reeditada pelas Medidas Provisórias 2.003-1 e 2.012-2, ambas de 1999, as quais foram

convertidas na Lei 9.961, de 2000. Essa lei disciplinou a matéria nos seus arts. 18 **usque** 25. Pode-se afirmar que os princípios constitucionais da legalidade e da anterioridade foram evidentemente observados, como se demonstrará adiante.

2 Principais Elementos Caracterizadores da TSS

A TSS, de forma semelhante a qualquer modalidade de taxa no direito brasileiro, possui os seguintes elementos principais: *sujeito ativo*, *sujeito passivo*, *alíquota fato gerador* e *base de cálculo*.

2.1 Sujeito Ativo

Tendo em vista que o sujeito ativo da relação tributária é a pessoa jurídica de direito público interno competente para instituir e exigir tributos, o *sujeito ativo* da TSS, nos termos do art. 18 da Lei 9.961, de 2000, é a ANS, autarquia especial vinculada ao MS e pessoa jurídica de direito público integrante da estrutura orgânica da União.

2.2 Sujeito Passivo

Nos termos do art. 19 da Lei 9.961, de 2000, são sujeitos passivos da TSS as pessoas jurídicas, condomínio ou consórcios constituídos sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, que operem produto, serviço ou contrato com a finalidade de garantir a assistência à saúde visando a assistência médica, hospitalar ou odontológica.

2.3 Alíquota

A Lei 9.961, de 2000, neste particular, apresenta dois aspectos: **a)** em relação à TSS exigida em função da atividade estatal exercida com base no inciso I do art. 20, a *alíquota* é específica e está representada pelo valor de R\$2,00 (dois reais) incidente sobre sua base de cálculo técnica, que é o número médio de beneficiários de cada plano privado de assistência á saúde; **b)** por outro lado, em relação à TSS exigida em razão do poder de polícia exercido com base no inciso II do art. 20, não há *alíquota*, mas taxa fixa, pois sua expressão pecuniária já se encontra determinada na lei. Em

outras palavras, neste último caso, o *quantum debeatur* foi fixado pelo legislador na própria lei de criação.

2.4 Fato Gerador

O fato gerador da TSS é o exercício do poder de polícia atribuído legalmente à Agência Nacional de Saúde Suplementar, nos termos do art. 18 da Lei 9.961, de 2000. É representado pelas atividades de controle, regulação e fiscalização das operadoras de planos privados de assistência à saúde.

2.5 Base de Cálculo

A TSS apresenta *base de cálculo* apenas para calcular o custo da atividade de polícia administrativa prevista no inciso I do art. 20 da Lei 9.961, de 2000. De acordo com esse dispositivo, a base de cálculo *técnica* da TSS, que se expressa em uma grandeza diferente de dinheiro, é o número médio de beneficiários de cada plano privado de assistência à saúde.

3 A Concretização do Fato Gerador da TSS

A TSS tem como fato gerador o *exercício pela ANS do poder de polícia, poder este que lhe foi legalmente atribuído* (Lei 9.961, de 2000, art. 18) em razão de o Estado ter o poder de restringir, disciplinar ou limitar direitos, interesses e liberdades individuais em relação a uma determinada atividade essencial à população.

Como se pode observar do art. 18 da Lei 9.961, de 2000, sua dicção é de clareza hialina e não possibilita que se extraiam ilações inócuas ou deturpadas de sua mensagem no que diz respeito à natureza jurídica da TSS, bastando, para tanto, confrontá-lo com o art. 77 do CTN.

Lei 5.172, de 1966 (CTN):

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, no âmbito das respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Lei 9.961, de 2000:

Art. 18. É instituída a Taxa de Saúde Suplementar, cujo fato gerador é o exercício pela ANS do poder de polícia que lhe é legalmente atribuído.

Do cotejo desses dispositivos resulta patente que o poder de polícia configura o fato gerador da TSS e seu exercício constitui condição inafastável e suficiente para a concreção do fato gerador do tributo.

Nos termos do art. 1º da Lei 9.961, de 2000, e segundo o estatuído na Lei 9.656, de 1998, a ANS é uma autarquia especial, à qual compete normatizar e fiscalizar as atividades que garantam a assistência à saúde suplementar. Disso se conclui que se trata de entidade fundamentalmente comprometida com o exercício do poder de polícia. Tanto pelo aspecto normativo quanto por atuações decorrentes daquelas normas, caberá à ANS limitar a liberdade das operadoras de planos de saúde, definindo-lhe os direitos e deveres sempre nos limites da legislação existente.

Essa missão tem por finalidade última assegurar aos beneficiários de planos privados de assistência à saúde os direitos previstos na lei e/ou nos respectivos contratos. A fim de atingir esse objetivo, essa autarquia vigia as operadoras que prestam tais serviços, como se nota no art. 3º da Lei 9.961, de 2000.

Por ser dispendioso o exercício dessas atribuições, sendo identificáveis ainda os agentes que as ensejam, instituiu-se a TSS, que foi disciplinada nos seguintes termos pelos arts. 18 a 25 da lei citada:

Art. 18. É instituída a Taxa de Saúde Suplementar, cujo fato gerador é o exercício pela ANS do poder de polícia que lhe é legalmente atribuído.

Art. 19. São sujeitos passivos da Taxa de Saúde Suplementar as pessoas jurídicas, condomínios ou consórcios constituídos sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, que

operem produto, serviço ou contrato com a finalidade de garantir a assistência à saúde visando a assistência médica, hospitalar ou odontológica.

Art. 20. A Taxa de Saúde Suplementar será devida:

I - por plano de assistência à saúde, e seu valor será o produto da multiplicação de R\$ 2,00 (dois reais) pelo número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, deduzido o percentual total de descontos apurado em cada plano, de acordo com as Tabelas I e II do Anexo II desta Lei;

II - por registro de produto, registro de operadora, alteração de dados referente ao produto, alteração de dados referente à operadora, pedido de reajuste de contraprestação conforme os valores constantes da Tabela que constitui o Anexo III desta Lei.

§ 1º Para fins do cálculo do número médio de usuários de cada plano privado de assistência à saúde, previsto no inciso I deste artigo, não serão incluídos os maiores de sessenta anos.

§ 2º Para fins do inciso I deste artigo, a Taxa de Saúde Suplementar será devida anualmente e recolhida até o último dia útil do primeiro decêndio dos meses de março, junho, setembro e dezembro e de acordo com o disposto no regulamento da ANS.

§ 3º Para fins do inciso II deste artigo, a Taxa de Saúde Suplementar será devida quando da protocolização do requerimento e de acordo com o regulamento da ANS.

§ 4º Para fins do inciso II deste artigo, os casos de alteração de dados referentes ao produto ou à operadora que não produzam consequências para o consumidor ou o mercado de saúde suplementar, conforme disposto em resolução da Diretoria Colegiada da ANS, poderão fazer jus a isenção ou redução da respectiva Taxa de Saúde Suplementar.

§ 5º Até 31 de dezembro de 2000, os valores estabelecidos no Anexo III desta Lei sofrerão um desconto de 50% (cinquenta por cento).

§ 6º As operadoras de planos privados de assistência à saúde que se enquadram nos segmentos de autogestão por departamento de recursos humanos, ou de filantropia, ou que tenham número de usuários inferior a vinte mil, ou que despendem, em sua rede própria, mais de sessenta por cento do custo assistencial relativo aos gastos em serviços hospitalares referentes a seus Planos Privados de Assistência à Saúde e que prestam ao menos trinta por cento de sua atividade ao Sistema Único de Saúde – SUS, farão jus a um desconto de trinta por cento sobre o montante calculado na forma do inciso I deste artigo, conforme dispuser a ANS.

§ 7º As operadoras de planos privados de assistência à saúde que comercializam exclusivamente planos odontológicos farão jus a um desconto de cinquenta por cento sobre o montante calculado na forma do inciso I deste artigo, conforme dispuser a ANS.

§ 8º As operadoras com número de usuários inferior a vinte mil poderão optar pelo recolhimento em parcela única no mês de março, fazendo jus a um desconto de cinco por cento sobre o montante calculado na forma do inciso I deste artigo, além dos descontos previstos nos §§ 6º e 7º, conforme dispuser a ANS.

§ 9º Os valores constantes do Anexo III desta Lei ficam reduzidos em cinquenta por cento, no caso das empresas com número de usuários inferior a vinte mil.

§ 10. Para fins do disposto no inciso II deste artigo, os casos de alteração de dados referentes a produtos ou a operadoras, até edição da norma correspondente aos seus registros definitivos, conforme o disposto na Lei nº 9.656, de 1998, ficam isentos da respectiva Taxa de Saúde Suplementar.

§ 11. Para fins do disposto no inciso I deste artigo, nos casos de alienação compulsória de carteira, as operadoras de planos privados de assistência à saúde adquirentes ficam isentas de pagamento da respectiva Taxa de Saúde Suplementar, relativa aos beneficiários integrantes daquela carteira, pelo prazo de cinco anos.

Art. 21. A Taxa de Saúde Suplementar não recolhida nos prazos fixados será cobrada com os seguintes acréscimos:

I - juros de mora, na via administrativa ou judicial, contados do mês seguinte ao do vencimento, à razão de 1% a.m. (um por cento ao mês) ou fração de mês;

II - multa de mora de 10% (dez por cento).

§ 1º Os débitos relativos à Taxa de Saúde Suplementar poderão ser parcelados, a juízo da ANS, de acordo com os critérios fixados na legislação tributária.

§ 2º Além dos acréscimos previstos nos incisos I e II deste artigo, o não recolhimento da Taxa de Saúde Suplementar implicará a perda dos descontos previstos nesta Lei.

Art. 22. A Taxa de Saúde Suplementar será devida a partir de 1º de janeiro de 2000.

Art. 23. A Taxa de Saúde Suplementar será recolhida em conta vinculada à ANS.

Art. 24. Os valores cuja cobrança seja atribuída por lei à ANS e apurados administrativamente, não recolhidos no prazo estipulado, serão inscritos em dívida ativa da própria ANS e servirão de título executivo para cobrança judicial na forma da lei.

Art. 25. A execução fiscal da dívida ativa será promovida pela Procuradoria da ANS.

Dividindo-se a atividade de polícia administrativa da ANS em dois grupos, a TSS assume duas feições distintas. Por um lado, no inciso I do artigo 20 da lei em questão, encontra-se a previsão que vem despertando as maiores controvérsias relacionadas à estrutura da TSS, controvérsias essas que não resistem a um estudo mais aprofundado. Por outro lado, no inciso II do mesmo dispositivo, agruparam-se exames prévios - e mais estanques - da Administração Pública como registro de operadora ou de produto (plano) e a modificação de qualquer um dos dois, bem como a apreciação dos pedidos de reajuste das mensalidades. São momentos pontuais, cada um deles passível de gerar a taxa, conforme a solicitação dos fiscalizados.

No que diz respeito ao inciso I do art. 20 da Lei 9.961, de 2000, o ponto de discordância reside no fato de que, ao ter deixado de especificar ali o fato gerador da TSS para tratar apenas de sua base de cálculo e da forma de apuração do crédito tributário, o legislador acabou deixando fendas que geraram alguma confusão.

Entretanto, essa confusão só se mantém na análise precipitada do referido inciso. Isso porque o inciso I, lido logo após o *caput* do art. 20, pode ensejar a compreensão equivocada de que a TSS é devida por plano privado de assistência à

saúde, de onde seria possível sustentar que se trataria, então, de imposto, haja vista que não estaria o tributo relacionado com qualquer atuação estatal.

Na verdade, o art. 18 da referida lei auxilia no esclarecimento. A TSS é devida pela fiscalização que a ANS exerce sobre o desenvolvimento das atividades das operadoras. Portanto, faz-se referência ao poder de polícia realizado pela citada Agência de modo mais sistemático, procurando acompanhar o cotidiano da assistência privada à saúde.

Pelo próprio fato gerador que tem, a TSS contida no inciso II do art. 20 não se destina a cobrir exclusivamente o custo relacionado à contínua atividade de polícia exercida pela ANS; ou seja, a Agência vela não apenas pela observância dos termos constantes nos registros das operadoras e dos produtos, mas também, e fundamentalmente, zela pelo desempenho efetivo das operadoras perante seus beneficiários.

