

FILIPPE CARVALHO PEREIRA

AS INCONSTITUCIONALIDADES DA TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Especialização em Direito Tributário

São Paulo
2010

FILIPPE CARVALHO PEREIRA

AS INCONSTITUCIONALIDADES DA TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Monografia apresentada ao curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Especialização em Direito Tributário, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Orientador: Júlio Pereira

São Paulo

2010

RESUMO

No presente estudo, pretende-se demonstrar a natureza jurídica e a constitucionalidade da denominada Taxa de Saúde Suplementar, cobrada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.

Para isso, serão assentadas as premissas de direito tributário, definindo as espécies tributárias, para então elaborar a regra-matriz de incidência tributária e verificar se os critérios do tributo se coadunam com o da espécie tributária taxa.

Tratando-se de suposta taxa cobrada pelo exercício do poder de polícia, será analisado este tema de direito administrativo, essencial para elucidar a celeuma que impera.

Uma análise constitucional minuciosa indicará se o tributo encontra-se em consonância com a carta maior, principalmente em relação a sua base de cálculo, tão discutida em sede doutrinária e jurisprudencial.

Alguns temas controversos em direito tributário serão analisados, como a possibilidade de se eleger base de cálculo de taxa não ligada à despesa com a atividade estatal, a existência de vários tributos sobre a mesma denominação e a deslegalização em matéria tributária.

Palavras-chave: Direito Tributário – Regra-matriz de incidência tributária – Agência Nacional de Saúde Suplementar – Tributo – Taxa – Taxa de Saúde Suplementar – Fiscalização – Natureza – Constitucionalidade

ABSTRACT

In this study is intended to demonstrate the legal nature, constitutionality of the called Supplementary Health Tax, charged by Agência Nacional de Saúde Suplementar (National Agency of Supplementary Health).

For this, the tax law premises will be settled, defining tax species, and then draw up de matrix rule of tax incidence to see if the criteria of the tax is in line with the kind of tax rate.

A thorough constitutional analysis will indicate whether the charge is in line with the Constitution, especially in relation to its cost base, as discussed in the doctrinal and jurisprudential.

Some controversial issues in tax law will be considered as an opportunity to elect the basis for calculating the rate is not linked to spending on state activity, there are several taxes on the same designation and de-legalization on tax matters.

Key-words: tax law – matrix rule of tax incidence – National Agency of Supplementary Health – Tax – Supplementary Health Tax – Control – Nature – Constitutionality

SUMÁRIO

Resumo.....	2
Abstract.....	3
Introdução.....	6
Capítulo I – Premissas de direito tributário.....	7
1. Distinção entre direito positivo e ciência do direito.....	7
2. Sobre a norma jurídica.....	7
3. Sistema jurídico e ordenamento jurídico.....	8
4. Princípios e normas jurídicas.....	8
5. Conceito de tributo.....	9
6. Classificação das espécies tributárias.....	10
7. Espécies tributárias.....	12
7.1. Impostos.....	12
7.2. Taxa.....	13
7.2.1. Diferença entre taxa e preço público.....	13
7.3. Contribuição de melhoria.....	15
7.4. Empréstimos compulsórios.....	15
7.5. Contribuições.....	16
8. Competência tributária e capacidade tributária ativa.....	16
9. A regra-matriz de incidência tributária.....	18
10. Base de cálculo.....	21
11. Alíquota.....	21
12. Imunidade, isenção e não-incidência.....	21
13. Lei complementar e normas gerais em matéria tributária.....	22

Capítulo II – Taxa de Saúde Suplementar (TSS)

1.	Natureza tributária.....	23
2.	Competência Tributária.....	26
3.	As regras-matrizes de incidência tributária.....	27
3.1.	Critério material.....	28
3.2.	Critério Temporal.....	29
3.3.	Critério Espacial.....	29
3.4.	Critério Pessoal.....	30
3.4.1.	Sujeito Ativo.....	30
3.4.2.	Sujeito Passivo.....	30
3.5.	Critério quantitativo.....	30
3.5.1.	Base de Cálculo.....	30
3.5.1.1.	Alterações ilegais da base de cálculo.....	33
3.5.1.2.	O caso das cooperativas.....	34
3.5.2.	Alíquota.....	35
3.6.	Da isenção e dos descontos concedidos.....	37
4.	Lançamento.....	38
5.	Regra de pagamento.....	39
6.	Aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva às taxas.....	39
7.	Ofensa ao princípio da anterioridade?.....	40
8.	‘Deslegalização’ em matéria tributária.....	40
	Conclusão	44
	Bibliografia.....	46

INTRODUÇÃO

A Taxa de Saúde Suplementar foi instituída pela Medida Provisória 1.928 de 25 de novembro de 1999, a ser cobrada a partir de 1º de janeiro de 2000, reeditada pelas MPs 2003-1 de 14 de dezembro de 1999 e 2012 de 30 de dezembro de 2009. Após, foi reeditada pela Medida Provisória 2.012-2 de 12/01/00, convertida, com alterações, na Lei 9.961 em 28/01/2000, atualmente com alterações efetuadas pela Medida Provisória 2.177-44 de 2001.

Desde sua instituição, várias discussões doutrinárias tem sido travadas sobre se esta taxa constitui tributo, qual espécie seria, a necessidade de lei complementar para regular a matéria, se a aparente diferença entre as hipóteses indicaria a existência de mais de um tributo sobre a mesma nomenclatura, se houve ofensa ao princípio da anterioridade, se houve desrespeito ao cooperativo, nos casos específicos em que o sujeito passivo é cooperativa operadora de planos privados de assistência à saúde, um possível desrespeito ao princípio da legalidade e a possibilidade de ‘deslegalização’ em matéria tributária.

Para a correta compreensão das discussões e conclusões deste trabalho, será reservado um capítulo às premissas de direito tributário, explicando-se o conceito de tributo, a classificação das espécies tributárias adotadas, os critérios da regra-matriz de incidência tributária, o fato jurídico tributário, os sujeitos ativo e passivo, o critério temporal, o critério espacial, o critério quantitativo, onde serão analisados pormenorizadamente a base de cálculo e a alíquota. Também serão objeto de análise a isenção, a redução da base de cálculo, a necessidade de lei complementar e as normas gerais em direito tributário.

Fixadas as premissas será analisada a polêmica Taxa de Saúde Suplementar, elaborando-se sua regra-matriz de incidência tributária, elencando seus critérios, forma de lançamento, a regra de pagamento, a instituição da TSS por meio de medida provisória, a questão da base de cálculo, das isenções e reduções na base de cálculo e alíquota, chamados pela lei de descontos, e a possibilidade de discriminação de atos sujeitos à incidência do tributo por meio de Resolução Normativa da ANS, a chamada ‘deslegalização’ em matéria tributária, e os princípios da capacidade contributiva, da legalidade e da anterioridade.

CAPÍTULO I – PREMISSAS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

1. Distinção entre direito positivo e ciência do direito

Direito difere de ciência do direito por se tratarem de duas linguagens diferentes, com diferentes organizações lógicas e diversas funções semânticas e pragmáticas.¹

Direito positivo seria o conjunto de normas jurídicas válidas em um determinado local, num dado espaço de tempo, com o fito de regular comportamentos humanos. Seu discurso é prescritivo, interferindo em condutas, e utiliza a lógica deôntica. Por isso suas normas são válidas ou não-válidas.²

Tárek aduz que o objeto quando diz respeito ao dado imediato do conhecimento são os enunciados prescritivos, enquanto num segundo momento é o sentido construído a partir das significações desses enunciados.³

Já ciência do direito descreve e ordena o direito positivo, tendo como objeto o conjunto normativo. É uma sobrelinguagem porque fala da linguagem do direito positivo. Seu discurso é descritivo do objeto, sem que nele interfira, não produzindo normas. Utiliza a lógica apofântica, das ciências, e por isso, suas proposições podem ser verdadeiras ou falsas.⁴

2. Sobre a norma jurídica

Norma “é uma estrutura lógico-sintática de significação, que conceitua fatos e condutas, representando-os como significações objetivas.” Enquanto norma jurídica seria “a proposição prescritiva que tem a forma implicacional, associando a um possível dado fático uma relação jurídica.”⁵

¹ CARVALHO. Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

² *Idem, Ibidem*, p.2-4.

³ MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. – São Paulo: Noeses, 2005, p. 103.

⁴ CARVALHO. Paulo de Barros. *Op. cit.*, p. 1-4.

⁵ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Curso de direito tributário e finanças públicas*. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 488.

Texto de lei é o suporte físico, base material sobre a qual será produzida a norma, o enunciado prescritivo é o estímulo que desencadeia a produção de sentido e norma é a significação extraída a partir da leitura dos textos de direito positivo.⁶

3. Sistema jurídico e ordenamento jurídico

Sistema é “um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada”⁷.

Podem ser reais ou proposicionais. Os primeiros são formados por objetos chamados extralingüísticos, já que derivam do mundo físico ou social, ou seja, não são constituídos por linguagem. Por sua vez, os proposicionais são compostos por linguagem. Estes podem ser nomológicos, quando formais, composto por entidades ideais, como a Lógica e a Matemática, ou nomoempíricos, quando constituídos por proposições descritivas ou prescritivas, como o sistema das regras jurídicas.⁸

Existem autores que fazem a distinção entre sistema jurídico e ordenamento jurídico, tomando como base, principalmente, o entendimento que o ordenamento jurídico, aqui tomado como sinônimo de direito positivo, não é um sistema, somente o sendo a ciência do Direito. Contudo, no conceito aqui adotado, levando em conta que o ordenamento jurídico contém elementos relacionados entre si e que são aglutinados em torno de determinada referência, percebe-se que se trata de um sistema.

Então, não há que se falar em diferença entre sistema jurídico e ordenamento jurídico, já que o ordenamento é sistema.

4. Princípios e normas jurídicas

Seguindo o raciocínio traçado, cumpre mencionar que princípio é norma jurídica. Reconhece-se a existência de outra corrente, de grande aceitação no passado, que entende que princípios não seriam normas jurídicas. Contudo, atualmente, de acordo com o desenvolvimento

⁶ CARVALHO. Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 17-24.

⁷ CARVALHO. Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 137-138.

⁸ *Idem, Ibidem*, p. 139.

do sistema jurídico, é inegável a existência de princípios, sejam valores, sejam limites objetivos, que existem explícita ou implicitamente, influenciando no sistema do direito. Alguns autores chamam essa corrente de neopositivista, já que entendem que no positivismo os princípios não eram normas.