Enfim, o exercício da fiscalização a ser realizada de ofício - incluindo-se os processos administrativos instaurados a partir de “denúncias” (reclamações de beneficiários) -, que buscam acompanhar o dia-a-dia das operadoras, mereceu ressarcimento específico, em vista de sua dinâmica própria, atuação essa que é totalmente diferenciada, quanto ao momento e à forma, daquelas relacionadas aos pedidos de registro ou de reajuste de mensalidades.

O desmembramento do poder de polícia em alguns grupos de atividade, cada qual gerando uma obrigação correspondente, foi opção do legislador infraconstitucional, inexistindo nesse critério imperfeição. Na verdade, poder-se-ia chegar ao extremo de cobrar taxa por ato de polícia, já que cada um seria um efetivo exercício daquele poder.

É importante salientar – agora para outro fim - que as atividades da ANS são diversificadas, como se nota na longa lista de competências apresentada no artigo 4º da Lei 9.961, de 2000, a qual, frise-se, não é exaustiva. Sem grande prejuízo teórico, mas com algum empobrecimento na visualização prática, essas competências poderiam ser resumidas na fiscalização das atividades das operadoras de plano de saúde, zelando pelo cumprimento das normas de funcionamento (inciso XVI), principalmente aquelas expostas na Lei 9.656, de 1998.

Nessa tarefa, é possível diagnosticar que, em face de seu objeto imediato, a fiscalização pode ser classificada em três tipos: **1)** sobre a estrutura organizacional das operadoras; **2)** sobre os produtos; e **3)** sobre a relação operadoras-beneficiários.

As duas primeiras - a primeira muito mais que a segunda - se manifestam não só por ocasião do registro, mas permanecem no cotidiano da atuação autárquica, que, além de acompanhar a manutenção do quadro registrado, deve examinar, por exemplo, a capacidade técnico-operacional das operadoras para garantir a compatibilidade com a cobertura oferecida (inciso XXV) e também o cumprimento da legislação referente aos aspectos epidemiológicos (inciso XXVII).

A terceira hipótese se revela sempre que está disposto para a Agência o papel de fiscalizar as atividades das operadoras e o próprio cumprimento da legislação aplicável, que tantas vezes concede direitos aos beneficiários. No rol do citado art. 4º, o inciso XXVI visivelmente aborda essa possibilidade, de resto implícita em outros itens da lista.

Não é somente a previsão legal do poder de polícia que legitima a exigibilidade da TSS, mas também o contínuo exercício desse poder. Nesse sentido, é importante salientar que a ANS permanece em constante atividade, praticando diversos atos que devem ao seu poder de polícia, como, por exemplo, a edição de resoluções, a análise de requerimentos de planos privados de assistência à saúde e a contínua fiscalização das operadoras, atendendo aos seus beneficiários.

Para exemplificar a rotina de procedimentos desenvolvida pela ANS, podem-se destacar alguns encargos que vêm sendo realizados com sucesso: a fiscalização das operadoras; o monitoramento dos planos, no que tange aos preços, prestadores de serviços, componentes e insumos; o controle e a avaliação dos aspectos atinentes à garantia de acesso, a manutenção e qualidade dos serviços prestados pelas operadoras; a avaliação da capacidade técnico-operacional dessas instituições; e a fiscalização da abrangência das coberturas de patologias e procedimentos. Enfim, uma série de atos que se destinam ao aprimoramento da qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da saúde suplementar.

Destarte, infere-se que a concretização do fato gerador, conforme dispõe a norma, legitima constitucionalmente a cobrança da TSS. Evidenciado o exercício do poder de polícia, resta clara ser essa situação que enseja apropriadamente a taxa prevista no art. 20 da Lei 9.961, de 2000.

Contrariando essa tese, operadores do direito têm entendido que a TSS é apenas mais uma *taxa* devida por todas as operadoras de planos privados de assistência à saúde que operam serviço, produto ou contrato com o objetivo de assegurar a assistência à saúde nas áreas hospitalar, médica ou odontológica; que a TSS é devida por duas hipóteses de incidência distintas: a primeira, por plano de assistência à saúde; e a segunda, por registro de produto, alteração de dados referente ao produto, alteração de dados referente à operadora e pedido de reajuste de mensalidades (IJET, 2004).

Para esses profissionais da postulação a exigibilidade da TSS e a atuação da ANS violam o art. 145, inciso II, e § 2º, da CF, bem como os arts. 77 a 79 do CTN. E, ainda, que se trata de “[...] mais uma estratégia do governo, que num misto de tentar controlar e fiscalizar os serviços públicos e arrecadar cada vez mais, usa de artifícios que sacrificam cada vez mais a iniciativa privada. [...]” (IJET, 2004).

Conquanto tais assertivas sejam respeitáveis sob o ponto de vista jurídico, não se pode olvidar que a legalidade da atuação da ANS e a constitucionalidade da TSS vêm sendo reiteradamente reconhecidas por nossos tribunais, como demonstram os julgados abaixo transcritos:

TRIBUTÁRIO - TAXA SUPLEMENTAR DE SAÚDE – LEI Nº 9.961/00
CONSTITUCIONALIDADE. I – Nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade afeta a Taxa de Saúde Suplementar, instituída pela Lei nº 9.961/00, em função do poder de polícia do Poder Público na fiscalização dos planos de saúde, garantindo aos consumidores desses planos a contraprestação realmente prometida pelas cooperativas, coibindo a prática de atos que não tenham suporte nos respectivos contratos. II – Afasta-se, igualmente, a bitributação, porquanto, nos termos dos incisos I e II do art. 20 da Lei nº 9.961, as bases de cálculo são distintas, sendo, no primeiro caso, cobrada pela fiscalização por planos de assistência à saúde, em função do número médio de usuários de cada plano, e, no segundo, por registro de produto, registro de operadora, alteração de dados referentes ao produto, alteração de dados referentes à operadora, e pedido de reajuste de contraprestação pecuniária. III – É reconhecido isenção tributária às cooperativas tão-somente quanto aos negócios jurídicos vinculados à atividade básica da associação cooperativa, caracterizados como atos

cooperativos, não alcançando os não cooperativos, sujeitando-se, assim, ao pagamento de impostos, taxas e contribuições. IV – A impetrante é uma cooperativa de trabalho onde, através da associação de profissionais médicos, busca-se alcançar um objetivo econômico, seja por atos cooperativos, seja por atos não cooperativos, praticados em relação aos não associados (usuários de planos de saúde). V – Recurso improvido. (Apelação em Mandado de Segurança nº 2001.02.01.033286-8 – 1ª Turma do TRF da 1ª Região - Rel. Des. Federal Carreira Alvim – Data da Decisão: 28/05/2002 – D.J.U. 2 de 30/08/2002, p. 281).

TRIBUTÁRIO – TAXA SUPLEMENTAR DE SAÚDE – LEI Nº 9.961/00 – CONSTITUCIONALIDADE – I – Nenhuma ilegalidade ou inconstitucionalidade afeta a TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR, instituída pela Lei nº 9.961/00, em função do poder de polícia do Poder Público na fiscalização dos planos de saúde, garantindo aos consumidores desses planos a contra-prestação realmente prometida pelas cooperativas, coibindo a prática de atos que não tenham suporte nos respectivos contratos. II – afasta-se, igualmente, a bitributação, porquanto, nos termos dos incisos I e II do art. 20 da Lei nº 9.961/00, as bases de cálculo são distintas, sendo, no primeiro caso, cobrada pela fiscalização por planos de assistência à saúde, em função do número médio de usuários de cada plano, e, no segundo, por registro de produto, registro de operadora, alteração de dados referentes ao produto, alteração de dados referentes à operadora, e pedido de reajuste de contraprestação pecuniária. III – É reconhecido isenção tributária às cooperativas tão-somente quanto aos negócios jurídicos vinculados à atividade básica da associação cooperativa, caracterizados como atos cooperativos, não alcançando os não cooperativos, sujeitando-se, assim, ao pagamento de impostos, taxas e contribuições. IV – a impetrante é uma cooperativa de trabalho onde, através da associação de profissionais médicos, busca-se alcançar um objetivo econômico, seja por atos cooperativos, seja por atos não cooperativos, praticados em relação aos não associados (usuários de planos de saúde). V – Recurso improvido. (Apelação em Mandado de Segurança nº 2001.02.01.023871-2 – 1ª Turma do TRF da 2ª Região - Rel. Juiz Carreira Alvim – Data da Decisão: 28/05/2002 – D.J.U. de 30/08/2002, p. 281).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. A efetiva existência, ou não de exercício do poder de polícia, ou de utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados à Apelante, ou postos à sua disposição, demandando dilação probatória, incompatível com o rito eleito do mandado de segurança, não tem o condão, por si só, de conduzir à inconstitucionalidade da Lei 9.961/2000, que prevê a referida taxa, em razão do exercício do poder de polícia, a cargo da Apelada. A exigibilidade da exação impugnada, instituída em razão do exercício do poder de polícia, sem que esta exista, no mundo dos fatos, configura – se ocorrente a hipótese – desvio de finalidade, suscetível de ser reparado via processual adequada. O que se passa no mundo dos fatos não é critério da constitucionalidade, ou não, dos dizeres da lei. Inocorrência de lesão ao art. 146, III, “a”, da Constituição Federal, inferida não do cotejo dos dizeres da lei, com a norma constitucional, mas, sim, de alegações fáticas. O ato cooperativo, a que alude a alínea “c” do inciso III do art. 146 da Constituição Federal não se confunde com o exercício do poder de polícia, a que se refere a Lei 9.961/2000. Representando o número de usuários dos planos de saúde a extensão do esforço despendido pela Administração Pública na atividade fiscalizatória, a base de cálculo, fixada na Lei 9.961/2000, não padece da eiva de inconstitucionalidade, nem de ilegalidade. Instituída a TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR inicialmente na Medida Provisória n. 1.928/99, devidamente reeditada pelas Medidas Provisórias n. 2.003/99 e 2.012/99, inocorre violência ao princípio constitucional da anterioridade, a

exigibilidade do tributo a partir de 1º de janeiro de 2000, na esteira de pacificado entendimento do Excelso Supremo Tribunal Federal. Apelo a que se nega provimento. (Apelação em Mandado de Segurança nº 2001.02.01.017672-0/RJ – Quarta Turma do TRF da 2ª Região - Rel. Juiz Rogério Carvalho – Data da Decisão: 20/02/2002 – D.J.U. de 05/04/2002, p. 323).

TRIBUTÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI Nº 9.961/2000. PODER DE POLÍCIA DA ANS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. A Lei nº 9.961/2000 criou a Taxa de Saúde Suplementar que conforme estatui seu art. 18, tem como fato gerador o exercício do poder de polícia pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). 2. A Taxa de Saúde Suplementar tem previstos na lei instituidora, todos os elementos constitutivos: o sujeito ativo é a Agência Nacional de Saúde Suplementar, sendo que o sujeito passivo, consoante se percebe da leitura do art. 19, são as operadoras de planos de assistência à saúde. O fato gerador, por sua vez, previsto no art. 18, é o regular exercício do poder de polícia albergado constitucionalmente pela norma insculpida no art. 145, II. A base de cálculo, cerne da questão discutida no *mandamus*, reflete o fato de que, quanto maior o número de usuários, maior será a demanda pela extensão e intensidade da atividade prestada pela Agência. Assim, conforme se observa do art. 4º da Lei nº 9.961/2000, as atividades da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS concernentes especialmente às operadoras de planos de saúde, não se restringem a avaliar dos contratos, mas incluem, ente outras prerrogativas, fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento (inciso XXIII), exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde (inciso XXIV) etc. 4. À vista do exposto, tendo sido respeitados os princípios da capacidade contributiva e da isonomia, e levado em conta a dimensão da atividade estatal requerida – já que o produto de sua arrecadação custeia tão-somente a atividade fiscalizatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar direcionada aos próprios planos assistenciais – a mesma não se afigura inconstitucional, estando em perfeita consonância com os preceitos constitucionais tributários, inclusive o art. 145, § 2º, da Carta Magna. (Apelação em Mandado de Segurança nº 2000.72.00.004072-7/SC – Segunda Turma do TRF da 4ª Região - Rel. Juiz Dirceu de Almeida Soares – Data da Decisão: 02/04/2002).