Podemos ter princípios como valores ou como limites objetivos, os primeiros são aqueles intensamente carregados de valores, mais vagos e que admitem mais larga interpretação e utilização que os limites objetivos, além de serem de difícil verificação, já que dependerá de um maior esforço do intérprete. Como exemplo tem-se os princípios da justiça, da igualdade, da segurança jurídica, dentre outros.

Já os princípios como limites objetivos são de imediata verificação, de fácil construção dos sentidos dos enunciados, como exemplo tem-se os princípios da anterioridade, da legalidade, que serão tratados no segundo capítulo, dentre outros.

5. Conceito de tributo

O art. 3º do Código Tributário Nacional define tributo como “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Autores fazem severas críticas a este conceito em face da redundância de ser uma prestação pecuniária em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que também dá uma idéia que tributo poderia ser pago por outras formas, como prestação *in natura*.

Também se critica a expressão cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, já que existem casos em que o cálculo do tributo e o pagamento independe de atividade administrativa.

Outra crítica que se pode traçar é que existem inúmeras situações que podem preencher estes requisitos e que não constituem tributo, de maneira que muitos autores acham conveniente acrescentar que constituem receita derivada, classificação doutrinária de direito financeiro.

Decompondo este conceito e retirando as redundâncias, tributo é uma obrigação derivada de lei a ser adimplida em moeda ou forma equiparada, tal como cheque, estampilhas etc., não decorrente da prática de ato ilícito.

6. Classificação das espécies tributárias

Ricardo Alexandre realizou a síntese das classificações sobre as espécies tributárias, que são: bipartite, onde somente impostos e taxas seriam espécies tributárias; tripartite, onde se teriam impostos, taxas e contribuições de melhoria; tetrapartite, contemplando impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios; e quinquipartida que prevê impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições. Lembra que apesar da Constituição parecer adotar a divisão tripartite, os tribunais e a doutrina tem adotado a classificação quinquipartida.⁹

Aqueles que dividem as espécies tributárias em impostos e taxas tomam como critério de classificação, respectivamente, a vinculação ou não à atividade estatal.

Paulo de Barros Carvalho, atentando que a Constituição traz como necessário para a configuração da espécie tributária a associação lógica e harmônica da hipótese de incidência e da base de cálculo¹⁰, realiza uma classificação intranormativa, tendo como supedâneo as regras-matrizes de incidência tributária. Assim, os tributos são vinculados ou não vinculados, se dependerem ou não de atividade estatal direta ou indiretamente relacionada ao contribuinte. Os vinculados ainda se subdividiriam em diretamente vinculados e indiretamente vinculados. Em face disso, foram encontradas as seguintes espécies tributárias: impostos, taxas e contribuições de melhoria. Será imposto quando não apresentar vinculação a atividade estatal, taxa se depender de atividade estatal direta e específica, portanto, diretamente vinculado, e contribuição de melhoria aquele tributo indiretamente vinculado a atuação estatal que tenha como efeito a valorização imobiliária. Os empréstimos compulsórios podem se revestir de qualquer forma das espécies tributárias, ao passo que as contribuições poderão ser taxas ou impostos.¹¹

Luciano Amaro classifica as espécies tributárias em quatro, impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios. Como ponto distintivo, entende que as contribuições não tem por objetivo custar despesas gerais e indivisíveis do Estado nem utilidade divisível, por este produzida, e fruível pelo indivíduo e que o que as diferencia dos impostos é a sua destinação específica.¹²

⁹ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. – São Paulo: Método, 2007, p. 40.

¹⁰ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 29.

¹¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 378-379.

¹² AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, p 81-88.

Quanto aos empréstimos compulsórios, Eros Grau entendeu que por serem restituíveis, não configurariam receita e consequentemente não seriam tributos.¹³

Os diversos autores que adotam a classificação quinquipartida, ou seja, que as espécies tributárias seriam impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições, realizam uma classificação extranormativa, observando-se outros critérios que não apenas os constantes na regra-matriz de incidência tributária. São utilizados como critérios sua vinculação a atividade estatal, a destinação do que for arrecadado a determinada ação ou entidade e a possibilidade de restituição. Desta forma, chega-se a oito possibilidades de espécies tributárias, segundo a tabela¹⁴ abaixo:

CASO	VINCULAÇÃO	DESTINAÇÃO	RESTITUIÇÃO	TIPO
1	SIM	SIM	SIM	INCOMPATÍVEL
2	SIM	SIM	NÃO	TAXAS
3	SIM	NÃO	SIM	INCOMPATÍVEL
4	SIM	NÃO	NÃO	CONTRIBUIÇÕES DE MELHORIA
5	NÃO	SIM	SIM	EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS
6	NÃO	SIM	NÃO	CONTRIBUIÇÕES EM GERAL
7	NÃO	NÃO	SIM	VEDADO PELA CF
8	NÃO	NÃO	NÃO	IMPOSTOS

A espécie tributária inconstitucional se refere ao fato que os empréstimos compulsórios têm que ter destinação legal, o que não haveria nessa espécie. As incompatíveis se referem a hipótese de taxa que exigiria lei complementar e que posteriormente seria devolvida, constituindo um absurdo.

¹³ Eros Grau *apud* AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 61.

¹⁴ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *As classificações no sistema tributário brasileiro*, in I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), Vitória. Justiça tributária. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 141.

Interessante observação faz Jonathan Vita de que as classificações em três ou quatro tributos fazem parte do plano S3, autorreferentes, enquanto as classificações em mais espécies tributárias se situam no plano S4, heterorreferentes. Desta forma, as classificações são complementares e não excludentes.¹⁵

Não obstante a possibilidade de convivência de duas classificações, uma em S3 e outra em S4, adota-se a classificação quinquipartida, que observa critérios heterorreferentes. Isto porque, a própria constituição traz outros critérios e espécies tributárias, de modo que seu art. 145 contém rol meramente exemplificativo.

Por conseguinte, são espécies tributárias os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios e as contribuições, utilizando os mesmos critérios de classificação do quadro acima.

Analisando os dispositivos constitucionais, percebe-se que não houve a recepção do art. 4º do CTN – que dispõe que a natureza do tributo é determinada pelo fato gerador da obrigação e que o nome dado ao tributo, a destinação legal do produto ou arrecadação e demais características formais adotadas pela lei são irrelevantes – pela Constituição de 1988, porque esta exige para a configuração da hipótese tributária a análise do binômio hipótese de incidência/base de cálculo, na contramão do que diz o *caput* do art. 4º do CTN.

Outrossim, as características adotadas pela lei serão imprescindíveis para a definição da espécie tributária, de maneira que não subsiste a previsão do inciso I do citado artigo.

Por fim, a própria Constituição, no art. 167, IV, veda a vinculação de receita de IMPOSTOS a órgão, fundo ou despesa, com certas ressalvas. No caso, as outras espécies podem ter sua receita vinculada a órgão ou atividade, sendo determinante para se verificar de qual espécie tributária se trata, retirando a credibilidade do inciso II do art. 4º do CTN que trata de todos os impostos.

7. Espécies tributárias

7.1. Impostos

¹⁵ VITA, Jonathan Barros. *Tributação do Câmbio*. – São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 117.

É a espécie tributária que não possui destinação, vinculação nem é restituível. É a exação cobrada para abastecer os cofres públicos de uma geral, cobrindo as diversas despesas contidas no orçamento.

7.2. Taxa

A taxa possui como característica a vinculação a serviço público específico e divisível, ligado ao contribuinte, mesmo quando se trata de poder de polícia¹⁶. Quando se tratar de taxa de serviço, este pode ser utilizado ou posto à disposição, ao passo que na taxa de polícia somente poderá haver cobrança em situação que dê ensejo à atuação estatal.

Diferencia-se do imposto em face da vinculação, que este não possui, das contribuições de melhoria por não causarem a valorização de imóvel em decorrência de obra pública, das contribuições em face de ser contraprestação de serviço público específico e dos empréstimos compulsórios por não configurar hipóteses de instituição destes, nem haver devolução.

A divisibilidade é a capacidade de se aferir o serviço público a que a taxa se encontra vinculada, enquanto a especificidade está ligada a possibilidade de se individualizar o serviço e a forma como este é prestado.

O poder de polícia é a atribuição que incumbe ao Estado de limitar a liberdade e/ou a propriedade dos administrados, regulando condutas, com escopo de possibilitar, garantir ou otimizar a consecução de interesses públicos.

7.2.1. Diferença entre taxa e preço público

Conforme salientado, taxa é um tributo que se diferencia dos demais por ter o contribuinte ligado a atividade estatal que consiste num serviço público específico e divisível.

Já o preço público, ou tarifa, que também constitui uma remuneração por serviço prestado pelo Estado, sendo necessária a referibilidade do beneficiário do serviço, não possui caráter tributário, de direito público, mas sim contratual, de direito privado. Assim, preços públicos não se sujeitam a princípios tributários.

¹⁶ CARVALHO. Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 698-702.

Aquilo que se arrecada com a taxa constitui receita derivada, ao passo que os recursos obtidos através da cobrança de preços públicos constituem receita originária.¹⁷

Além disso, a taxa é uma prestação pecuniária compulsória, seja pelo uso efetivo, seja pelo uso potencial do serviço. Noutro passo, para a exigência de preço público, mostra-se imprescindível a vontade de contratar do administrado.

Não se pode olvidar que as taxas necessitam de prévia autorização orçamentária para a sua cobrança, enquanto o preço público não, conforme já se posicionou o Supremo Tribunal Federal na súmula 545¹⁸.

Ainda, não é possível a rescisão da hipótese que deu ensejo à cobrança da taxa, mas o é se se tratar de preço público.

A relevância para esta distinção está no regime jurídico empregado, na forma de cobrança dos valores devidos, na prescrição, na obediência aos princípios da anterioridade e anterioridade nonagesimal, da legalidade, que se distinguem a depender de se tratar de taxa ou de preço público.

Para aclarar as diferenças entre taxas e preços públicos, imprescindível analisar tabela elaborada por Ricardo Alexandre¹⁹:

TAXA	PREÇO PÚBLICO (TARIFA)
Regime jurídico de direito público.	Regime jurídico de direito privado.
O vínculo obrigacional é de natureza tributária (legal), não admitindo rescisão.	O vínculo obrigacional é de natureza contratual, admitindo rescisão.
O sujeito ativo é uma pessoa jurídica de direito público.	O sujeito ativo pode ser pessoa jurídica de direito público ou de direito privado.
O vínculo nasce independentemente de manifestação de vontade (compulsório).	Há necessidade de válida manifestação de vontade para surgimento do vínculo (é facultativo).
Pode ser cobrada em virtude de utilização	Somente pode ser cobrada em virtude de

¹⁷ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. – São Paulo: Método, 2007, p. 56.