4 A Determinação Quantitativa da TSS

Sendo a base de cálculo o elemento adotado para medir o exercício do poder de polícia (fato gerador), deve-se, inicialmente, entendê-la como a mensuração dos atos da Administração, tais como exames, vistorias, procedimentos, entre outros previstos no art. 4º da Lei 9.961, de 2000.

Nesse sentido, Carrazza (2003:488) faz os seguintes comentários sobre o tema:

[...].

Como vimos, a base de cálculo mede o fato descrito na hipótese de incidência, de modo a permitir que a prestação tributária seja *quantificada*, isto é traduzida numa expressão econômica.

Mas ela não esgota nisso sua função. Pelo contrário, *define* a espécie de tributo criado, ou, se preferirmos, revela sua natureza jurídica. Por isso mesmo, há de levar em conta um atributo do fato descrito na hipótese de incidência. Os fatores adotados pela lei, como base de cálculo, devem, de algum modo, "integrar" a hipótese de incidência do tributo, sob pena de desfigurá-lo.

Este *raciocínio* vale tanto para as taxas de polícia, como para as de serviço. Com efeito, a base de cálculo da taxa resultante do exercício do poder de polícia deve referir-se exclusivamente às diligências que levaram à prática do ato de polícia. Já, a base de cálculo da taxa de serviço precisa levar em conta o custo do serviço público.

[...].

A base de cálculo deve estar diretamente relacionada com o fato gerador, porquanto sua função precípua é dimensioná-lo economicamente, para fornecer sua grandeza. Essa constatação impede uma análise coerente em separação absoluta, uma vez que é o fato gerador que caracteriza cada tributo e condiciona a base impositiva (Ataliba, 2002).

Objecções têm sido apresentadas quanto à forma como é efetuada a base de cálculo da TSS, descrita no inciso I do artigo 20 da Lei 9.961, de 2000. A forma de cálculo do tributo equivale a R\$2,00 (dois reais) multiplicados pelo número médio de beneficiários de cada plano privado de assistência à saúde [a TSS é devida à base de R\$2,00 (dois reais) por beneficiário por ano, ou seja, R\$0,50 (cinquenta centavos de real) por beneficiário por trimestre], o que deixa claro que não é a quantidade de tipos de plano diferentes que serve como base de cálculo, mas o número de beneficiários de cada operadora que ofereça plano privado de assistência à saúde.

Por ser exigida trimestralmente, a TSS deve ser recolhida até o último dia útil do primeiro decêndio dos meses de março, junho, setembro e dezembro de cada ano, sendo calculada pela média aritmética do número de beneficiários no último dia do mês, considerados os três meses que antecederam o mês de recolhimento. Em suma, o número médio de beneficiários a que se refere a lei é o apurado no trimestre.

Curiosamente, tem-se alegado que essa base seria típica de imposto e que, por esse aspecto, a taxa seria insuscetível de cobrança, em respeito ao art. 145, § 2º, da CF, que dispõe que as taxas não poderão ter base de cálculo própria de imposto. Caso

essa hipótese fosse verdadeira, ter-se-ia a inconstitucionalidade da TSS. Não é esse, porém, o caso.

Em nosso sistema tributário é manifesto que a típica base de cálculo de impostos se assenta na expressão da própria riqueza revelada pelo fato gerador. Estando o fato gerador do imposto na manifestação de uma riqueza, a base de cálculo é, via de regra, aquilo que lhe exprime o valor econômico. É dessa forma que lhe cabe atuar de modo a mensurar o fato gerador de imposto.

Tomando-se as bases de cálculo dos diferentes impostos (importação e exportação, renda e proventos, produtos industrializados, operações de crédito, câmbio, seguro, títulos ou valores mobiliários, propriedade predial territorial, transmissão de bens, ICMS, propriedade de veículos automotores, serviços de qualquer natureza, grandes fortunas), é possível verificar que nenhuma delas está relacionada com a da TSS.

Infere-se disso que na base cálculo da TSS não se está medindo riqueza, ao contrário do que acontece com os impostos citados, cujas bases de cálculo têm por alicerce o valor de mercado, o montante da renda ou proventos tributáveis, o preço normal ou da arrematação, o montante da operação, o valor fundiário e o valor venal do imóvel, o valor venal dos bens ou direitos, o valor da mercadoria, o preço do serviço e o valor de mercado.

Como se sabe, um mesmo produto pode ser tributado, por exemplo, pelo IPI, ICMS, Imposto de Importação, sem que isso torne qualquer das exigências ilegal ou inconstitucional. Esse fato é possível porque o legislador escolheu, para cada um dos tributos, um aspecto a ser tributado.

Assim, quando se importa um produto, pelo fato jurídico importação, cobra-se o imposto respectivo, que terá como base de cálculo o valor constante dos documentos de importação. Ao mesmo tempo, incide o IPI, que terá como base de cálculo o preço normal do produto. Além desses impostos, incide também o ICMS, que terá como base de cálculo o valor da mercadoria. Todas essas exigências são

perfeitamente legais, apesar de se referirem a um mesmo fato econômico; o legislador abordou os diversos aspectos jurídicos que o fato econômico ensejava.

O aspecto jurídico tributado pela TSS não tem identidade nem guarda semelhança com os impostos existentes. Se a existência de prestação de serviço de assistência à saúde pode fazer incidir um imposto, isso se dá pela riqueza que daí se manifesta, a qual servirá como base para se calcular o valor devido. A fiscalização exercida sobre essa relação, por sua vez, desperta outra competência tributária, que visa ao ressarcimento do custo daquela atividade. Note-se que não é sequer a relação contratual que está gerando o tributo, mas a atividade estatal a ser desenvolvida sobre ela. Inexiste o **bis in idem**: cada hipótese apresentada tem fato gerador e base de cálculo específicos.

Segundo Baleeiro (1999:66), o motivo principal para que no Brasil a base de cálculo de imposto seja o próprio valor econômico da riqueza é a forte ascendência que possui no ordenamento jurídico nacional, do princípio da capacidade contributiva, por demais presente para os impostos. E acrescenta que "em tese, pode o legislador escolher qualquer uma das grandezas ínsitas ao fato jurídico, o metro, o peso, etc., mas não em sistemas jurídicos como o do Brasil que elegem a capacidade econômica como princípio fundamental".

Mais adiante, admitindo que a definição da base de cálculo de uma suposta taxa poderia demonstrar que se estaria criando um verdadeiro imposto, o autor acaba reafirmando, com exemplos, a tese aqui apresentada da base de cálculo própria para imposto, ao afirmar que "serão inconstitucionais as pseudotaxas que configuram criptoimpostos, por elegerem como base de cálculo coisa do contribuinte, ação ou situação jurídica estranha à atuação do Estado, como, p.ex., o valor venal do imóvel a ser vistoriado, o valor do veículo ou da obra a ser licenciada, do capital da sociedade a ser fiscalizada ou dos rendimentos do contribuinte a quem se presta o serviço, etc." Baleeiro (1999:553).

É até possível que sejam encontrados alguns casos semelhantes ao acima exposto. Porém, isso ocorre em razão de preocupações extrafiscais, as quais são admitidas em nosso sistema tributário, inclusive de modo a alterar, sem subverter,

aspectos normais dos tributos. São exceções, portanto, que não comprometem a compreensão sobre qual é a base de cálculo própria para imposto.

Contrapondo a hipótese examinada ao Direito Tributário, tendo em vista especialmente os exemplos acima, observa-se de imediato que o número de beneficiários, por si só, não mede nem exprime a riqueza que ele possa trazer consigo, visto que não se levam em consideração os valores existentes nos contratos. Não se está aí avaliando, em nenhum momento, a capacidade econômica do contribuinte, isto é, sua riqueza manifestada, mas, pelo contrário, o que está servindo de norte para a definição da base de cálculo é exatamente a atividade estatal desempenhada.

É lamentável observar a confusão que os contribuintes da TSS têm feito com outros casos julgados por nossos tribunais, ao invocar, por exemplo, as objeções relativas às taxas de licença para localização e funcionamento de estabelecimentos comerciais nos casos em que o Município adota como base de cálculo o número de empregados dos solicitantes, buscando, com isso, o reconhecimento de inconstitucionalidade da TSS.

Contudo, o que se observa nesses julgados é a consideração de que tal fator não guarda relação com a atividade fiscalizadora desempenhada pelo Município, não podendo, deste modo, ser base de cálculo de tributo vinculado.

É o que se extrai do acórdão proferido pelo STF no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 107.568-6/SP, que mereceu a seguinte ementa: “*Tributário. Taxa de licença para localização, instituída com base de cálculo à vista do número de empregados, critérios que destoam de correspondência com o custo da possível atividade administrativa. Precedente do S.T.F.. Recurso extraordinário provido*” (STF, RE 107.568-6/SP, 2ª Turma, Relator Min. Djaci Falcão; publicada em 01/08/86).

Felizmente nossos tribunais não têm incorrido no equívoco primário de dizer que o número de empregados é base de cálculo própria para imposto, visto que isso, de **per si**, não serve para dimensionar riqueza.

A propósito, esse entendimento a Segunda Turma do STF já esclarecia há mais de uma década ao apreciar o RE 100.201-SP, **verbis**:

Tributário. Taxa de localização e funcionamento. Sendo a taxa genericamente em prol do contribuinte, seu fato gerador é essa atividade, a este devendo corresponder a base de cálculo. A taxa de licença não pode ter por base de cálculo o valor do patrimônio, a renda, o volume da produção, o número de empregados ou outros elementos que não dizem respeito ao custo da atividade estatal, no exercício do poder de polícia.(STF, RE 100.201/SP, Rel. Min. Carlos Madeira, publicada no DJ 22/11/85, p. 21337).

Como se pode observar, inexistente afirmação de que a base de cálculo em questão, - o número de empregados -, é própria de imposto. Apenas não se visualizou relação entre ela e a atividade exercida pelo Poder Público.

Ora, no açoitamento para se eliminar um ônus tributário, não se pode promover reducionismo irracional que eleve ao grau de regra absoluta a observação de que as condições pessoais do contribuinte não podem servir, de modo algum, como base de cálculo para cobrança de taxas, porque seriam elementos relevantes apenas para o imposto, único tributo apto a alcançar a condição do contribuinte. Esse é o tipo de consideração que, desgarrado de seu contexto, se torna apto a gerar deturpação.

Pela própria relação necessária entre o fato gerador da obrigação tributária e sua mensuração material, evidencia-se que, se determinado tributo é gerado por uma atividade estatal, não há de ser calculado com base em situação descolada dessa realidade. Assim, não se pode eleger aleatoriamente uma condição pessoal do contribuinte, ou seja, a situação do obrigado não pode servir como base de cálculo para taxa enquanto permanecer como mera condição pessoal do eventual contribuinte, sem manter relação com a atividade estatal passível de gerar o tributo vinculado.

Ninguém menos que Ataliba (1978b:87), com toda sua preocupação acerca da sistemática jurídica, cuidou de relativizar aquela suposta máxima do Direito Tributário, a qual os contribuintes da TSS tentam promover ao posto de verdade suprema.

Neste particular, o autor citado afirma que “[...] a base impositiva da taxa de polícia não pode ser posta na coisa ou na pessoa relacionada com o objeto do ato de polícia. Inclusive, há casos em que uma medida de uma coisa pode dar indícios do

volume da diligência, que é o caso, por exemplo, do metro quadrado, e aí não estamos tomando o atributo da coisa senão como um reflexo da atividade que o poder público vai desempenhar, para vistoriar esta coisa. Mas a coisa por ela mesma, não pode ser tomada, a não ser como meio indireto de mensuração de diligências condicionais, do ato de polícia” (Ataliba, 1978b:87).

Para esse autor "será inconstitucional e repugnante ao sistema - por vir revestir as peculiaridades do imposto - a taxa que não se proporcione à atividade que a justifica, para determinar-se, quanto ao seu valor, por qualidades externas à sua estrutura" (Ataliba, 1969:48).

O problema reside nessa alienação da base de cálculo, que, se está sendo colhida em estrutura alheia à atividade estatal, só pode estar apoiada na condição pessoal do contribuinte (ou, se quisermos ver dessa forma, na própria coisa objeto da fiscalização, sem considerá-la, porém, em razão da atividade de polícia, o que parece ser, no final das contas, uma referência ao patrimônio do contribuinte).