¹⁸ SÚMULA 545 - PREÇOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS E TAXAS NÃO SE CONFUNDEM, PORQUE ESTAS, DIFERENTEMENTE DAQUELES, SÃO COMPULSÓRIAS E TÊM SUA COBRANÇA CONDICIONADA À PRÉVIA AUTORIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA, EM RELAÇÃO À LEI QUE AS INSTITUIU.”

¹⁹ ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. – São Paulo: Método, 2007, p. 59.

efetiva ou potencial do serviço público.	utilização efetiva de serviço público.
A receita arrecadada é derivada.	A receita arrecadada é originária.
Sujeita-se aos princípios tributários (legalidade, anterioridade, noventena etc.).	Não se sujeita aos princípios tributários.

7.3. Contribuição de melhoria

A contribuição de melhoria tem previsão no art. 145, III, da Constituição, nos arts. 81 e 82 do CTN e no Decreto-lei 195/67. É um tributo que tem como característica a valorização de um imóvel em decorrência de obra pública (art. 145, III, da CF), sendo o proprietário do bem valorizado chamado a contribuir com o custo da obra que o beneficiou. Justamente esta característica que o diferencia das demais espécies tributárias, embora haja quem identifique a contribuição de melhoria como taxa em face da realização de uma obra pública específica e divisível para o proprietário do imóvel²⁰.

Vale mencionar que lei geral e abstrata, como o Decreto-lei 195/67 é norma geral, que não dispensa a lei específica de cada contribuição de melhoria.

Verificada a valorização de determinada área por obra a ser feita, deve ser a contribuição de melhoria instituída por lei prévia ao início das obras, não só em decorrência da irretroatividade das normas, como também pelo disposto nos arts. 82 do CTN e 5º do Decreto-lei 195/67.

7.4. Empréstimos compulsórios

Na classificação das espécies tributárias efetuada, entendeu-se que os empréstimos compulsórios não são vinculados a atividade estatal. Caracterizam-se por sua devolutividade, somente poderão ser instituídos nas hipóteses dos incisos I e II do art. 148 da CF, que são: para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; ou no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional.

²⁰ AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2006.

7.5. Contribuições

Segundo o art. 167, IV da CF, imposto não pode ter destinação, mas na sistemática traçada por ela, as demais espécies tributárias podem. Não havendo vinculação a atividade estatal, nem restitutibilidade e havendo destinação trata-se de contribuição.

8. Competência tributária e capacidade tributária ativa

Competência tributária é o poder-dever conferido pela Constituição Federal para que o legislador, pessoa jurídica de direito público interno, institua tributos, seguindo as regras traçadas, inovando no sistema jurídico.

Suas características são: ser conferida pela própria Constituição; para União, Estados, Distrito Federal ou Municípios; para a instituição de tributos; devendo obedecer as disposições que a Constituição ordena, que pode, inclusive, ser a obediência a uma lei complementar editada pela União traçando normas gerais para o exercício da competência por parte de Estados, Distrito Federal ou Municípios.

Existe um outro sentido para o vocábulo competência tributária, não adotado neste trabalho, que abrange também a atividade do Presidente, Ministros, Juízes, e até particulares que participem da relação tributária.²¹

A competência tributária tem estrutura normativa, onde o antecedente é composto pelo processo de enunciação necessário para a criação de um tributo e o conseqüente da obrigação de criar este tributo. Diversamente, Paulo de Barros Carvalho cita Tácio Lacerda Gama, entendendo ser uma faculdade.²²

É norma de estrutura, ante a previsão de procedimento para a criação de tributo para a obtenção de recursos necessários para a consecução dos objetivos do Estado.

O poder constituinte derivado só não poderá ser exercido diante das cláusulas pétreas, o que não é o caso da competência tributária. Por isso, podem haver alterações na faixa de competência tributária por meio do poder constituinte derivado, como, aliás, já o foi por diversas vezes.

²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 229.

²² *Idem, Ibidem*, p. 232.

A Constituição Federal traz uma competência aberta, somente prevendo limites que constituem direitos e garantias do contribuinte e algumas exceções que tangem a interesses primordiais do Estado. Se trouxesse todo o arcabouço do tributo, não haveria que se falar em atividade dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.

Por isso que incumbe àquele que detém a competência, por motivos de política legislativa, criar, dispor, isentar, regular a responsabilidade, a substituição, as regras de pagamento, desde que atendidas, se houverem, as regras gerais em matéria tributária.

Assim, por meio de lei complementar, a competência tributária pode ser restringida, através da edição de normas gerais, em face do interesse público, principalmente em relação aos tributos estaduais e municipais, onde poderia haver uma guerra fiscal, necessitando de uniformização e restrição da competência.

Vale ressaltar que competência, em regra, no sentido jurídico da palavra, é um poder-dever, ou seja, é obrigatório seu cumprimento. Tanto o é que a competência dos juízes e tribunais para julgar não é uma faculdade, mas um dever, a competência da autoridade administrativa para constituir o crédito tributário, pelo lançamento (art. 142 do CTN), também, dentre inúmeros outros exemplos.

Como os tributos são o meio de abastecimento dos cofres do Estado para consecução do interesse público, o exercício da competência tributária é um dever jurídico, que possibilitará a eficaz manutenção do Estado e que sejam atingidas de suas finalidades.

Quando o legislador quis facultar o exercício da competência, usou o verbo poderá, ao invés de compete. Por isso que a Constituição fala nos arts. 153, 155 e 156 que compete, o demonstra a existência de dever, ao passo que no art. 154, casos de competência residual e extraordinária, por exemplo, dispõe que a União poderá instituir, o que demonstra facultatividade. Da mesma forma o art. 149-A.

O art. 11 da LRF confirma esta conclusão ao entender que a não instituição, previsão e arrecadação de todos os tributos a que o ente tem competência configura irresponsabilidade da gestão fiscal.

A dependência de vontade legislativa para a instituição do tributo não retira este dever, mas implica no descumprimento deste, em detrimento do interesse social. Tanto o é que há posicionamentos no sentido de ser cabível ADI por omissão, para que o Poder Judiciário constitua o legislativo em mora e determine a elaboração de lei.

A competência é um momento anterior à instituição do tributo, e não pode ser delegada.

Já capacidade tributária ativa é a aptidão para figurar no pólo ativo de uma obrigação tributária. Dá-se em momento posterior à instituição do tributo, podendo ser delegada.

A capacidade tributária ativa não veda o repasse a terceiros, como acontece em alguns tributos de competência da União que são repassados para os Estados e Municípios, por determinação constitucional. O art. 7º do CTN possibilita a delegação da arrecadação e fiscalização dos tributos.

A possibilidade de delegação da capacidade tributária ativa possibilita que até pessoas jurídicas de direito privado figurem no pólo ativo da relação jurídico-tributária, as chamadas entidades paraestatais, que realizam atividades de interesse público, onde podemos exemplificar com as contribuições sindicais, recolhidas pelos próprios sindicatos.

Se pessoa jurídica de direito privado pode figurar no pólo ativo da relação jurídico-tributária, poderá também ser destinatária destes recursos, seja os por ela arrecadados, seja os repassados para que possa realizar suas finalidades.

9. A regra-matriz de incidência tributária

Regra-Matriz de incidência tributária é aquela que estipula a incidência do tributo, descrevendo os aspectos de eventos de possível ocorrência e prescrevendo os elementos da obrigação tributária. Constrói-se a partir dos estímulos sensoriais do texto legislado, pelo interprete.

A importância da regra-matriz de incidência tributária é que esta propicia amplo conteúdo especulativo para o estudo científico do direito tributário. É através dela que se pode construir a norma referente a cada tributo individualmente, possibilitando a análise detalhada de seus elementos.

A regra-matriz de incidência tributária é uma norma de comportamento, porque prevê em seu antecedente uma conduta que, ocorrida e vertida em linguagem competente, dará nascimento a uma relação jurídica, uma obrigação tributária.

É norma primária porque estabelece deveres e dispositiva porque prevê o nascimento desta obrigação, sendo completada pela norma sancionatória, onde descumprido o dever de

adimplir esta obrigação, nascerá a possibilidade de impor multa e postular ao Estado a satisfação coercitiva de seu crédito.

É norma geral e abstrata porque em seu antecedente há a previsão de uma situação abstrata, uma classe de eventos que sempre que ocorrido dará nascimento a uma nova relação jurídica tributária.

Cumprе ressaltar que uma norma completa é formada pela norma primária e pela norma secundária. Cada uma dessas normas possui uma estrutura intranormativa formada por um antecedente, que descreve uma situação que ocorrida dará ensejo à situação descrita no conseqüente.

No direito tributário isso significa que ocorrido a situação descrita no antecedente, naquele espaço e tempo, será instaurada uma obrigação tributária, entre um sujeito detentor de do crédito e um sujeito em débito, com o dever de adimplir a obrigação, que deverá ser líquida, calculada a partir da multiplicação da base de cálculo pela a alíquota.

Analise-se o seguinte esquema com a descrição da regra-matriz de incidência tributária²³:

$$\begin{array}{ccc}
 & & H_t = C_m (v+c) + C_e + C_t \\
 N_{jt} & \downarrow DS_n & DS_m \\
 & \longleftrightarrow & \\
 & & C_{st} = C_p (S_a + S_p) + C_q (b_C \times a_l)
 \end{array}$$

N_{jt} - norma jurídica tributária - regra-matriz de incidência;

H_t - hipótese tributária (antecedente);

C_m - critério material da hipótese (núcleo da descrição fática);

v - verbo (sempre pessoal e de predicação incompleta);

c - complemento do verbo;

C_e - critério espacial da hipótese (condicionante de lugar);

C_t - critério temporal da hipótese (condicionante de tempo);

C_{st} - conseqüência tributária (prescritor normativo);

²³ CARVALHO. Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2007, p.377-378.

C_p - critério pessoal do conseqüente, onde estão os sujeitos da relação jurídica obrigacional;

S_a - sujeito ativo da obrigação tributária;

S_p - sujeito passivo

C_q - critério quantitativo (indicador da fórmula de determinação do objeto da prestação);

bc - base de cálculo (grandeza mensuradora de aspectos da materialidade do fato jurídico tributário;

ai - alíquota (fator que se conjuga à base de cálculo para a determinação da dívida pecuniária);

DS_n - dever-ser neutro (conectivo deôntico interproposicional) - ocorrida a hipótese deve-ser a conseqüência;

DS_m - dever-ser modalizado (operador deôntico intraproposicional). Significa os direitos e deveres correlatos dos sujeitos, na relação jurídica tributária;

Antecedente:

Critério material- comportamento de uma pessoa representado por um verbo e seu complemento predicativo. Tem a função de prever uma classe de eventos abstratos que sempre que ocorridos e vertidos em linguagem competente se formará uma relação jurídica tributária.

Critério espacial- conjunto de indicações, inclusive implícitas, para demonstrar o exato lugar em que ocorreu a ação que é tomada como núcleo do suposto normativo.

Critério temporal – momento em que se tem por realizado o fato. Delineia o preciso momento em que acontece o fato descrito, criando a relação jurídica entre o credor e o devedor, em função de um objeto.

Consequente:

Critério pessoal – indica quem são os sujeitos que se atrelam à prestação da relação jurídica tributária – sujeito ativo e sujeito passivo. Sua função é determinar quem detém o direito à exigir o cumprimento da obrigação tributária e quem tem o dever jurídico de adimpli-la.

Critério quantitativo – base de cálculo e alíquota – demonstram os fatores que indicam o valor da dívida.

10. Base de cálculo

A base de cálculo é uma exigência constitucional, ínsita a qualquer tributo, caracterizada como uma grandeza constante no critério quantitativo da consequência da regra-matriz de incidência, apta a dimensionar a intensidade do comportamento inserto no núcleo do fato jurídico, e que combinado com a alíquota – o outro integrante do critério quantitativo – determinam o valor da prestação pecuniária.

Tem três funções: medir as proporções reais do fato; compor a específica determinação da dívida e confirmar, infirmar ou afirmar o verdadeiro critério material da descrição contida no antecedente da norma.

Medir as proporções do fato significa escolher o atributo valorativo que servirá de suporte para a atuação da alíquota.

A chamada função comparativa da base de cálculo é que será importante para a configuração da espécie tributária, já que tem o condão de afirmar, infirmar ou confirmar o critério material da hipótese. No caso de perfeita adequação entre ambos, a base de cálculo confirma; no caso de dissonância, infirma; e por fim, em caso de obscuridade, confirma a espécie tributária.

11. Alíquota

A alíquota, que pode ser tanto uma porcentagem quanto um valor indicado em lei associado a uma unidade de medida, conjuga-se com a base de cálculo para determinar o valor da obrigação.

12. Imunidade, isenção e não-incidência

A imunidade tributária é uma norma inserida na Constituição Federal que participa da delimitação da competência dos entes federados para a instituição de determinado tributo, portanto, dá-se em momento anterior à incidência.

Ao contrário do que alguns autores alegam, a imunidade tributária não se restringe a impostos, mas alcança também taxas e contribuições. Isso porque na Constituição não há limitação de que as imunidades somente alcancem os impostos, bem como há a previsão de

imunidade de contribuições, o que derruba os argumentos em contrário. Outrossim, em sendo norma que participa da determinação da competência para a instituição de tributos, não há porque se limitar aos impostos.

A isenção é uma norma infraconstitucional que reduz o campo de abrangência de determinado tributo, ao passo que a não-incidência dá-se nos casos em que não se configurou a situação descrita no antecedente da norma ou não foi exercida a competência tributária sobre determinada situação.

A incidência tributária se dá quando, já tendo sido exercida a competência tributária, conforme previsto na CF, ocorre o fato previsto no antecedente da RMIT, que é vertido em linguagem pela autoridade competente, criando norma individual e concreta.

13. Lei complementar e normas gerais em matéria tributária

Normas gerais em direito tributário são normas de estrutura. Não é possível fazer uma norma individual e concreta sem obediências às normas gerais de direito tributário.²⁴

A função da lei complementar em matéria tributária é impedir conflitos entre os entes federados e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

As funções das expressas normas gerais em matéria tributária vêm previstas no art. 146, inciso III, da CF, que autoriza a lei complementar a definir os pontos principais dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes dos tributos, e não só impostos, discriminados na Constituição.

Todas as disposições de lei complementar em matéria tributária são normas gerais e têm função de uniformizar o tratamento das matérias, impedir conflitos, excessos e insegurança na relação entre os entes federados.

Não caracteriza uma violação ao princípio da autonomia porque somente cumpre as disposições constitucionais, permitindo a convivência pacífica dos entes federados. Sem normas gerais em matéria tributária, a situação seria caótica, com entes invadindo competências alheias, elegendo situações em descompasso com a Constituição, abarrotando o Poder Judiciário e a Administração Pública e prejudicando os contribuintes.

²⁴ CARVALHO. Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2009, p. 360.

CAPÍTULO II – TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR (TSS)

A Taxa de Saúde Suplementar (TSS) foi instituída pela Medida Provisória 1.928 de 25 de novembro de 1999, devendo ser cobrada a partir de 1º de janeiro de 2000, reeditada pelas MPs 2003-1, de 14 de dezembro de 1999, e 2012, de 30 de dezembro de 2009.

No ano seguinte, foi reeditada pela MP 2.012-2 de 12 de janeiro de 2000, convertida, com alterações, na Lei 9.961 em 28 de janeiro de 2000, atualmente com alterações efetuadas pela Medida Provisória 2.177-44 de 2001.

Vale ressaltar que sob esta nomenclatura foram instituídos dois tributos diferentes, conforme se poderá aferir através da análise da Regra-Matriz de Incidência Tributária de cada um deles.

Desde a instituição do referido tributo, vários escritos posicionaram-se contrariamente a sua cobrança, baseando-se na instituição do referido tributo por meio de Medida Provisória, na desobediência ao princípio da anterioridade, pelo fato de sua base de cálculo, em um dos tributos, não guardar relação com o fato jurídico tributário, ou mesmo por se basear no exercício, em tese, do Poder de Polícia. Por fim, ainda se questiona a concessão de descontos e isenções por via de lei ordinária e Resoluções Normativas da ANS.

1. Natureza tributária

Pela disposição legal, a TSS é tributo, da espécie taxa, decorrente do exercício do poder de polícia na forma do art. 145, II, da Constituição Federal e art. 77 do Código Tributário Nacional.

Preenche todos os requisitos do art. 3º do Código Tributário Nacional, constituindo a principal receita para manutenção da Agência Nacional de Saúde Suplementar, sendo, portanto, tributo.

Em qual espécie de tributo a Taxa de Saúde Suplementar se encaixa é a questão que gera controvérsia. Para tanto, necessário discorrer sobre o poder de polícia e seu efetivo exercício.

Alexandre Santos Aragão aduz que as taxas cobradas pelas agências reguladoras podem ser taxas propriamente ditas ou contribuições de intervenção no domínio econômico.²⁵

Já Marçal Justen Filho entende que a competência regulatória remete ao exercício do Poder de Polícia, portanto, todas as “taxas de fiscalização” cobradas pelas agências reguladoras seriam taxas em razão do exercício do poder de polícia. Em face das agências reguladoras serem entes de direito público, não poderiam cobrar preço. Não se podem instituir impostos ou contribuições para a manutenção das agências reguladoras porque, em relação aos impostos, há vedação expressa da parafiscalidade no art. 167, IV da Constituição Federal. Já a contribuição de intervenção no domínio econômico tem o escopo de ela mesma promover os efeitos interventivos e sua utilização para custear agências reguladoras não corresponde ao tributo²⁶

Marcos Juruena Villela Souto entende que quando as taxas decorrerem do exercício do Poder de Polícia serão verdadeiras taxas, possuindo natureza tributária. Contudo, as agências reguladoras de serviços públicos cobrariam preços. Rechaça a possibilidade de que tais taxas sejam contribuições de intervenção no domínio econômico.²⁷

Vera Lucia Kirdeiko e João Guilherme Sauer entendem que as atividades exercidas pelas agências reguladoras não constituem manifestação de poder de polícia, de maneira que as chamadas taxas de fiscalização cobradas constituiriam preço público.²⁸

Para Leonardo Ribeiro Pessoa “As agências reguladoras federais brasileiras possuem o dever legal de fiscalizar as atividades desempenhadas por empresas que exercem atividades de relevância pública.”²⁹

Vale lembrar que as leis instituidoras da maioria das agências reguladoras federais prescrevem a possibilidade de cobrança de taxas em razão da fiscalização por estas realizada.³⁰

Ricardo Lobo Torres aduz que sempre que possível a mensuração de benefício a um grupo de cidadãos, a legislação deve repartir os custos entre os beneficiários, evitando, assim, o dispêndio de recursos do povo captados através de impostos.³¹

²⁵ PESSOA, Leonardo Ribeiro. *A natureza jurídica das “taxas de fiscalização” cobradas por agências reguladoras federais brasileiras*. Disponível em: <
<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=4798>>. Acesso em: 23 jan. 2010.

²⁶ *Idem, ibidem*.

²⁷ *Idem, ibidem*.

²⁸ *Idem, ibidem*.

²⁹ *Idem, ibidem*.

³⁰ *Idem, ibidem*.

José Geraldo Ataliba Nogueira afirma que quem deve custear o funcionamento da administração pública provocado por uma pessoa é a própria pessoa que deu causa. Questiona porque toda a sociedade manteria uma repartição pública que fiscaliza uma atividade x se ela atende a um grupo determinado de pessoas. Por isso, o correto a utilização da taxa que remunera o estado pela despesa que teve em decorrência de sua provocação por determinada pessoa, física ou jurídica.³²

Deve suportar o pagamento do tributo os que demandam dos entes estatais a criação de um arcabouço técnico para regulação das atividades desempenhadas, e não toda a população, mormente porque no Brasil, a saúde suplementar ainda é privilégio de poucos que possuem melhores condições financeiras, sendo a maioria da população assistida por sistema de saúde pública.

Demonstrado que a espécie tributária que mais se adéqua à atividade exercida pelas agências reguladoras, cumpre analisar se há o efetivo exercício do poder de polícia.