Até a exata compreensão da influência excepcional que a taxa pode sofrer de uma circunstância mais tipicamente relacionada a imposto, alguma exacerbação no emprego daquele raciocínio segregador talvez tenha havido. Entretanto, já não há mais como prosperar.

É importante lembrar que a grande preocupação em fazer avançar o Direito Tributário, sobretudo logo após a promulgação do CTN, despertou na doutrina e jurisprudência o desejo de levar ao máximo a separação entre tributos vinculados e não-vinculados. Às vezes a ponto de colocá-los em pólos opostos, como se uma espécie tributária tivesse que ser a exata oposição da outra. Contudo, o avanço do Direito Tributário tem oferecido a tranqüilidade para rever os exageros, baseando-se no conhecimento de que a diferença está situada para muito além da simples polarização.

Nesse sentido, embora em alguns casos se encontre aquela máxima como argumento central de algumas decisões judiciais que afastam a cobrança de taxa, nossos tribunais vêm cada vez mais admitindo sua relatividade. À guisa de exemplo, pode-se citar decisão do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região admitindo que a taxa de

pesca tenha por base de cálculo o comprimento das embarcações (Apelação Cível 102.380).

Além disso, o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio de sua Segunda Turma, afastou a incidência de taxa de licença de publicidade, cujo valor era calculado considerando-se o espaço ocupado pelo anúncio, apenas "*porque o trabalho da fiscalização independe do tamanho da placa de publicidade*" (RESP 78.408).

Que dizer então das taxas judiciárias, normalmente calculadas com base no valor do pedido ou da condenação de um processo judicial? Não é só uma condição pessoal do contribuinte que está em tela: em nosso sistema tributário, poucas coisas serviriam tão tipicamente como base de cálculo de imposto. Sem querer ingressar aqui na controvérsia que a questão apresenta, vale registrar que o STF não tem visto problema estrutural na base de cálculo comumente prevista para essas taxas, tendo um caso ou outro por inconstitucional em razão de circunstâncias específicas.

Ainda que não envolvam diretamente a hipótese aqui discorrida, as diversas apreciações que o STJ e o STF têm realizado a respeito da taxa instituída pelo poder de polícia exercido pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), por meio da Lei 7.940, de 20 de dezembro de 1989, evidenciam a comunicabilidade que pode existir entre elementos que participam tanto da fixação de impostos como da de taxas.

Mesmo sem funcionar como base de cálculo, o patrimônio líquido das empresas - que serve como típica base de cálculo para imposto - atua como parâmetro que as coloca dentro de faixas classificatórias; essa classificação, por sua vez, acaba determinando o valor devido a título de taxa.

De tão reiteradas que foram essas decisões, já se pode afirmar que o assunto foi pacificado, conforme os seguintes julgados: RESP 36.895/CE e RESP 135.767/DF (STJ); RE 177.835/PE e RE 189.307/CE; AG 244.167/DF e AGREG 176.382-5/CE (STF). Observe-se, a título de exemplo, apenas a ementa do acórdão do STF proferido por ocasião do RE 198.868/DF, suficiente para sintetizar o cenário:

Taxa de fiscalização dos Mercados de Títulos e Valores Mobiliários. Sua constitucionalidade. Em caso análogo ao presente, o Plenário desta Corte, ao

julgar o RE 177.835, assim decidiu, afastando a alegação de ofensa ao artigo 145, II e § 2º, da Constituição Federal:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DOS MERCADOS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS - TAXA DA CVM. Lei nº 7.940, de 20.12.89. FATO GERADOR. CONSTITUCIONALIDADE.

I - A taxa de fiscalização da CVM tem por fato gerador o exercício do poder de polícia atribuído à Comissão de Valores Mobiliários - CVM. Lei 7.940/89, art. 2º. A sua variação, em função do patrimônio líquido da empresa, não significa seja dito patrimônio a sua base de cálculo, mesmo porque tem-se, no caso, um tributo fixo. Sua constitucionalidade.

II - R.E. não conhecido'.

Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

Recurso extraordinário não conhecido.

Dessa forma, desde que não exista confusão relacionada com a base de cálculo própria de imposto, a taxa pode levar em consideração as condições pessoais do contribuinte ou do objeto que motiva a fiscalização, como parece dizer nas entrelinhas o julgado.

À tese que vem sendo comumente apresentada por alguns contribuintes da TSS, a fim de justificar sua inconstitucionalidade, pode-se aplicar uma crítica metodológica das mais pertinentes, uma vez que se tenta conceber um instituto - a base de cálculo da TSS - definindo apenas aquilo que ele não pode ser - típica de imposto -, com a agravante de sequer se aprofundar no estudo desse campo que lhe é vedado.

Machado (2000:352), ao comentar a vedação inscrita no art. 145, § 2º, da CF, expõe, em síntese, que aquilo que não tiver relação de pertinência com a atividade estatal, que constitui o fato gerador da taxa, não poderá ser sua base de cálculo. Faltando essa relação, e pelo visto somente nesse caso, o fator para o cálculo do tributo estará relacionado exclusivamente com a pessoa do contribuinte (ou com o objeto sobre o qual se desenvolve a atividade estatal) - não há uma terceira alternativa - e certamente será grandeza própria para o cálculo de imposto. E admite que "[...] a determinação do valor da taxa seja feita em função de elementos como, por exemplo, a área do imóvel, como acontece com a taxa de licença para a localização de estabelecimento comercial ou industrial. [...]" (Machado, 2002:378).

Note-se que esse autor reporta-se à hipótese de que a taxa, no entendimento de alguns, incorre em inconstitucionalidade quando a metragem do terreno servir normalmente como parâmetro para calcular o valor venal do imóvel. Não é, portanto, passível de qualquer tipo de uso para incidência de taxa. É necessário admitir uma certa

comunicabilidade entre o imposto e a taxa, sem afrontar o ordenamento do sistema tributário vigente, desde que cada um dos tributos conserve seus elementos característicos.

Ataliba (1978b:86) adverte que a base de cálculo “[...] tem que repousar – na medida do possível na extensão, na intensidade das diligências, que o Estado tem que desempenhar, para conceder ou negar uma licença. Se o Estado, para dar licença a uma indústria, deve executar diligências (medições, confrontações, averiguações, etc...) e com isso vai movimentar químicos, físicos, engenheiros, advogados, etc., então é evidente que vai ter um custo grande para poder outorgar a licença para essa indústria funcionar. Se vai dar licença a uma atividade simples, que requer diligências modestas, a cobrança, que ele vai fazer, tem que ser modesta”.

E mais adiante assinala que “[...] temos que proporcionar a taxa de polícia ao custo das atividades, ao volume das diligências, que o Estado tem, para poder praticar um ato de polícia. Então pode ser exigida por metro quadrado de área vistoriada. Por que não? A área vistoriada é algo ligado ao particular? Mas aí não vai se buscar o limite da capacidade contributiva, mas o índice de trabalho, que o Estado vai ter, para fazer vistoria. Quanto mais área, maior o trabalho” (Ataliba, 1978b:86). E, demonstrando clara convicção acerca do assunto, prossegue o autor:

[...] Por exemplo, num supermercado, o número de balanças aferidas - taxa de aferição de balanças - é uma taxa de polícia, também. Pode-se medir pela capacidade de lotação de um cinema, porque é evidente que um cinema de 2.000 lugares precisa ter quatro banheiros, tantas portas, sistema de ar condicionado etc., e um cinema de 50 lugares é de vistoria mais fácil, porque o que tem que ser vistoriado pela municipalidade é pouca coisa. Então, a premissa que o legislador estabelece é que a diligência, para vistoriar um cinema pequeno é menor do que a para vistoriar um cinema grande. Mas com isso, não se está proporcionando a taxa à capacidade contributiva dos proprietários dos dois cinemas: o pequeno pode cobrar 50 cruzeiros por bilhete e o grande um cruzeiro apenas; O Estado não pode tomar essa diferença como critério para variar a taxa, mas sim o tamanho do cinema ou a intensidade do trabalho, que vai ser necessário, para vistoria-lo, a fim de licenciar-lo. (Ataliba, 1978b:86-87).

Com base nesse entendimento, infere-se que a base de cálculo da TSS não tem relação alguma com a receita ou mesmo com a riqueza que pode estar sendo produzida em cada plano privado de assistência à saúde. Somente lhe importa a existência da prestação daquele serviço visto que é isso que desperta seu dever fiscalizatório.

Em suma, há taxa e não imposto, com a repartição do custo estatal de forma a distribuí-lo proporcionalmente entre os contribuintes, em virtude, justamente, da atuação estatal demandada em prol da coletividade, que será sempre maior e mais ativa quanto maior for o número de beneficiários.

5 Referibilidade Entre o Fato Gerador e a Base de Cálculo da TSS

Tendo demonstrado que o fato gerador inscrito no art. 20, inciso I, da Lei 9.961, de 2000 não possui base de cálculo de imposto, cabe, nesse momento, analisar a relação entre as atividades de polícia exercidas pela ANS e a base de cálculo da TSS.

Como visto, tanto a doutrina como a jurisprudência apontam para a exigência de um grau de parentesco entre aquelas figuras que auxiliam a precisar a obrigação tributária visto que a base de cálculo é a mensuração do fato gerador. Entretanto, no caso da taxa, há peculiaridades que exigem abordagem própria, pois a atividade estatal, fato gerador da taxa, apresenta medição econômica verdadeiramente difícil. Não há como precisar com rigor os fatores que definirão o custo da taxa e é ainda mais difícil dividi-lo na proporção exata em que o contribuinte demanda a atividade estatal.

Desse modo, tem-se que há inúmeras circunstâncias que interferirão na atuação administrativa, motivo pelo qual as ocorrências dos atos administrativos não podem ser prévia e completamente quantificadas. Trata-se mais do próprio modo de liquidação do valor da obrigação tributária do que da base de cálculo. Essa última necessita derivar da própria dinâmica da atuação estatal, mantendo relação com seu desenvolvimento e custo, uma vez que consiste na definição de qual fator concreto estabelecerá os contornos da atividade pública. A partir daí, define-se a fórmula pela qual se apurará o montante devido pela taxa.

Assim, para evidenciar a diferença, cabe ressaltar: a base de cálculo da TSS prevista no inciso I, do art. 20 é, em última análise, o número médio de beneficiários de cada operadora. Porém, o valor da obrigação tributária se efetuará no produto daquela base de cálculo multiplicada por R\$2,00 (dois reais). Isso não significa que a atividade estatal se operará sempre sobre cada beneficiário, a um custo de R\$2,00 (dois reais) por indivíduo. A base de cálculo não precisa ser a descrição exata da atividade e nem do objeto sobre o qual essa atividade se realizará, mas um referencial para se estimar o custo, que não precisa ser um referencial pleno.

Inferre-se, do exposto, que o legislador adotou o número médio de beneficiários como referência para se calcular a taxa, tendo em vista que a existência de cada um deles permite dimensionar – e não necessariamente gerar de modo direito - o custo estimado de R\$2,00 (dois reais) para a movimentação da máquina administrativa. Estabeleceu-se, assim, não o desdobramento da unidade de atuação com o respectivo ônus, mas um critério para apuração de custo total. Restava somente analisar se o critério é apropriado ou não.

Cabe recorrer novamente a Ataliba (1970:488) no intento de obter uma compreensão mais clara e específica da base de cálculo, pois o autor adverte que a lei instituidora da taxa de polícia deve necessariamente tomar como base de cálculo, sob pena de ser inconstitucional, um critério proporcional às diligências condicionadoras dos atos de polícia, visto que esses não possuem nenhum conteúdo econômico.

Isso significa afirmar que a escolha da base de cálculo é limitada e deve recair em fator relevante para determinar a incidência da própria atividade estatal. Na presente hipótese, no que concerne a esse aspecto, o legislador parece ter agido da maneira que lhe pareceu mais correta e adequada.

Constituindo função da ANS garantir que todo beneficiário de plano privado de assistência à saúde tenha seus direitos respeitados, o principal fator a definir sua organização e suas atividades será exatamente o número total de beneficiários que devem ser protegidos, representando o interesse público. Como já assinalado anteriormente, são inúmeras as circunstâncias que auxiliarão a determinar a intensidade quantitativa e qualitativa da fiscalização.