Geraldo Ataliba menciona que o poder de polícia pode ser exercido por meio de leis, regulamentos que conferem eficácia às leis e atos administrativos que obrigam ao cumprimento dos preceitos legais.³³

Richard Mattfeldt leciona que o poder de polícia pode se expressar de duas formas: através de atos de fiscalização onde se verifica individualmente o cumprimento da norma que estabelece alguma limitação ou através de atos de permissão ou concessão em que a ANS permite alguma conduta lícita dos particulares.³⁴

Leonardo Vizeu Figueiredo afirma que na Taxa de Saúde Suplementar há verdadeiro exercício do poder de polícia efetivo e concreto, delimitado pelo art. 4º da Lei 9.961/00, dando ensejo à cobrança de taxa. O poder de polícia não é exercido, como pensam alguns, apenas por ações negativas em que se restringem ou limitam liberdades do indivíduos, mas também por

³¹ PESSOA, Leonardo Ribeiro. *A natureza jurídica das “taxas de fiscalização” cobradas por agências reguladoras federais brasileiras*. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=4798>>. Acesso em: 23 jan. 2010.

³² *Idem, ibidem*.

³³ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito da saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. – São Paulo: MP Ed., 2006, p. 365-366.

³⁴ MATTFELDT, Richard Karl. *A taxa de saúde suplementar e sua compatibilidade com o Sistema Tributário Nacional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1430>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

condutas positivas, tais como atos normativos que regulam as liberdades, fixando paradigmas a serem seguidos pelos administrados.³⁵

No caso da Taxa de Saúde Suplementar, esta é oriunda de uma atividade extensiva e permanente desenvolvida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar sobre as entidades que operam no mercado da saúde suplementar, as operadoras de planos privados de assistência à saúde. A atuação da ANS atua tanto na relação entre o Estado e o agente econômico que atua no mercado, quanto na relação existente entre o beneficiário do plano e a operadora.³⁶

Já Valéria Furlan elenca como “fato gerador” da taxa de polícia a realização efetiva do ato de polícia, e não seu exercício potencial, e entende que os contribuintes da Taxa de Saúde Suplementar estavam sendo compelidos a pagar a taxa sem o efetivo exercício do Poder de Polícia porque os incisos do art. 4º da Lei 9.961/00, que dispõe sobre as atribuições da ANS, trazem inúmeras situações ao tempo não implementadas, e que dentre estas inúmeras atividades, não se pode inferir qual o fato gerador da TSS, não se podendo exigir a contraprestação de uma atividade não especificada e não implementada.³⁷

Na análise da natureza jurídica da cobrança e da espécie tributária, deve-se levar em conta que se trata de ressarcimento pela fiscalização efetuada por agência reguladora, que detém o dever de reger condutas das operadoras da área da saúde, impedindo danos aos usuários.

Portanto, se trata de um tributo com finalidade específica, para ressarcir a ANS por gastos mensuráveis, de forma que não haveria sentido em retirar os recursos para o custeio dos impostos, pagos pela população em geral para cobrir as despesas orçamentárias do Estado. Evidentemente a espécie tributária da TSS é a taxa em face do exercício do poder de polícia, seja através de atos positivos ou negativos.

2. Competência Tributária

³⁵ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito da saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. – São Paulo: MP Ed., 2006, p. 365.

³⁶ *Idem, ibidem*.

³⁷ FURLAN, Valéria C. P. *Taxa de Saúde Suplementar Taxa de Serviços Administrativos e Taxa de Fiscalização Ambiental*. Disponível em: <
<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19801/Taxa%20de%20sa%C3%BAde%20suplementar.pdf?sequence=1>>. Acesso em 17 jan. 2010.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar é uma autarquia federal especial constituída pela Lei 9.961/00 vinculada ao Ministério da Saúde que goza de autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

Em sendo integrante da administração indireta da União, a instituição de taxas incumbe ao Congresso Nacional, através de lei ordinária, na forma do art. 150, I, da Constituição Federal, tendo em vista que não se encontra dentre as normas que necessitam de Lei Complementar, conforme disposto no art. 146, também da Constituição Federal.

Com a instituição da Taxa de Saúde Suplementar, visou-se garantir a citada autonomia financeira da Agência Reguladora, sendo, atualmente a responsável pela maior parte da arrecadação da Autarquia.

No que pertine à competência tributária, a instituição da referida taxa se deu em consonância com o disposto na Constituição Federal no Código Tributário Nacional.

3. As regras-matrizes de incidência tributária

Analisando o art. 20, parágrafos I e II, da Lei 9.961/2000, percebe-se que a taxa instituída pelo inciso I, denominado de Taxa de Saúde Suplementar por Plano de Assistência à Saúde, difere da taxa instituída pela inciso II, chamada Taxa por Atos de Saúde Suplementar.

Tendo em vista que não guardam semelhanças, embora as exações recebam o mesmo nome de Taxa de Saúde Suplementar, é visível que se tratam de tributos distintos, conforme se depreende da análise de suas regras-matrizes:

Critérios da Regra-Matriz de Incidência Tributária	Tributo previsto no inciso I do art. 20 da Lei 9.961/2000	Tributo previsto no inciso II do art. 20 da Lei 9.961/2000
Critério Material Hipótese de incidência	Exercício pela ANS do poder de polícia que lhe é legalmente atribuído através da normatização e fiscalização do setor	Exercício pela ANS do poder de polícia que lhe é legalmente atribuído através da aquiescência ou discordância de requerimento efetuados
Critério Temporal	1º de janeiro	Momento do requerimento
Critério Espacial	Todo o território nacional	Todo o território nacional

Sujeito Ativo	Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)	Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)
Sujeito Passivo	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.	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.
Base de Cálculo	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 da Lei 9.961/00	Ato de aquiescência de acordo com tabela prevista na Lei 9.961/00
Alíquota	R\$ 2,00 (dois reais) por usuário	Registro de Produto – R\$1.000,00 Registro de Operadora – R\$2.000,00 Alteração de Dados – Produto R\$500,00 Alteração de Dados – Operadora – R\$1.000,00 Pedido de Reajuste de Mensalidade – R\$1.000,00

3.1. Critério material

Na atual sistemática da Taxa de Saúde Suplementar, os critérios materiais dos tributos vêm discriminados no art. 20, parágrafos I e II, da Lei 9.961/2000, que dispõe que a Taxa de Saúde Suplementar será devida: 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 tabelas da lei; e por registro de produto, registro de operadora, alteração de dados referente

ao produto, alteração de dados referente à operadora, pedido de reajuste de contraprestação pecuniária, conforme os valores constantes em Tabela da referida Lei.

Desta forma, ocorrido o evento, este deve ser vertido em linguagem competente, configurando fato jurídico tributário, dando nascimento à obrigação tributária.

3.2. Critério Temporal

A Taxa de Saúde Suplementar do art. 20, inciso I, conforme o §2º do art. 20 da Lei 9.961/2000, é devida anualmente, mas recolhida até o último dia útil do primeiro decêndio dos meses de março, junho, setembro e dezembro, de acordo com o disposto no regulamento da ANS, o que tem levado a pronunciamentos sobre a incompatibilidade da primeira parte do referido parágrafo, que diz que o tributo é anual e a segunda parte, que dispõe sobre o recolhimento trimestral.

Vale ressaltar que segundo a sistemática legal traçada, o imposto é devido anualmente, este sim é o seu critério temporal.

A segunda parte do referido parágrafo trata da regra de pagamento, dispondo que este deverá ocorrer até o último dia útil do primeiro decêndio dos meses de março, junho, setembro e dezembro.

Regra de pagamento não se confunde com critério temporal. Conforme ressaltado nas premissas do presente trabalho, a regra de pagamento, embora essencial para não se configurar o inadimplemento da obrigação tributária, não integra a regra-matriz de incidência tributária, porque não traz elemento necessário à configuração do momento em que nasce a obrigação tributária, mas sim do momento em que esta deve ser adimplida, quando já existente.

No caso da TSS do inciso II do art. 20 da Lei 9.961/00, será o momento do requerimento, já que não depende da aceitação, ou não, do pedido para a exigência tributária. É obrigação que antecede a esta, pressuposto para o exercício do poder de polícia.

3.3. Critério Espacial

A Agência Nacional de Saúde Suplementar tem sede na cidade do Rio de Janeiro, mas atuação em todo o território nacional, mormente diante da possibilidade da prática de atos via internet.

Desta forma, levando-se em conta que as operadoras de planos privados de assistência à saúde podem realizar o fato descrito no critério material da regra-matriz em qualquer lugar do território nacional, este é seu critério espacial.

3.4. Critério Pessoal

3.4.1. Sujeito Ativo

A Agência Nacional de Saúde Suplementar é o sujeito ativo de ambas as modalidades de taxa denominadas Taxa de Saúde Suplementar, com esteio no art. 18 da Lei 9.961/00.

3.4.2. Sujeito Passivo

O art. 19 da Lei 9.961/00 define expressamente que os sujeitos passivos da Taxa de Saúde Suplementar são “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”

Desta forma, quem opere produto, serviço ou contrato que vise prestar assistência à saúde, utilizando-se de assistência médica, hospitalar e odontológica será sujeito passivo da exação, independentemente de sua constituição societária.

3.5. Critério quantitativo

3.5.1. Base de Cálculo

Roque Carrazza aduz que a base de cálculo mede o fato descrito pela hipótese de incidência, permitindo a quantificação da obrigação tributária. Ainda, revela a espécie de tributo.³⁸

Leonardo Vizeu Figueiredo dispõe que:

“A base de cálculo é a grandeza material sobre a qual incide a alíquota indicada na lei, podendo ser materializada, nos casos de incidência de alíquota *ad valorem* (expressa em percentual), em pecúnia ou em fator de grandeza referencial diversa (peso, quantidade, número de usuários, etc.), para incidência de alíquota específica (previamente fixada em dinheiro na lei), sendo denominada, nestes casos, base de cálculo técnica”³⁹

Conforme analisado, a Taxa de Saúde Suplementar decorre do exercício do poder de polícia, de forma que a taxa não pode ter como base de cálculo algo que não se ligue ao exercício do poder de polícia e ao despendido para a atuação estatal, tais como situações em relação ao contribuinte ou terceiros envolvidos.

No caso, havendo dois tributos distintos, as bases de cálculo são o 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 tabelas da lei; e o registro de produto, registro de operadora, alteração de dados referente ao produto, alteração de dados referente à operadora, ou pedido de reajuste de contraprestação pecuniária.

No último caso, trata-se de base de cálculo própria de taxa, não havendo maiores complexidades quanto sua determinação. O problema reside no número médio de usuários de plano privado de assistência à saúde ser utilizado como base de cálculo de taxa.

Especificamente quanto a TSS, o contribuinte é a operadora de plano privado de assistência à saúde, que demanda fiscalização individual da ANS e regulamentação igualmente extensiva a todos aqueles que operam, independentemente do porte. Por isso que o número de usuários não é fator capaz de quantificar a atuação estatal, de forma que a base de cálculo não se

³⁸ MATTFELDT, Richard Karl. *A taxa de saúde suplementar e sua compatibilidade com o Sistema Tributário Nacional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1430>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

³⁹ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito da saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. – São Paulo: MP Ed., 2006, p. 376.

presta a medir economicamente o fato jurídico tributário por ser alheio a atividade de fiscalização.

Valéria Furlan questiona a constitucionalidade da base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar por entender que não há relação entre o custo da atuação estatal decorrente do exercício do poder de polícia e o número de associados dos planos privados de assistência à saúde. Este critério é capaz de verificar a capacidade contributiva do sujeito passivo, o que é imprescindível apenas na espécie tributária impostos. Em sendo taxa, o critério que deve nortear sua cobrança é a retributividade e não a capacidade econômica.⁴⁰

Johnny Ventura entende que não há relação da base de cálculo da TSS com a capacidade contributiva da operadora, porquanto no cálculo não se leva em conta o valor pago pelo usuário. Aduz que o número de usuários guarda relevância para apuração do valor despendido com o exercício do Poder de Polícia cobrado mediante taxa e por isso é correta sua instituição como base de cálculo. Acredita que a atuação estatal será maior quanto maior for o número de usuários.⁴¹

Ressalta-se que é irrelevante o valor pago pelo usuário, de maneira que todos os usuários são contados da mesma forma para tributação. Assim, é incorreto afirmar que a base de cálculo é critério de aferição do porte econômico financeiro da operadora. Seria injusto custear uma atividade que pertine a parcela identificada de sujeitos com impostos oriundos de toda a sociedade, e não através de taxas. Ainda, a base de cálculo não guarda qualquer semelhança com a de impostos existentes no ordenamento jurídico brasileiro.⁴²

Mizabel Derzi denomina de *criptoimpostos* disfarçados de pseudotaxas quando a base de cálculo busque medir o tamanho, produção, renda, patrimônio do contribuinte⁴³ e não o custo da atividade estatal.

⁴⁰ FURLAN, Valéria C. P. *Taxa de Saúde Suplementar Taxa de Serviços Administrativos e Taxa de Fiscalização Ambiental*. Disponível em: <

<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19801/Taxa%20de%20sa%C3%BAde%20suplementar.pdf?sequence=1>>. Acesso em 17 jan. 2010.

⁴¹ VENTURA, Johnny dos Santos. *A constitucionalidade da base de cálculo da taxa de saúde suplementar*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1165_arquivos.rtf>. Acesso em: 14 de jan. 2010.

⁴² *Idem, ibidem*, p.383-388.

⁴³ Mizabel Derzi *apud* MATTFELDT, Richard Karl. *A taxa de saúde suplementar e sua compatibilidade com o Sistema Tributário Nacional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1430>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

Isso levou Richard Mattfeldt a afirmar que não estando entre as atribuições da ANS a fiscalização individual dos associados das operadoras de planos privados de assistência à saúde, não se pode eleger como base de cálculo o número de associados, porque ultrapassa o conteúdo do exercício do poder de polícia pela ANS, de forma que a TSS constitui um imposto disfarçado de taxa, incidente sobre as atividades do sujeito passivo. Conclui, ainda, que a destinação do tributo de formar caixa para custear as despesas genéricas da ANS não se coaduna com a hipótese tributária taxa, cobrada pelo exercício do Poder de Polícia.⁴⁴

O custeio de agência reguladora para o exercício do poder de polícia configura sim hipótese de utilização de taxa, baseada no dispêndio médio da autarquia. Para que seja cobrada taxa, não se exige um custo prévio e determinado, mas sim um custo calculado do valor necessário para a realização do ato que demanda o exercício do poder de polícia.

Mas é inegável que a base de cálculo da taxa do inciso I do art. 20 da Lei 9.961/00 infirma a hipótese de incidência, criando uma figura híbrida, já que não se pode afirmar tratar de imposto, por causa de sua vinculação à atividade exercida pela ANS, hipótese de incidência de taxa, mas possui base de cálculo que não leva em conta a atuação estatal, que seria própria de outras espécies tributária.

Desta forma, na conjugação do binômio hipótese de incidência/base de cálculo, denota-se que o tributo instituído viola os preceitos da Constituição Federal.

3.5.1.1. Alterações ilegais da base de cálculo

Como se não bastasse a celeuma envolvendo a base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar, estabelecida pela lei 9.961/00, em seu art. 20, I, cobrando o valor 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, conforme a lei, a Resolução Normativa nº 89 da Agência Nacional de Saúde Suplementar alterou a previsão legal, estabelecendo como novos critérios da base de cálculo a cobertura e a área de abrangência geográfica dos planos de assistência à saúde, bem como a segmentação/classificação da operadora, conforme disposto na Resolução da Diretoria Colegiada n.º 39/2000 da ANS.

⁴⁴ MATTFELDT, Richard Karl. *A taxa de saúde suplementar e sua compatibilidade com o Sistema Tributário Nacional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1430>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

Fico assentado nas premissas que a alteração da base de cálculo depende de lei, não havendo a menor possibilidade de se fazer através de ato normativo de agência reguladora, como foi feito, contrariando o princípio da legalidade em matéria tributária.

3.5.1.2. O caso das cooperativas

O art. 146, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal estabelece que lei complementar disporá sobre o adequado tratamento tributário a ser dado sobre o ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

Em face disso, várias cooperativas sujeitas à tributação via Taxa de Saúde Suplementar se insurgiram contra cobrança de referida taxa, instituída por medida provisória, convertida em lei ordinária, em suposta desobediência à Constituição que exigia lei complementar.

Vale ressaltar que o art. 86 da Lei 5.674/71, que dispõe sobre o regime jurídico das sociedades cooperativas, faculta o fornecimento de bens e serviços a não associados, caso atenda aos objetivos sociais e estejam de conformidade com a citada lei.

Contudo, a própria lei define, em seu art. 79, o que é o ato cooperativo, conceituando-o como aqueles atos que são praticados entre as cooperativas e seus associados e vice-versa e pelas cooperativas entre si quando associadas, para a consecução dos objetivos sociais. Ressalva ainda que o denominado ato cooperativo não implica oneração de mercado, nem mesmo contrato de venda e compra de produto ou mercadoria.

Em sendo os planos privados de assistência à saúde ofertados pelas cooperativas produtos que implicam oneração de mercado, não estão abrangidos no conceito de ato cooperativo, nem no tratamento tributário a ser dado por lei complementar, de maneira que não há inconstitucionalidade da cobrança da TSS das cooperativas de trabalho médico.

Nesse mesmo sentido, se posicionaram Luiz Felipe Conde e Flavia Medina Vilhena ao aduzirem que o conceito de ato cooperativo restringe aos atos praticados entre cooperativas e seus associados, que não implicam oneração do mercado nem um contrato de venda e compra. Desta forma, a atividade econômica que a cooperativa desenvolve não se adéqua a hipóteses de ato cooperativo que demandam lei complementar, mas sim atos negociais.⁴⁵

⁴⁵ CONDE, Luiz Felipe; VILHENA, Flávia Medina. *Taxa de Saúde Suplementar Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000 sujeição passiva das cooperativas de trabalho médico*. Disponível em:

3.5.2. Alíquota

A alíquota da taxa prevista no inciso I da Lei 9.961/00 é de R\$2,00 (dois reais), e multiplica-se pela base de cálculo para se chegar ao valor do tributo. Afirmam que a alíquota, como também a base de cálculo, é resultado de levantamento realizado pelo corpo técnico do Ministério da Saúde com vista a ressarcir a Agência Reguladora pela atividade de policiamento administrativo realizada.⁴⁶

No caso da chamada Taxa por Atos de Saúde, prevista no inciso II do art. 20 da Lei 9.961/00, a alíquota é específica, ou seja, determinada em valores por meio de lei, no caso o Anexo III da Lei 9.961/00, que prevê a seguinte tabela:

ANEXO III
ATOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR

Atos de Saúde Suplementar	Valor (R\$)
Registro de Produto	1.000,00
Registro de Operadora	2.000,00
Alteração de Dados – Produto	500,00
Alteração de Dados – Operadora	1.000,00
Pedido de Reajuste de Mensalidade	1.000,00

Contudo, vilipendiando o princípio da legalidade e a lei 9.961/00, as Resoluções Normativas nº 89 e 101 da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS alteraram a tabela de valores instituindo as seguintes:

ANEXO III

ATOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR	
ATOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR	VALOR (R\$)
Registro de Produto – TRP	1.000,00
Registro de Operadora – TRO	2.000,00

<http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2001/revdireito2001B/art_taxasaude.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2010.

⁴⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito da saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. – São Paulo: MP Ed., 2006, p. 376.

Alteração de Dados de Produto – TAP	500,00
Alteração de Dados de Operadora – TAO	1.000,00
Pedido de Reajuste de Contraprestação Pecuniária – TRC	1.000,00

ANEXO IV

TAO - TAXAS DE ALTERAÇÃO DE DADOS DA OPERADORA

ATO	VALOR DA TAXA (R\$)
Transferência de controle societário	1.000,00
Alteração de contrato social ou reforma estatutária (com ou sem mudança da razão social)	1.000,00
Alteração nome fantasia (com ou sem alteração do contrato ou estatuto)	500,00
Alteração do endereço da sede da operadora (com ou sem alteração do contrato ou estatuto)	500,00
Alteração do representante legal ou representante junto à ANS (com ou sem alteração do contrato ou estatuto)	500,00
Alteração dos administradores e responsável técnico	1.000,00

ANEXO V

TAP - TAXAS DE ALTERAÇÃO DE DADOS DO PRODUTO EM REDE CONTRATADA INDIRETAMENTE

PERFIL DE CONTRATAÇÃO DA REDE HOSPITALAR PELA OPERADORA	VALOR (R\$) DA TAP POR MOVIMENTAÇÃO DE ENTIDADE HOSPITALAR DE CONTRATAÇÃO INDIRETA (R\$)
Contratação direta > 75%	25,00
Contratação direta entre 50% e 75 %	125,00
Contratação direta entre 25% e 50 %	250,00
Contratação direta < 25 %	375,00

Isso porque a alteração de dados da operadora se sujeita ao pagamento de R\$1.000,00 (mil reais), enquanto o anexo IV da RN 89 da ANS prevê casos em que haverá a tributação no valor de R\$500,00 (quinhentos reais).