Assim, o comportamento desviado mais repetitivo de uma operadora, por exemplo, pode representar uma oportunidade para um nível de fiscalização maior do que o normal. Porém, um fato como esse, além de não ser objetivo, pois pode abrir as portas para o arbítrio, é caracterizado pela indeterminação, não podendo ser, de maneira alguma, relevado para a base de cálculo de taxa.

Em suma, é tão falso sustentar que cada operadora demandará atividades de polícia na exata proporção do seu número de beneficiários, quanto é equivocado dizer que esse número é o fator mais relevante para determinar o grau de fiscalização a cargo da ANS.

Destarte, pode-se reafirmar que a base de cálculo não precisa contemplar todos os elementos que definirão a incidência da atividade estatal. Também não é necessário que esse procedimento seja realizado por meio de uma fórmula para obter média ponderada, proporcional à repercussão de cada um dos diversos fatores que definirão a quantidade de ocorrências dos atos de polícia. Isso é humanamente impossível.

O que se costuma exigir, além da relação de referibilidade entre a base de cálculo e o fato gerador, é que na definição apriorística de como será repartido o custo da atividade estatal, utilizem-se premissas lógicas, razoáveis, representativas e, principalmente, relacionadas à própria atuação do Poder Público. Pedir mais é procurar inviabilizar essa figura tributária.

Nesse particular, Machado (2002:373) assinala que é bastante divulgada a concepção de que a taxa é um tributo contraprestacional, ou seja, seu pagamento corresponde a uma contraprestação do sujeito passivo ao Estado, pelo serviço que lhe presta, ou pelo benefício que lhe conceda. Para o autor, não parece que assim seja. Pelo menos não lhe parece que exista necessariamente uma correlação entre o valor da taxa exigida e o valor do serviço prestado ou posto à disposição do sujeito passivo ou ainda do benefício que o Estado lhe conceda.

Dessa consideração, mais direcionada para o valor da taxa, depreende-se que a base de cálculo da taxa não precisa ser de tal ordem, que relacione os fatores que

contribuem para determinar, de modo completo e com rigor, a incidência da atuação estatal e, conseqüentemente, avaliar o custo exato da atuação gerada por contribuinte.

É importante lembrar que a estipulação da taxa decorre da soberania e, diante da impossibilidade de precisar aprioristicamente o custo por unidade de atos administrativos, permite-se uma certa discricionariedade quanto à repartição do custo total entre seus contribuintes. Dando mais ênfase, em certos momentos, à discricionariedade que vem da soberania e, em outros momentos, centrando-se mais na impossibilidade de estipular previamente o custo de cada atividade estatal, o fato é que a doutrina mais respeitada segue essa mesma orientação.

Acerca desse assunto, Moraes (1976:177) acrescenta que "podendo legislar sobre a taxa, não falta ao poder tributante competência para a escolha do processo de cálculo do seu tributo. O legislador é livre nesta escolha, desde que obedeça as regras do sistema tributário".

E, continuando, o autor citado acrescenta que:

A primeira opção do legislador é a da escolha do critério a ser adotado para a determinação da quantia a ser exigida do sujeito passivo, a título de taxa. Poderá adotar um tributo fixo, que se esgota na especificação da soma a ser exigida, ou um tributo variável, com seus dois elementos essenciais: base de cálculo ou parâmetro e alíquota tributária.

Na adoção do critério a ser fixado em lei, o legislador deve, inicialmente, ter em mente a distinção entre a taxa e o imposto, que exige sensível diferença na escolha da base de cálculo de um e de outro tributo. No imposto, o fato gerador da respectiva obrigação tributária tem sempre uma natureza econômica, ligado que se acha a fatos que indicam capacidade econômica do sujeito passivo, *v.g.*, seu patrimônio, seu lucro, etc. Na taxa, o fato gerador da respectiva obrigação tributária é diferente, tendo em vista a peculiaridade dessa espécie tributária em estar sempre ligada à atividade estatal dirigida ao contribuinte. Seu pressuposto de fato, portanto, não se acha ligado ao patrimônio do contribuinte ou a qualquer índice de riqueza do mesmo.

Conforme se verifica, tratando de taxa, a solução para o problema de cálculo do tributo é bastante dificultosa. Difícil se apresenta apreciarmos economicamente o valor, total ou parcial, da atividade estatal dirigida ao contribuinte. A cautela é necessária. Pode o legislador adotar um sistema de cálculo, ajustado às peculiaridades da atividade específica promovida pelo Estado, para cada taxa.

A norma jurídica da taxa deve conter um elemento quantitativo, sob pena de não poder formar o crédito tributário. Em geral, encontramos dois elementos essenciais para o cálculo da taxa, a saber:

a) uma *base de cálculo*, ou um parâmetro, que permita quantificar algo. É denominada também *módulo legal*, *base de medida*, *unidade de medida legal* ou *unidade de medida*. É a unidade de medida de que se serve o legislador para ser aplicada a alíquota tributária. É o elemento financeiro que possibilita a medição do montante a ser exigido como taxa. A norma jurídica fixa, como

base de cálculo, um elemento sobre o qual se aplicará a alíquota tributária, cuja combinação oferecerá o valor da taxa devida;

b) uma ou várias *alíquotas tributárias*, a serem aplicadas sobre a unidade de medida escolhida. A lei pode adotar alíquotas fixas ou variáveis (progressivas, proporcionais, etc.).

[...].

(Moraes, 1976:177-178).

Referindo-se de forma genérica aos tributos, Falcão (1971:138) chama atenção para a necessidade de existência de uma relação de pertinência entre o fato gerador e sua base de cálculo, **verbis**:

Base de cálculo tem de ser uma circunstância inerente ao fato gerador, de modo a afigurar-se como sua verdadeira e autêntica expressão econômica.

É certo que nem sempre há absoluta identidade entre uma e o outro. Dizem os escritores que tal simultaneidade ou identidade perfeita entre fato gerador e base de cálculo só é encontrada nos impostos sobre a renda e o patrimônio.¹³²

Não obstante, é indispensável configurar-se uma relação de pertinência ou inerência da base de cálculo ao fato gerador: tal inerência ou pertinência afere-se, como é óbvio, por este último.

Machado (2000:353) compartilha ainda mais sistematicamente desse mesmo entendimento, ao menos no que se refere às taxas, ao sustentar que, apesar de não se dispor de um critério que possibilite o exato dimensionamento da maior parte das taxas, principalmente daquelas cujo fato gerador é o exercício do poder de polícia, é defensável o entendimento com base no qual o valor da taxa deve ser relacionado ao custo da atividade à qual se vincula.

De modo a comprovar que a TSS está em harmonia com o sistema tributário vigente, no que tange à relação entre o poder de polícia e a sua base de cálculo, *que é de referibilidade e não de identidade absoluta*, desenvolvem-se as seguintes premissas: a) o fato gerador é o exercício da atividade de polícia sobre as operadoras de plano privado de assistência à saúde; b) a organização e execução dessa atividade terão como objetivo principal o respeito ao atendimento dos beneficiários; logo, um dos fatores mais determinantes da incidência da atuação estatal será o número de beneficiários que cada plano apresente.

Isso porque é competência manifesta da ANS fiscalizar a efetiva cobertura do atendimento ao beneficiário. É correto ainda assinalar que nem todos os atos desempenhados vão variar em conformidade com o número de beneficiários. Alguns deles serão mais influenciados pelos tipos de contrato ou pelo número de operadoras.

Entretanto, considerar apenas um desses elementos para configurar a base de cálculo dimensiona menos ainda a intensidade das atividades estatais.

Além do mais, o número de beneficiários influencia na execução da atividade administrativa, mesmo na fiscalização que se esgotará mais diretamente na estrutura organizacional de cada entidade. Quanto maior esse quantitativo, mais complexa tende a ser a estrutura das operadoras. Estas serão fiscalizadas inclusive no intento de verificar a capacidade de cobrir o atendimento à totalidade dos beneficiários. É o que se extrai da redação do inciso XXV do art. 4º da Lei 9.961, de 2000.

Assim, parafraseando Ataliba (1978b:86-87) quando trata da hipótese da licença para localização e funcionamento de um cinema muito maior do que outro, há que se reconhecer que uma operadora com número de beneficiários muito maior que a outra deverá ter uma rede de prestadores de serviços muito maior, sobre a qual a ANS terá de atuar. Além disso, deverá submeter ao controle da ANS um número de bens muito maior para a garantia de sua capacidade econômico-financeira. Da mesma forma, demandará acompanhamento ainda mais intenso sobre a ocorrência de atendimento de seus beneficiários pelo SUS. Este conjunto de características é motivo para necessariamente ressarcir o sistema.

Tem-se com isso que o valor da taxa e sua base de cálculo constituem estimativas, as quais devem ser estipuladas com significativa razoabilidade e estabelecê-la concerne exclusivamente à discricção do legislador.

Voltando ao efeito reflexo que um fato pode exercer sobre a intensidade da fiscalização, deve-se ressaltar que essa foi uma das sustentações pelas quais se reconheceu a validade da taxa exigida pela CVM.

Recorra-se novamente ao assunto, parcialmente semelhante ao ora analisado, e veja-se a consideração lançada pelo Ministro Moreira Alves quando do julgamento do AG 244.167/DF: *“Essa taxa, no caso, é um tributo fixo, cujo valor, portanto, é fixado diretamente pelo legislador com base em faixas em que se situam seus patrimônios líquidos e que se tomam, razoavelmente, como índices das necessidades de fiscalização do vulto e da quantidade de operações das empresas que atuam no mercado de valores mobiliários”* (STF).

Dessa forma, é inegável que, embora não possa dar a exata dimensão da quantidade dos atos de polícia administrativa a serem realizados, o número de beneficiários de uma operadora é fator fundamental, porém não único, para definir a intensidade dos atos fiscalizatórios. Até pelo simples motivo de que, salvo excrescências que não podem ser avaliadas **a priori**, o maior número de beneficiários demanda um maior número de atividades da empresa a ser fiscalizada.

Conseqüentemente, requer mais diligências por parte da ANS. Em outras palavras: **o número médio de beneficiários se presta, com certeza, para aferir o porte da instituição e, por conseguinte, o maior ou menor esforço a ser implementado pelo poder de polícia para fiscalizá-la.**

Qualquer outra maneira sugerida estimularia a geração de injustiça fiscal ao cobrar o mesmo valor de taxa, por exemplo, de uma operadora com mil beneficiários e de outra com um milhão de beneficiários, uma vez que essa última possui atuação muito mais intensa e estrutura mais complexa, o que demanda maior fiscalização por parte da ANS.

Sendo assim, é correto afirmar que o exercício do poder de polícia desempenhado pela ANS para acompanhar o funcionamento das operadoras pretende ser remunerado na forma estabelecida pelo inciso I do art. 20 da Lei 9.961, de 2000, o qual fixou como critério para base de cálculo o número médio de beneficiários de cada plano privado de assistência à saúde, visto que há razoável equivalência com o custo da fiscalização.

6 O Valor da TSS e sua Razoável Equivalência com o Custo da Atividade Estatal

Conforme foi visto até o momento, esclareceu-se a pertinência da base de cálculo e também a validade do seu valor, uma vez que esse não necessita guardar relação de perfeita equivalência com o ônus financeiro que a atividade causa. Dessa maneira, a ninguém é dado deixar de pagar uma taxa simplesmente porque seu valor não representa o exato custo individualizado da atividade estatal. Não há uma relação de troca, como diz a melhor doutrina.

Tendo por base a premissa de que o valor global não necessita ser avaliado com exatidão, bastando haver uma proximidade e/ou razoabilidade com o custo total e tendo por base, ainda, a premissa de que se a base de cálculo não precisa ser a conjugação de todos os fatores que participam do custo da unidade de serviço, na exata medida da respectiva participação, infere-se que a forma de cálculo do valor da taxa não tem que ser a planilha fiel de custo da atividade estatal estipulada para cada um dos contribuintes.

Acerca deste assunto, Sousa (1975:162) afirma que “[...]. Mesmo no caso das taxas (§ 45), embora estas sejam a retribuição de serviços ou atividades especiais do Estado, não existe uma equivalência direta entre o montante do tributo e o valor do serviço ou atividade para o contribuinte, porque é sempre o Estado que fixa unilateralmente o montante da taxa”.

Nesse sentido, é importante frisar que a base de cálculo da TSS guarda relação com o exercício da atividade de fiscalização sobre cada uma das operadoras, atividade essa que é função da ANS. Assim, quanto maior o número de beneficiários de planos privados de assistência à saúde de cada operadora, maior será também a atividade de polícia exercida pela ANS no âmbito da fiscalização.

Complementando o assunto em voga, Moraes (1976:185-186) escreve que, nos dias atuais, optou-se por adotar o critério da razoável equivalência, admitindo-se que o total da arrecadação da taxa seja um pouco superior ao valor de seu custo. E em seguida o autor aduz que o “essencial é justamente que a atividade estatal exista, que seja a mesma eficiente e que o importe total auferido pelo Estado não guarde uma notória desproporção com o custo respectivo, em prejuízo para o administrado”.

Ao comentar o entendimento desse autor, Silva (1981:15) sustenta que essa posição é totalmente aceitável, em vista das dificuldades que emergem para alcançar um valor exato das atividades estatais, em decorrência da complexidade da máquina administrativa pública. Prosseguindo, Silva acrescenta que “em face dessa quase que total impossibilidade de mensuração objetiva da atividade estatal e com a aceitação da equivalência, ou seja, poder ser um pouco mais ou um pouco menos, o custo daquela atividade será tomado como limite máximo, pois deve o legislador, ou o próprio

aplicador da lei, a esse parâmetro cingir-se. Assim, nada impede que a base de cálculo seja um valor menor que o custo real, como também, se maior, enquadre-se dentro do razoável, cujo conceito está adstrito àquele custo”.

Analisando a questão, Becker (2002:383) ressalta que, “como é impraticável tomar o valor *real* do serviço, seu valor é indiretamente fixado pela própria lei criadora da taxa. Esta lei, ao estabelecer uma *quota* (ex: determinada quantia de dinheiro) *multiplicável* (ex: por litros de água ou quilômetros de estrada), determinou a unidade de divisão do valor do serviço e *esta determinação pela regra jurídica do coeficiente do valor do serviço* (ou coisa) *estatal criou presunção juris et de jure do valor do serviço* (ou coisa) *estatal* para o efeito de constituir base de cálculo da taxa¹⁵”.

Desnecessário comentar que a lição acima é totalmente pertinente. Quando se fala em estimativa, o autor citado admite que é dado à lei estipular, com presunção absoluta, o valor do serviço, determinando ela própria que unidade entende como apta para contabilizar o custo.

A jurisprudência do STF tem, várias vezes, partilhado do mesmo entendimento. Os julgados sobre taxas judiciárias demonstram essa comunhão. Nesse sentido, do voto do Ministro Moreira Alves, na Representação 1077-RJ, colhe-se a seguinte passagem:

Sendo - como já se acentuou - a taxa judiciária, em face do atual sistema constitucional, taxa que serve de contraprestação à atuação dos órgãos da Justiça cujas despesas não sejam cobertas por custas e emolumentos, tem ela - como toda taxa com o caráter de contraprestação - um limite que é o custo da atividade do Estado dirigido àquele contribuinte. Esse limite, evidentemente é relativo, dada a dificuldade de se saber, exatamente, o custo dos serviços a que corresponde tal contraprestação. O que é certo, porém, é que não pode a taxa dessa natureza ultrapassar uma equivalência razoável entre o custo real dos serviços e o montante a que pode ser compelido o contribuinte a pagar, tendo em vista a base de cálculo estabelecida pela lei e o *quantum* da alíquota por esta fixado. (RTJ 112/58-59).

Como se vê, mesmo para aqueles que exigem uma certa proporcionalidade entre o custo da atividade estatal desenvolvida e o valor exigido do contribuinte, além da referibilidade entre o fato gerador e a base de cálculo, o fato é que a perfeita equivalência não é exigida por ser inviável.

Note-se, inclusive, que, quando o legislador tributário entendeu por bem vincular o valor cobrável ao seu custo exato, não olvidou de expressá-lo. É o que ocorre no caso da contribuição de melhoria (art. 81 do CTN), pois para ela se previu o limite do total a ser cobrado, que corresponde à despesa realizada com a obra, e, no plano do contribuinte, o limite individual, que equivale ao acréscimo de valor imobiliário resultante daquela providência estatal. Isso ocorreu em decorrência da própria viabilidade de tais apurações no caso de obras públicas, fato gerador da contribuição de melhoria. Já no caso das taxas a situação é bem distinta, como reconhecem a doutrina e a jurisprudência.

Esse tratamento diferenciado não passou despercebido pelo Ministro Cunha Peixoto. Diante do RE 86.365/SP o Ministro faz a seguinte consideração insofismável: “[...] *nem a constituição nem o Código Tributário Nacional estabelecem limites para o cálculo de taxa, como sucede com a contribuição de melhoria, que não pode ultrapassar o total das despesas realizadas, devendo se conter no acréscimo de valor que a obra dá ao imóvel beneficiado*” (RTJ 88/978).

Recorrendo-se mais uma vez aos ensinamentos de Moraes (1968:110-111), esse faz o seguinte diagnóstico:

[...] tratando-se de taxas, a solução para o cálculo do valor do tributo é bastante difícil. Além de não possuírem como fato gerador um elemento considerado riqueza, bem sabemos da dificuldade de se apreciar economicamente o valor da atividade estatal em relação ao contribuinte.

O legislador, ao solucionar o problema do *quantum* das taxas, deve ter cautela. Cada espécie de taxa pode aconselhar um sistema de cálculo especial, ajustado às particularidades da atividade específica que dá lugar à cobrança da taxa.

7 Atendimento ao Princípio da Ordem Econômica

Conforme demonstrado nos itens precedentes, a exigibilidade da TSS encontra fundamentos mais que suficientes no sistema constitucional tributário vigente. Infere-se desse fato que a TSS é plenamente válida, legítima, constitucional e não pode ter sua cobrança obstruída.

A estipulação da TSS é também a que melhor se coaduna com a ordem econômica constitucionalmente prevista e é ainda a mais louvável no quesito extrafiscalidade.

O art. 170 da CF estabelece os princípios regentes da economia brasileira, entre os quais o da livre concorrência. Assim, a forma como foi estipulada a TSS nos permite afirmar que possibilita a livre concorrência entre as mais diversas operadoras de planos privados de assistência à saúde, afastando, assim, a possibilidade de formação de oligopólios.

A divisão igualitária do custo aproximado da fiscalização entre as operadoras, por outro lado, representaria um ônus demasiado alto para as menores. Haveria, ainda, uma relação menor com a ocorrência do fato gerador, o que provavelmente representaria uma dificuldade para a ampla concorrência, funcionando como uma forma de subsídio à criação de oligopólios no setor.

A mesma observação é válida para a proposição de cobrar a taxa por tipo de produto oferecido, pois constituiria um desestímulo à concorrência que se desenvolve pela diversificação de produtos no mercado. Assim, as operadoras que procurassem diversificar os tipos de plano, oferecendo alternativas mais adequadas aos diversos beneficiários, acabariam pagando por essa iniciativa.

Infere-se, portanto, que ambas as propostas não são a melhor alternativa, tanto no que se refere ao aspecto eminentemente tributário, como no que diz respeito às suas conseqüências extrafiscais. Resultaria disso um prejuízo representativo aos beneficiários dos planos privados de assistência à saúde.

Evidentemente, o mesmo não se pode afirmar acerca da taxa com base no número de beneficiários, uma vez que o impacto tributário se dará de modo relativamente proporcional, repercutindo de forma isonômica sobre as operadoras.

Em suma, o tributo foi instituído de modo a melhor obedecer aos cânones do Direito Tributário – como o fez - e ainda por cima tem seus efeitos totalmente adequados ao papel do Estado. Definitivamente, nenhum outro critério seria capaz de estabelecer a base de cálculo da taxa de saúde suplementar com tanta propriedade.

8 Atendimento aos Princípios da Legalidade e Anterioridade

Cabe ainda demonstrar ser totalmente infundada a alegação de que a criação da TSS não observou os princípios da legalidade e anterioridade.

Conforme já mencionado, quando se analisou especificamente esses princípios, o art. 150 da CF, em seu inciso III, alínea *b*, veda à União a cobrança de tributos “*no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou*”. Assim, a exigibilidade do tributo está condicionada à existência de lei promulgada em exercício financeiro anterior. Não é outro, portanto, o princípio da anterioridade.

Esse princípio é de suma importância para o sistema constitucional tributário, uma vez que impede que o sujeito passivo da obrigação tributária seja surpreendido por novos ou majorados tributos, ficando desprotegido para estabelecer um mínimo de previsão no sentido de atender seus compromissos tributários.

A afirmação de que a TSS viola o princípio da anterioridade demonstra total desconhecimento da história de sua criação. De fato, como já registrado, a TSS foi criada pela MP 1.928, de 25 de novembro de 1999, tendo sido, inclusive, determinada em seu texto a data de início de sua incidência, ou seja, o exercício financeiro subsequente. Posteriormente, essa medida de urgência foi reeditada pela MP 2.003-1, de 14 de dezembro de 1999, e pela MP 2.012-2, de 30 de dezembro de 1999, e foi, por fim, convertida na Lei 9.961, de 2000.

Portanto, a criação da TSS ocorreu em 25 de novembro de 1999, ou seja, no ano anterior ao de sua cobrança, atendendo, assim, ao princípio da anterioridade tributária.

Da mesma forma, alega-se que não houve conversão dessas medidas provisórias, porquanto a Lei 9.961, de 2000 seria originária de projeto de lei sancionado pelo Presidente da República.

Entretanto, não se pode acreditar que uma lei promulgada no prazo de vigência e que repete a quase integralidade do texto de medida provisória anterior seja

totalmente dissociada dessa última, simplesmente por não lhe fazer referência expressa. Raciocinar assim reflete um apego exagerado e indevido às formalidades não-essenciais e não-previstas no texto constitucional. Principalmente no atual estágio da evolução do direito, que não admite mais que a forma se sobreponha à essência e à finalidade do ato jurídico, inclusive do ato normativo, entendimento este ínsito no art. 18 da Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998 (Neves, 2001).

Segundo Neves (2001), essa questão foi várias vezes enfrentada pela Procuradoria Federal junto à ANS em contestações apresentadas nas ações judiciais que questionam a exigibilidade da TSS, inclusive quanto à sanção presidencial do projeto, em especial na ação judicial 2000.51.01.018015-0, em curso na 22ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, da qual se pode extrair os seguintes trechos:

[...] a conversão da medida provisória em lei se dá de duas formas. A primeira ocorre quando não há modificação de texto original, o que levará a medida provisória a tramitar como proposição principal, acompanhada do parecer emitido pela Comissão Mista do Congresso Nacional. Caso contrário, na hipótese de alteração do texto, o seu trâmite se dará através de um instrumento específico, qual seja, o projeto de lei de conversão.

Ressalte-se, no entanto, que, sendo a medida provisória alterada ou não pelo Congresso nacional, e, portanto, objeto de lei de conversão ou não, resta evidente o poder-dever do Presidente da República de sancionar a norma. É prerrogativa constitucional e cláusula pétrea da Carta de 1988, em virtude da intenção do constituinte de somente autorizar a criação de ato legislativo após a efetiva autorização conjunta dos Poderes Legislativo e Executivo.

[...]

Aliás, em todo o capítulo constitucional referente ao processo legislativo não foram afastadas as prerrogativas de sanção e veto do Presidente da República, seja no projeto de lei, seja na apreciação da Medida Provisória. De fato, não há qualquer ressalva, neste aspecto”.

Não restam dúvidas, portanto, de que a conversão da medida provisória que instituiu a TSS na Lei 9.961, de 2000, por suas reedições, está em perfeita consonância com o princípio da anterioridade.

Na mesma linha de questionamento, alega-se que a TSS não atende ao princípio da legalidade, embora o entendimento do STF seja pacífico no sentido de que medida provisória é instrumento jurídico absolutamente hábil e capaz de instituir ou modificar tributos. É o que se extrai do RE 253.708-RS em que foi Relator o Ministro Néri da Silveira, em um julgamento que mereceu a seguinte ementa:

1. Recurso extraordinário. 2. Medida Provisória. Prazo nonagesimal. 3. A Medida Provisória não apreciada pelo Congresso Nacional pode ser reeditada dentro do seu prazo de validade de 30 dias, mantendo a eficácia de lei desde a sua primeira edição. 4. A Medida Provisória, tendo força de lei, é instrumento idôneo para instituir e modificar tributos e contribuições sociais. Precedentes. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, RE 253.708-RS, Relator: Ministro Néri da Silveira).