Da mesma forma, a alteração de dados de produto se sujeita a tributação legal no valor de R\$500,00 (quinhentos reais), mas a citada resolução normativa prevê hipóteses de pagamento de R\$25,00 (vinte e cinco reais), R\$125,00 (cento e vinte e cinco reais), R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais) e R\$375,00 (trezentos e setenta e cinco reais).

Ainda, a Resolução Normativa nº 101 alterou a tabela da RN 89, estabelecendo a seguinte:

ANEXO IV

TAO - TAXA DE ALTERAÇÃO DE DADOS DA OPERADORA EM PROCESSO DE ATOS INDICADOS NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 16 Ato	Valor da TAO (R\$)
Alteração do nome fantasia (com ou sem alteração do contrato ou estatuto)	500,00
Alteração do endereço da sede da operadora (com ou sem alteração do contrato ou estatuto)	500,00
Alteração do representante legal ou representante junto à ANS (com ou sem alteração do contrato ou estatuto)	500,00

Assim, por meio da mudança trazida pela RN 101 da ANS, a taxa que a lei determinava a cobrança no valor de R\$1.000,00 (mil reais) pela operação de dados da operadora, foi diminuída para R\$500,00 (quinhentos reais).

Ainda, foi revogado o anexo V pelo artigo 4º da Resolução Normativa nº 101 de 2005 da ANS, sanando a diminuição ilegal do tributo.

A categorização de procedimentos que envolvem conhecimento técnico pode até ser feita por quem detém conhecimentos técnicos para tanto, mas, explícito na lei o procedimento e a alíquota, não cabe a resoluções infralegais alterá-la.

3.6. Da isenção e dos descontos concedidos

A Lei 9.961/00 previu os chamados descontos, que se tratam de caso de isenção nos termos traçados na primeira parte deste trabalho. Inicialmente previu que 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 poderão obter a isenção ou redução da respectiva Taxa de Saúde Suplementar, conforme disposto em Resolução da Diretoria Colegiada da ANS.

Para Leonardo Vizeu Figueiredo, os descontos concedidos tem a natureza jurídica de redução direta da alíquota.⁴⁷

Os seguintes ‘descontos’ foram concedidos:

- Até 31 de dezembro de 2000, os valores estabelecidos no Anexo III da Lei receberão um desconto de 50% (cinquenta por cento).
- 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

⁴⁷ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito da saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. – São Paulo: MP Ed., 2006, p. 413

trinta por cento sobre o montante calculado na forma do inciso I do art. 20 da Lei 9.961, conforme disposição da ANS.

- 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 do art. 20 da Lei 9.961,
- 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 dois últimos descontos citados, conforme dispuser a ANS.
- Os valores constantes do Anexo III da Lei 9.961 foram reduzidos em cinquenta por cento, no caso das empresas com número de usuários inferior a vinte mil.
- Para a taxa prevista no inciso II do art. 20 da Lei, os casos de alteração de dados referentes a produtos ou a operadoras, até edição da norma correspondente aos seus registros definitivos, receberam isenção da respectiva TSS.
- Para a taxa prevista no inciso II do art. 20 da Lei, 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.

Contudo, a Resolução Normativa nº 89 da ANS estabeleceu outras hipóteses, em descompasso com a previsão legal.

Como exemplos, tem-se a isenção da taxa relativa a alterações de dados referentes à operadora, as alterações de número de telefone, fax, endereço para correspondência, endereço de e-mail (internet) da operadora e do representante, indicação do contador, auditor independente e atuário, a não ser que impliquem na realização de alterações de contrato social ou reformas estatutárias, com ou sem transferência de controle societário, bem como qualquer outro ato que importe em modificação da razão social, nome fantasia, endereço da sede da operadora, representante legal e representante junto à ANS, além dos Administradores e Responsável Técnico.

Ainda, isentou-se da taxa as alterações de dados de produtos relativas às situações previstas no inciso III do art. 22 da RN nº 85/04.

Os seguintes anexos da RN 89 da ANS prevêem descontos no pagamento da taxa, vejamos:

ANEXO II

TABELA I
TPS - DESCONTOS POR ABRANGÊNCIA GEOGRÁFICA DO PLANO

ABRANGÊNCIA GEOGRÁFICA	DESCONTO (%)
Nacional	5
Grupo de Estados	10
Estadual	15
Grupo de Municípios	20
Municipal	25

TABELA II
TPS - DESCONTOS POR COBERTURA MÉDICO-HOSPITALAR-ODONTOLÓGICA OFERECIDA

COBERTURA	DESCONTO (%)
Ambulatorial (A)	20
A + Hospitalar (H)	6
A+H+Odontológico (O)	4
A+H+ Obstetria (OB)	4
A+H+OB+O	2
A+O	14
H	16
H+O	14
H+OB	14
H+OB+O	12
O	32

Vislumbra-se mais um caso de ofensa ao princípio da legalidade, já que o art. 150, §6º, exige lei específica que regule exclusivamente a concessão de subsídio, isenção, redução da base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, ou que regule exclusivamente o correspondente tributo.

4. Lançamento

O art. 4º aduz que o lançamento da Taxa de Saúde Suplementar se dá na modalidade por homologação. Analisando o tributo, percebe-se que existem tabelas da Lei 9.961/00 e da RN 89 da ANS que estabelecem os valores cobrados. A partir disso, o próprio contribuinte faz o cálculo do tributo, emite a Guia de Recolhimento da União – GRU para o pagamento e aguarda a aquiescência da Gerência de Finanças da ANS – GEFIN. Portanto, indubitável se tratar de tributo sujeito a lançamento por homologação.

Deve-se lembrar que em havendo discordância quanto aos valores pagos, ou mesmo não havendo adimplemento da obrigação tributária, a GEFIN deve efetuar o lançamento de ofício, expedindo a Notificação Fiscal de Lançamento – NFL.

5. Regra de pagamento

A sistemática de recolhimento trimestral permite uma racionalização financeira ao avaliar a variação e evolução do número de usuários do sujeito passivo.⁴⁸

Em verdade, atentando-se para as modificações no número de usuários dos planos privados de assistência à saúde, tem-se que a taxa no valor de R\$2,00 (dois reais) é dividida em quatro momentos, ou seja, trimestralmente se apura um quarto do valor a ser pago, totalizando R\$0,50 (cinquenta centavos) por usuário, ressalvadas as reduções da base de possíveis.

Segundo disposto no art. 5º da Resolução Normativa nº 89 da Agência Nacional de Saúde Suplementar, o recolhimento deverá ocorrer até o último dia útil do primeiro decêndio dos meses de março, junho, setembro e dezembro de cada ano.

6. Aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva às taxas

Analisando a própria Constituição Federal, depreende-se que a obrigatoriedade de observância do princípio da capacidade contributiva não alcança todos os tributos, porque a Constituição só determina sua necessária obediência quando possível, conforme dispõe o art. 145, §1º.

Vale ressaltar que em vários tributos não se consegue mensurar a capacidade contributiva, porque estes recaem sobre situações em que não é possível aferir sinais de riqueza.

Aqui se está tratando da chamada capacidade contributiva absoluta ou objetiva, onde, sempre que puder, deve o legislador escolher fatos que denotem sinais de riqueza para que sobre eles recaia o tributo.

Para as taxas decorrentes do exercício do poder de polícia, não interessa a capacidade econômica do contribuinte, o critério de tributação é repartir os gastos entre os usuários da

⁴⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito da saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. – São Paulo: MP Ed., 2006, p. 381.

atuação estatal. A cobrança da taxa não se liga a seu resultado, mas a existência de uma atuação, custeando os gastos com diligências necessárias à consecução do serviço público ou ato de polícia. Essa atuação estatal decorre da lei, e não do pagamento, regendo-se pelo regime jurídico constitucional administrativo.⁴⁹

7. Ofensa ao princípio da anterioridade?

Aduz-se a inexistência de ofensa ao princípio da anterioridade porque a TSS foi instituída em novembro de 1999 e cobrada a partir de 1º de janeiro de 2000. Em sendo as medidas provisórias aceitas como meio para instituir ou aumentar tributos, porque tem força de lei ordinária, e levando em conta as sucessivas reedições, o tributo não teria sido instituído pela Lei 9.961/00, mas sim pela Medida Provisória 1928 de novembro de 1999 e cobrada a partir de 1º de janeiro de 2000, de modo que não houve ofensa ao princípio da anterioridade tributária.

Menciona-se que nas várias reedições de Medidas Provisórias até a conversão em lei, não houve vácuo legislativo, porque sempre foi respeitado o prazo de vigência das Medidas Provisórias. Contudo, houveram algumas alterações nessas reedições, o que põe em dúvida a continuidade da matéria. No que tange à TSS, mantiveram-se iguais as disposições, com exceção da concessão dos chamados descontos.⁵⁰

Valéria Furlan questiona o fato que a manutenção das taxas cobradas pelas agências reguladoras terem sido reeditadas por meio de medidas provisórias porque em todas houveram modificações que criaram novos deveres e ampliaram seu conteúdo. Baseado nisso, a cada alteração haveria uma nova taxa, de forma que não se obedeceu ao princípio da anterioridade, permitindo o exercício do tributo no mesmo exercício financeiro já que a Lei 9.961/00 é de 28 de janeiro de 2000, mas em seu art. 22 institui ser devida a Taxa a partir de 1º de janeiro de 2000.⁵¹

A edição de Medidas Provisórias antes do término do período de vigência da anterior implica na continuidade da norma do sistema, até a edição de lei, quando a matéria é incorporada

⁴⁹ FURLAN, Valéria C. P. *Taxa de Saúde Suplementar Taxa de Serviços Administrativos e Taxa de Fiscalização Ambiental*. Disponível em: <
<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19801/Taxa%20de%20sa%C3%BAde%20suplementar.pdf?sequence=1>>. Acesso em 17 jan. 2010.

⁵⁰ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito da saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. – São Paulo: MP Ed., 2006, p. 413-426.

⁵¹ FURLAN, Valéria C. P. *op. cit.*

ao sistema sem prazo. Por isso, apesar de questionável política e moralmente, não se pode dizer que houve ofensa ao princípio da anterioridade.

As citadas alterações no desconto não constituem instituição ou aumento de tributo que necessitem respeitar ao princípio da anterioridade, mas em razão do respeito ao princípio da legalidade, somente poderão ser incididas em fatos ocorridos posteriormente à edição de lei.

8. ‘Deslegalização’ em matéria tributária

O §4º do art. 20 da Lei 9.961/00 permitiu que resolução da Diretoria Colegiada da ANS dispusesse sobre quais as alterações de dados que não produziriam consequências para o consumidor ou o mercado da saúde suplementar que gozariam de isenção ou redução da taxa.