Destaca-se a seguir, no mesmo sentido, outras decisões proferidas pela Suprema Corte:

I. RE: razões do recorrido: inovação descabida. No recurso extraordinário, do recorrido não cabe exigir prequestionamento de argumento jurídico que possa opor ao fundamento do recurso; mas, para contestar o recurso, não lhe dado alterar os supostos de fato de sua postulação nas instâncias ordinárias, à luz dos quais lá se julgou a causa. II. Medida provisória: força de lei: idoneidade para instituir tributo, inclusive contribuição social (PIS). III. Contribuição social: instituição ou aumento por medida provisória: prazo de anterioridade (CF., art. 195, § 6º). O termo a quo do prazo de anterioridade da contribuição social criada ou aumentada por medida provisória é a data de sua primitiva edição, e não daquela que - após sucessivas reedições - tenha sido convertida em lei (STF, RE 232.526/MG, 1ª Turma, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence).

I. Medida provisória: força de lei: idoneidade para instituir tributo, inclusive contribuição social (PIS). II. Contribuição social: instituição ou aumento por medida provisória: prazo de anterioridade (CF., art. 195, § 6º). O termo *a quo* do prazo de anterioridade da contribuição social criada ou aumentada por medida provisória é a data de sua primitiva edição, e não daquela que - após sucessivas reedições - tenha sido convertida em lei (STF, RE nº 250.170/MG, 1ª Turma, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence).

I. Recurso extraordinário: devolução. Prejudicial de inconstitucionalidade suscitada pelo autor e repelida pelo acórdão recorrido, que, no entanto, por fundamento diverso, acolheu a demanda; RE da parte adversa, impugnando fundamento acolhido pelo Tribunal *a quo*; controvérsia possível, à luz da Súmula 456, sobre ficar ou não preclusa a questão prejudicial, à falta de recurso adesivo do autor: irrelevância no caso, em que o ponto foi decidido conforme a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal. II. Medida provisória: força de lei: idoneidade para instituir tributo, inclusive contribuição social (PIS). III. Contribuição social: instituição ou aumento por medida provisória: prazo de anterioridade (CF., art. 195, § 6º). O termo *a quo* do prazo de anterioridade da contribuição social criada ou aumentada por medida provisória é a data de sua primitiva edição, e não daquela que - após sucessivas reedições - tenha sido convertida em lei. (STF, RE 247.243/MG, 2ª Turma, Ministro Relator Sepúlveda Pertence).

Diante dessa realidade, as questões relativas à ofensa ao princípio da anterioridade e à impossibilidade de instituir tributo por meio de medida provisória não

passam de retórica vazia, na ausência de argumentos capazes de infirmar a existência da TSS no mundo jurídico.

9 Atendimento ao Princípio da Irretroatividade

Cabe ainda demonstrar que a alegação de que o fato gerador da TSS é anterior à sua criação e, em razão disso, fere o princípio constitucional da irretroatividade, não resiste a uma análise mais aprofundada.

Com efeito, a tese de que a TSS não pode ser cobrada em relação aos beneficiários de planos de saúde cujos contratos tenham sido assinados antes da promulgação da Lei 9.656, de 1998 não encontra amparo sequer nos princípios que regem o direito constitucional e tributário.

Conforme visto, o fato gerador da TSS não é representado pela assinatura do contrato entre a operadora e o beneficiário do plano, mas sim pelo *regular exercício do poder de polícia realizado pela ANS*. Dessa maneira, não importa a data em que os contratos tenham sido assinados, pois o poder de polícia é exercido pela ANS desde a sua criação.

Se essa tese prosperasse, tornaria letra morta toda a legislação tributária vigente. Assim, tornar-se-ia inviável a exigibilidade, por exemplo, do imposto de renda para aqueles que auferissem renda proveniente de contrato de trabalho firmado antes do advento da lei regulamentadora desse imposto; do IPVA dos carros adquiridos anteriormente a qualquer modificação à lei; ou mesmo a cobrança do IPTU em relação a imóveis adquiridos antes da elaboração da planta de valores.

CAPÍTULO VI

CONCLUSÕES

O Estado foi a alternativa encontrada pelos homens para regularizar sua vivência em Sociedade de forma a torná-la pacífica. Desse modo, o Estado é resultado da necessidade de organização em Sociedade. Sua função principal é garantir condições mínimas de sobrevivência à população, bem como o respeito aos direitos fundamentais como a educação e a saúde. Entretanto, o crescimento da Sociedade, tanto em extensão como em complexidade, ou seja, o desenvolvimento das relações econômicas e sociais, tem dificultado a atuação do Estado de modo eficiente.

Durante toda a sua existência, o Estado moderno tem passado por períodos que configuram diferentes modelos estatais (absolutista, liberal, intervencionista), dos quais atualmente predomina o modelo regulador.

O fenômeno da intervenção estatal sempre esteve presente em todos os sistemas econômicos, variando qualitativa e quantitativamente, de acordo com a sociedade de cada época. Assim, mesmo durante o liberalismo econômico, discute-se se não havia uma intervenção estatal, ainda que em grau mínimo.

No modelo regulador, o Estado passou a ser obrigado a reduzir sua intervenção direta no domínio econômico e encontrou na desestatização a solução ideal, pois, além de se retirar da atividade econômica, o Estado reduziria em parte seu déficit e aumentaria a sua arrecadação com a possibilidade de crescimento.

Desse modelo resultou a crise do Estado Social, definida como fiscal, do modo de intervenção, do modo de administrar, como (in) efetividade da lei, de legitimação de um tipo de Estado característico de um capitalismo incompleto, desigual e combinado e de Estado enquanto Estado nacional. O Estado deixou de ser eficiente para atender as necessidades básicas da população, como o direito à educação e à saúde. Tem-se, assim, que a crise que atingiu a estrutura do Estado, mais propriamente a partir dos anos 80, o abalou e o enfraqueceu substancialmente.

A crise econômica dos anos 80 foi responsável pela redução das taxas de crescimento da maior parte dos países. No Brasil, essa redução caracterizou-se fundamentalmente pela perda de capacidade do Estado de coordenar o sistema econômico de forma complementar ao mercado. Esse fato conduziu ao descrédito do planejamento estatal, o qual, por estar incapacitado de garantir a efetividade da lei de modo equitativo, passou a exigir uma reforma.

As recentes transformações na sociedade, que se devem ao processo de globalização e ao surgimento das tecnologias de informação e comunicação, requerem a efetivação de modelos de gerenciamento inovadores no setor da administração pública. Dessa maneira, principalmente no campo econômico, o Estado está assumindo uma nova função, que está relacionada ao modo de administração dos mercados.

Nesse sentido, foi formulado no Brasil o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, o qual é constituído pelo diagnóstico da crise da administração pública brasileira e pela proposta de sua reforma no sentido de uma Administração Pública Gerencial.

A reforma do aparelho estatal foi condição indispensável para a consolidação do ajuste fiscal do Estado brasileiro e para a existência de um serviço público moderno, profissional e eficiente. O objetivo da reforma está relacionado à redução da estrutura estatal, com base na definição de uma nova estratégia de desenvolvimento, consistente com a nova realidade econômica internacional.

No entanto, o atual sistema de saúde no Brasil, regido pelo SUS, compreende um dos pontos mais críticos da administração pública e não atende a demanda populacional. Mesmo com a criação do PSF, que é um instrumento de reorganização do SUS e de municipalização da saúde, não se garante a equidade do direito à saúde.

Assim, os indivíduos com poder aquisitivo maior recorrem aos planos privados de assistência à saúde, regulamentados pela Lei 9.656, de 1998. Esses planos, operados pela iniciativa privada suplementarmente ao sistema público de saúde brasileiro, configuram-se em fator opcional àqueles que possuem renda superior e não

necessitam submeter-se ao atendimento de qualidade inferior oferecido no âmbito da saúde pública, com exceção dos procedimentos de alta complexidade, e constituem-se no chamado setor privado de assistência à saúde.

Em decorrência do crescimento do número de operadoras no país e da dificuldade da máquina pública em manter a fiscalização dessas entidades para que seus clientes não fossem prejudicados, foi criada a ANS. Essa Agência destina-se à realização do controle, regulação, normatização e fiscalização das atividades que garantem a assistência suplementar à saúde.

A criação da ANS é fruto de uma política de reforma do Estado brasileiro. É uma autarquia especial, independente em suas decisões técnicas e com mandato fixo de seus dirigentes, além de possuir autonomia administrativa e financeira. A autonomia administrativa é representada pelo exercício da atividade regulatória frente ao seu objeto, por meio de competência delegatória supletiva, dotada de diretoria colegiada com mandato. Por sua vez, a autonomia financeira foi obtida por meio de diversas receitas, dentre as quais o produto resultante da arrecadação da TSS.

A taxa é um tributo vinculado cujo fato gerador é sempre uma atuação qualquer do Estado, direta e imediatamente referida ao contribuinte. Assim, a TSS possui como fato gerador o exercício pela ANS do poder de polícia que lhe é legalmente atribuído. Os sujeitos passivos da TSS são representados pelas pessoas jurídicas, condomínios ou consórcios constituídos sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa ou entidade de autogestão, que operem produto, serviço ou contrato com a finalidade de garantir a assistência médica, hospitalar e odontológica.

Embora a constitucionalidade da TSS seja constantemente questionada por seus contribuintes, a jurisprudência majoritária de nossos tribunais tem reconhecido sua exigibilidade e sua conformação com a ordem constitucional vigente.

Pode-se afirmar, portanto, que o fato gerador da TSS, previsto no inciso I do art. 18 da Lei 9.961, de 2000, ou seja, o exercício do poder de polícia legalmente atribuído à ANS para controlar, regular e fiscalizar as operadoras de planos privados de

assistência à saúde, encontra-se em perfeita consonância com a Carta Magna, sendo destituída de fundamento a dialética que vê nele ilegalidade ou inconstitucionalidade.

No mesmo diapasão, a base de cálculo da TSS, que é fornecida por meio do número médio de beneficiários de cada plano privado de assistência à saúde, é legal e constitucional. Isto porque não é típica de imposto, considerando que não mede a riqueza do contribuinte, como ocorre na base de cálculo dos impostos em geral. Além disso, verifica-se uma inquestionável referibilidade entre a base de cálculo e o fato gerador da TSS.

Sabendo-se que a atividade fiscalizadora da ANS destina-se a assegurar os direitos dos beneficiários de planos privados de assistência à saúde, o número total destes é critério razoável para servir de base de cálculo da TSS, ainda que nem toda a atividade estatal se desenvolva na exata proporção àquele número.

Ademais, o número de beneficiários influencia na execução da atividade estatal, mesmo na fiscalização que incida mais diretamente sobre a estrutura organizacional das operadoras. Assim, quanto maior o número de beneficiários, mais complexa tende a ser a estrutura das operadoras.

O valor da TSS não tem o objetivo de repartir o custo total da atividade de polícia exercida pela ANS por contribuintes, na exata medida em que esses tenham sido objeto da fiscalização. Tem-se assim que, qualquer outra hipótese de base de cálculo, além de ser menos satisfatória aos princípios e regras que caracterizam o Direito Tributário, teria conseqüências contraditórias acerca do papel do Estado diante da ordem econômica, o que dificultaria a livre concorrência.

Em suma, conforme demonstrado com fundamento no marco teórico-conceitual escolhido e na jurisprudência correspondente, a TSS é legal e constitucional porque atende aos princípios da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade, da ordem econômica, da isonomia e da proibição de confisco.

A TSS é constitucional porque há evidente relação de referibilidade, e não de identidade absoluta, entre o fato gerador e a base de cálculo; por que utiliza um dos aspectos (o número de beneficiários) do mesmo fato econômico (contrato), o qual

poderia dar ensejo a cobrança de eventual imposto; porque inexistente relação de troca entre o valor da TSS e o custo da atividade estatal, mas uma razoável equivalência; porque sua base de cálculo é apenas um referencial para estimar o custo da atividade estatal; porque a taxação com base no número de beneficiários é mais isonômica, uma vez que o impacto tributário se dá de modo relativamente proporcional; porque não mede a riqueza do contribuinte, não considera sua capacidade econômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Joaquim Castro. *Regime jurídico das taxas municipais*. Rio de Janeiro: IBAM, 1982.

AQUINO, Rubim Santos Leão de et al. *Historia das sociedades: das sociedades modernas às sociedades atuais*, 37 ed.. Rio de Janeiro: Record, 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*, 6 ed.. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Aula magna: direito material tributário, relação jurídica tributária e hipótese de incidência. In: ATALIBA, Geraldo (coord). *Elementos de Direito Tributário: notas taquigráficas do III Curso de Especialização em Direito Tributário realizado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978a, p. 29-71.

_____. Aula magna: classificação científica dos tributos e regime jurídico das espécies tributárias. In: ATALIBA, Geraldo (coord). *Elementos de Direito Tributário: notas taquigráficas do III Curso de Especialização em Direito Tributário realizado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978b, p. 73-119.

_____. Taxa pelo exercício do poder de polícia (Parecer). In: *Revista de Direito Administrativo – RDA*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 102, out./dez. 1970, p. 474-495.

_____. Teoria jurídica da taxa. In: *Revista de Direito Público – RDP*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 9, jul/set. 1969, p. 43-54.

_____. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

ATCHE, Elusa Cristina Costa Silveira. *A atuação do poder judiciário e a efetividade do direito fundamental à saúde prestacional*. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002, 171f.

BAHIA, Ligia. O mercado de planos e seguros de saúde no Brasil: tendências pós-regulamentação. In: NEGRI, Barjas; DI GIOVANNI, Geraldo (orgs.). *Brasil: radiografia da saúde*. Campinas, SP: UNICAMP. IE, 2001, p. 325-361.

BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. _____, 10 ed. rev. e atual. por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 13 ed. rev., atual. e amp. até a Emenda Constitucional n. 31, de 14.12.2000. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARRETO, Aires F. Arts. 77 a 80 (TAXAS). In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Comentários ao código tributário nacional*, v. 1., arts. 1 a 95. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 537-570.

BARROSO, Luís Roberto. Aspectos constitucionais: constituição, ordem econômica e agências reguladoras (Introdução). In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 15-66.

_____. Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado (Parecer). In: *Boletim de Direito Administrativo – BDA*. São Paulo: NDJ, jun. 1999, p. 367-374.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito financeiro e de direito tributário*, 3 ed.. São Paulo: Saraiva, 1994.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*, 3 ed.. São Paulo: Lejus, 2002.

BEREND, Iván T. A transição global para a economia de mercado no final do século: uma volta ao *laissez-faire* na periferia? In: BEREND, Iván T (org.). *A transição para a economia de mercado*. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 13-91.

BRASIL, Ministério da Saúde. *Avaliação da implantação e funcionamento do programa de saúde da família – PSF*, 1999. Disponível em: <https://portal.saude.gov.br/saude/area.cfm?id_area=149>. Acesso em: 9 mar. 2004.

_____, Presidência da República. *Plano diretor da reforma do aparelho do Estado*, 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2004

_____, Escola Nacional de Administração Pública - ENAP. Mudança de governo: propostas para uma reforma administrativa democrática. In: *Reforma do Estado*. Brasília: ENAP, 1994.

_____, *Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 mar. 2004.

_____, *Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2004.

_____, *Lei 10.424, de 15 de abril de 2002*. Acrescenta capítulo e artigo à Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento de serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2004.

_____, *Lei 9.986, de 18 de julho de 2000*. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11.mar.2004.

_____, *Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11.mar.2004.

_____, *Lei 9.836, de 23 de setembro de 1999*. Acrescenta dispositivos à Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2004.

_____, *Lei 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11.mar.2004.

_____, *Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências governamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2004.

_____, *Lei 8.080, de 19 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2004

_____, *Lei 7.940, de 20 de dezembro de 1989*. Institui a taxa de fiscalização dos mercados de títulos e valores mobiliários e da outras providencias. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2004.

_____, *Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9.mar.2004.

_____, *Medida Provisória 2.012-2, de 30 de dezembro de 1999*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2004.

_____, *Medida Provisória 2.003-1, de 14 de dezembro de 1999*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2004.

_____, *Medida Provisória 1.928, de 25 de novembro de 1999*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2004.

_____, *Medida Provisória 1.685-1, de 29 de junho de 1998*. Altera dispositivos da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2004.

_____, *Decreto-Lei 2.416, de 17 de julho de 1940*. Aprova a codificação das normas financeiras para os Estados e Municípios. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2004.

_____, *Decreto-Lei 1.804, de 24 de novembro de 1939*. Aprova normas orçamentárias, financeiras e de contabilidade para os Estados e Municípios. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2004.

_____, *Decreto 3.327, de 5 de janeiro de 2000*. Aprova o Regulamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 9 mar. 2004.

_____, *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário. Tributário. Taxa de licença para localização. Instituída com base de cálculo avista do número de empregados. Critérios que destoam de correspondência com o custo da possível atividade administrativa. Precedentes do S.T.F.. Recurso extraordinário improvido. Relator Min. Djaci Falcão. 01 de agosto de 1986. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 de março de 2004.

_____, *Supremo Tribunal Federal*. Recurso extraordinário. Tributário. Taxa de localização e funcionamento. A taxa de licença não pode ter por base de cálculo o valor do patrimônio, a renda, o volume da produção, o número de empregados ou outros elementos que não dizem respeito ao custo da atividade estatal, no exercício do poder de polícia. Relator Min. Carlos Madeira. 22 de novembro de 1985. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 10 de março de 2004.

_____, *Tribunal Regional Federal – 1ª Região*. Apelação em mandado de segurança. Tributário. Taxa de saúde suplementar. Constitucionalidade. Recurso improvido. Relator Des. Federal Carreira Alvim. 30 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://www.trf1.gov.br>>. Acesso em: 10 de março de 2004.

_____, *Tribunal Regional Federal – 2ª Região*. Apelação em mandado de segurança. Tributário. Taxa de saúde suplementar. Constitucionalidade. Recurso improvido. Relator Des. Federal Carreira Alvim. 30 de agosto de 2002. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br>>. Acesso em: 10 de março de 2004.

_____, *Tribunal Regional Federal – 2ª Região*. Apelação em mandado de segurança. Constitucional. Administrativo. Processual civil. Mandado de segurança. Taxa de saúde suplementar. Constitucionalidade. Apelo a que se nega provimento. Relator Des. Federal Rogério Carvalho. 05 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br>>. Acesso em: 10 de março de 2004.

_____, *Tribunal Regional Federal – 4ª Região*. Apelação em mandado de segurança. Tributário. Taxa de saúde suplementar. Poder de polícia da ANS. Constitucionalidade. Recurso improvido. Relator Des. Federal Dirceu de Almeida Soares. 02 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 10 de março de 2004.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998.

CAL, Arianne Brito Rodrigues. *As agências reguladoras no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARDOSO, Fernando Henrique. “Prefácio”. In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Reforma do estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998, p. 7-9

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*, 19 ed. rev., amp. e atual. até a Emenda Constitucional n. 39/2002. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis 8080/90 e 8142/90)*. São Paulo: Hucitec, 1992.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade: a era da informação: economia, sociedade e cultura*, v. II, 3 ed. Trad. de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. Taxas e contribuições. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direito tributário e reforma do sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2003 (Nova série, n. 9), p. 349-404.

COMPARATO, Fábio Konder. Direito econômico. In: FRANÇA, R. Limongi (coord.). *Enciclopédia saraiva de direito*, v. 27. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 1-12.

COSTA, Nilson do Rosário et al. As agências de regulação independentes. In: BRASIL, Ministério da Saúde (org.). *Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar*. Rio de Janeiro: ANS, 2002, p. 137-148.

CUNHA, Paulo César Melo da. *Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.

DINIZ, Eli. *Crise, reforma do estado e governabilidade*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, 3 ed. São Paulo: Atlas, 1992.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*, 2 ed. Anotações de atualização em face da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, e do Código Tributário Nacional, pelo Prof. Geraldo Ataliba. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*, 3 ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FROTA, Guilherme de Andréa. *Uma visão panorâmica da história do Brasil*. Rio de Janeiro: [s.n.], 1983.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*, 3 ed.. São Paulo: Malheiros, 1997.

IJET – Informativo Jurídico e Tributário. *ANS e a inconstitucionalidade da taxa de saúde suplementar*. Ano 4, nº 17, jul/ago. Disponível em: <http://www.juvenilalves.com.br/pdf/ijet_17.pdf>. Acesso em: 12.mar.2004.

JANCZESKI, Célio Armando. *Taxas: doutrina e jurisprudência*. Curitiba: Juruá, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad., textos adicionais e notas de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.

KRAUSE, Eduardo B. *As agências de regulação no Brasil: conceito, legislação e prática no Brasil*. Porto Alegre: Mercado Aberto, 2001.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*, 21 ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. _____, 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988*, 4 ed. São Paulo: Dialética, 2001.

MARSHALL, Carla C. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 6, t. 1. São Paulo: Saraiva, 1990.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, 5 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MENDES, Eugênio Vilaça. *O sistema de saúde no Brasil: situação atual e perspectivas*. Texto preparado para a Organização Pan-Americana da Saúde. Representação do Brasil. Nov. 1998a.

_____. A descentralização do sistema de serviços de saúde no Brasil: novos rumos e um novo olhar sobre o nível local. In: MENDES, Eugênio Vilaça (org.). *A organização da saúde no nível local*. São Paulo: Hucitec, 1998b.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 99-139.

MENEZES, Roberta Fragoso de Medeiros. As agências reguladoras no direito brasileiro. In: *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado de Goiás*, n. 21 (1-1), jan./dez. 2001, p. 103-117.

MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*, 3 ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2000.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e prática das taxas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

_____. *A taxa no sistema tributário brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Mutações do direito administrativo*, 2 ed., atual. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NEVES, Fabrício Ferreira. *PARECER PROGE/GCS N° 14/2001* exarado em resposta ao Memorando nº 11/01/GGRHO/DIOPE/ANS, em 12 de janeiro de 2001. 8p.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

PEREIRA FILHO, Luiz Alberto. *As taxas no sistema tributário brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2002.

PINHEIRO, Armando Castelar; FUKASAKU, Kiichiro (eds.). *A privatização no Brasil: o caso dos serviços de utilidade pública*. Rio de Janeiro: BNDES, 2000.

RIBEIRO, José Mendes. Regulação e contratualização no setor saúde. In: NEGRI, Barjas; DI GIOVANNI, Geraldo (orgs.). *Brasil: radiografia da saúde*. Campinas, SP: UNICAMP. IE, 2001, p. 409-443.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. In: *Revista Diálogo Jurídico* n. 10, jan./2002. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 10.mar.2004.

SARMENTO, Daniel. Constituição e globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. In: *Revista de Direito Administrativo - RDA*, n. 215. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil dos planos e seguros de saúde*. Curitiba: Juruá, 2003.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Taxa: doutrina, prática e jurisprudência*, 2.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, Edgar Neves da. *Taxas: base de cálculo e alíquotas*. São Paulo: Fundação Prefeito Faria Lima – CEPAM, 1981.

SMITH, Adam. *Uma investigação sobre a natureza e causas da riqueza das nações*. Trad. de Norberto de Paula Lima. Curitiba: Hemus, 2001.

SOLA, Lourdes. Reforma do estado para qual democracia? In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SOLA, Lourdes; WILHEIM, Jorge (orgs.). *Sociedade e estado em transformação*. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999.

SOUSA, Rubens Gomes de. *Compêndio de legislação tributária*. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*, 5 ed., atual. e amp. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do estado no domínio econômico: o direito público econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

VIEIRA, Eugênio Doin. Taxas: algumas considerações propedêuticas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (org.). *Direito tributário: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*, v. 1. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 135-141.

VILLELA, Anníbal. Escritos Seleccionados: as modificações do papel do Estado na economia brasileira. In: *Revista Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 3, n. 4. Rio de Janeiro: IPEA, 1973.

WILHEIM, Jorge. Por que reformar as instituições? In: BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; SOLA, Lourdes; WILHEIM, Jorge (orgs.). *Sociedade e estado em transformação*. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*, 3 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.