Trata-se de possibilitar que o órgão que possui conhecimentos técnicos selecione as situações que dada sua irrelevância para o usuário ou o mercado teria sua tributação reduzida ou mesmo conferida uma isenção.

É algo similar à norma penal em branco do direito penal, que permite que aqueles que possuem maiores condições técnicas de selecionar determinados atos como contrários ao que se almeja com a lei complementem dados técnicos abrangidos por conceito aberto da norma.

Ocorre que a Constituição Federal, em seu art. 150, §6º, exige lei específica, federal, estadual ou municipal que regule exclusivamente a concessão de subsídio, isenção, redução da base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, ou que regule exclusivamente o correspondente tributo.

Leonardo Vizeu Figueiredo ensina que somente podem ser objeto da chamada ‘deslegalização’ as matérias que não estejam sujeitas à estrita legalidade. Lembra que no caso da TSS, há autorização legal para a ‘deslegalização’, mas requer cautela em face das previsões do art. 150, §6º, da Constituição Federal. Assim, soluciona o impasse dando interpretação conforme a constituição ao dispositivo, conferindo à resolução da Diretoria Colegiada tão somente elencar o rol de alterações nos quais não haverá o exercício do Poder de Polícia, portanto, não haverá o ‘fato gerador’ da taxa.⁵²

Não obstante o respeitável entendimento, a forma como conceder isenções ou reduções na

⁵² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito da saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. – São Paulo: MP Ed., 2006, p. 431-433.

alíquota ou base de cálculo foram feitas viola a Constituição, não havendo como estabelecer interpretação conforme. Isso porque não foi determinada uma hipótese geral em que as Resoluções da Diretoria Colegiada da ANS apenas trariam um rol, mas delegou-se a esta a própria concessão da isenção, redução da alíquota ou base de cálculo, em valor por ela determinado, nas soluções por ela encontradas.

Também não há que se falar em inexistência de fato jurídico tributário quando da aplicação, já que haverá o efetivo exercício do poder de polícia, só que de menor relevância, de modo que não produza efeitos em relação aos usuários e o mercado. Assim, não encontra sustentação legal a afirmação que não haverá o ‘fato gerador’ do tributo.

CONCLUSÃO

Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência já pacificaram a possibilidade de instituição de tributo por meio de medida provisória. Então, com a sucessiva reedição de medidas provisórias que mantiveram incólumes as disposições sobre o tributo, até a conversão em lei, demonstra-se que não houve vácuo legislativo para que se pudesse alegar a necessária obediência ao princípio da irretroatividade, não sendo inconstitucional.

A chamada Taxa de Saúde Suplementar é tributo cobrado em decorrência do exercício do poder de polícia por parte da Agência Nacional de Saúde Suplementar, seja de maneira positiva, seja de maneira negativa.

Taxa é o tributo que mais se adéqua ao ressarcimento do ente estatal pelo exercício do poder de polícia, porque aqueles sujeitos determinados que motivaram o exercício do poder de polícia devem arcar com os custos da atividade a eles interligada.

Elaborando a regra-matriz de incidência tributária, percebe-se que as previsões do inciso I e II do art. 20 da Lei 9.961/00 tratam de dois tributos, já que possuem hipótese de incidência, base de cálculo, alíquota e critério temporal distintos.

A espécie de Taxa de Saúde Suplementar que possui como base de cálculo o número médio de usuários do plano privado de assistência à saúde não se coaduna à espécie taxa, porquanto não guarda relação com a atividade de fiscalização desenvolvida pela ANS, já que o custo e trabalho para editar resoluções, fiscalizar as operadoras, verificar a saúde financeira, são os mesmos para uma operadora grande ou pequena, porque não há análise individual dos contratos ou usuários.

O fato de não importar o valor despendido pelos usuários ou a arrecadação da operadora não demonstra que a base de cálculo mede o gasto estatal.

Se a base de cálculo não serve para mensurar o custo estatal, o tributo desvirtua-se de sua espécie, constituindo uma figura híbrida entre taxa e imposto. Desta forma, contraria a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional.

O acréscimo de critérios para a determinação da base de cálculo e da alíquota que não deriva da lei vai além, viola o princípio da legalidade, a necessidade prevista no art. 150, § 6º da Constituição de lei que regule exclusivamente a concessão de subsídio, isenção ou redução da alíquota ou base de cálculo.

Não assiste razão às cooperativas que operam planos privados de assistência à saúde e requerem lei complementar para a instituição do tributo em relação a elas, face a disposição constitucional que revela necessidade de tratamento adequado ao ato cooperativo porque segundo as disposições da lei das cooperativas, a oferta de planos de saúde configura ato negocial que onera o mercado, não sendo enquadrado como ato cooperativo.

Resoluções normativas ou colegiadas da Agência Nacional de Saúde Suplementar não são meio jurídico idôneo para a alteração de alíquotas, mesmo que lei assim disponha, em face da necessária obediência ao princípio da legalidade.

O tributo é lançado por homologação, em qualquer de suas modalidades, através do cálculo realizado pela particular, emissão da GRU pela internet e pagamento, aguardando posterior manifestação homologatória ou um lançamento de ofício.

A regra de pagamento não compõe a regra-matriz de incidência tributária. Mesmo sendo essencial para o adimplemento da obrigação tributária, nasce em momento posterior a essa, quando o crédito já está constituído.

Embora o tributo previsto no inciso I do art. 20 da Lei 9.961/00 seja pago trimestralmente, isso não desnatura o critério temporal da regra-matriz de incidência tributária, porque os valores constantes em lei decorrente da incidência da norma são, apenas, pagos fracionadamente, atentando-se para a mobilidade de usuários do setor, principalmente depois do advento da portabilidade de carências.

Mais um argumento que reforça a inconstitucionalidade da base de cálculo é que a tributação segue o usuário, que se mudar de operadora, constituirá a base de cálculo da nova prestadora.

O princípio da capacidade contributiva deve ser observado sempre que possível. Contudo, este não é critério apto a determinar o custo da atividade estatal que enseja a cobrança de taxa, desta forma não há que se falar em seu atendimento ou sua violação.

A ‘deslegalização’ em matéria tributária somente é possível quando não se exige a reserva legal, ou depende-se de complementação técnica, e não na hipótese de querer repassar à agência reguladora a definição de ‘descontos’ que na verdade configuram isenção ou redução do tributo.

Trata-se de tributo dissonante do que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro, atentando contra as disposições constitucionais e legais, que necessita ser modificado ou expurgado do sistema, mas que conta com o apoio do poder judiciário.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. – São Paulo: Método, 2007.

AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 out. 1988.

_____. Lei n. 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. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília 27 out. 1966.

_____. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 29 jan. 2000.

_____. Resolução Normativa ANS n. 174, de 19 de agosto de 2008. Altera dispositivos da Resolução Normativa – RN nº 103, de 17 de junho de 2005, que dispõe sobre o lançamento de Taxa de Saúde Suplementar e regulamenta o processo administrativo fiscal no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 20 ago. 2008.

_____. Resolução Normativa ANS n. 103, de 17 de junho de 2005. Dispõe sobre o lançamento da Taxa de Saúde Suplementar, instituída pela Lei nº 9.961, de 2000, regulamenta o processo administrativo fiscal no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 20 jun. 2005.

_____. Resolução Normativa ANS n. 101, de 3 de junho de 2005. Altera os dispositivos da Resolução – RN nº 89, de 15 de fevereiro de 2005. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 6 jun. 2005.

_____. Resolução Normativa ANS n. 89, de 15 de fevereiro de 2005. Dispõe sobre a Arrecadação de Receitas da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 16 fev. 2005.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 20. Ed. – São Paulo: Malheiros, 2004.

CARVALHO. Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. – São Paulo: Noeses, 2009.

_____. (Org). *Classificação dos tributos: uma visão analítica*, de Tárek Moysés Moussallem, Tributação e Processo. São Paulo: Noeses, 2007, v. 1, p. 601-637.

CARVALHO. Rubens Miranda de. *A Taxa de Saúde Suplementar*. Disponível em: <http://www.mirandadecarvalho.com.br/institucional/rubens/taxa_saude105072001.shtml>. Acesso em: 21 jan. 2010.

CONDE, Luiz Felipe; VILHENA, Flávia Medina. *Taxa de Saúde Suplementar Lei 9.961, de 28 de janeiro de 2000 sujeição passiva das cooperativas de trabalho médico*. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2001/revdireito2001B/art_taxasau de.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2010.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Curso de direito da saúde suplementar: manual jurídico de planos e seguros de saúde*. – São Paulo: MP Ed., 2006.

FURLAN. Valéria C. P. *Taxa de Saúde Suplementar Taxa de Serviços Administrativos e Taxa de Fiscalização Ambiental*. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19801/Taxa%20de%20sa%C3%BAde%20suplementar.pdf?sequence=1>>. Acesso em 17 jan. 2010.

MATTFELDT, Richard Karl. *A taxa de saúde suplementar e sua compatibilidade com o Sistema Tributário Nacional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1430>>. Acesso em: 12 jan. 2010.

MAZZA, Alexandre. *Agências reguladoras*. – São Paulo: Malheiros, 2007.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 22ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2007.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. – São Paulo: Noeses, 2005.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de direito financeiro*. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PESSOA, Leonardo Ribeiro. *A natureza jurídica das “taxas de fiscalização” cobradas por agências reguladoras federais brasileiras*. Disponível em: <
<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas/default.asp?action=doutrina&coddou=4798>>.
Acesso em: 23 jan. 2010.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Curso de direito tributário e finanças públicas*. – São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *As classificações no sistema tributário brasileiro*, in I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO TRIBUTÁRIO – Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), Vitória. *Justiça tributária*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 123-147.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30ª ed. – São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Semântica e direito*. Disponível em: <http://www.jfjb.gov.br/esmafe/Pdf_Doutrina/sem%C3%A2ntica_e_direito_%20mestrado_de_filosofia.pdf> Acesso em: 18/08/2009.

TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?*. Disponível em <<http://www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/33.pdf>>. Acesso em: 10 de jun. 2009.

VENTURA. Johnny dos Santos. *A constitucionalidade da base de cálculo da taxa de saúde suplementar*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto1165_arquivos.rtf>. Acesso em: 14 de jan. 2010.

VITA, Jonathan Barros. **Tributação do Câmbio**. – São Paulo: Quartier Latin, 2008.