

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5000444-23.2015.4.04.7000/PR

RELATOR : Juiz Federal ANDREI PITTEN VELLOSO

APELANTE : AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS

APELADO : FUNDACAO SANEPAR DE ASSISTENCIA SOCIAL

ADVOGADO : MAURICIO TESSEROLI MIOT

: WELINGTON LUIZ PAULO

: EDUARDO HENRIQUE LAMERS

## RELATÓRIO

FUNDAÇÃO SANEPAR DE ASSISTÊNCIA SOCIAL ajuizou ação contra a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS questionando a exigibilidade da TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Atribuiu à causa o valor de R\$180.000,00.

Sobreveio sentença, exarada nos seguintes termos:

***JULGO PROCEDENTE*** o pedido, para o fim de declarar a inexigibilidade da Taxa de Saúde Suplementar instituída pelo art. 20, I, da Lei nº 9.961/2000, determinando à Agência Nacional de Saúde Suplementar que se abstenha de efetuar sua cobrança da autora, e para o fim de condenar a ré à repetição dos valores indevidamente pagos pela autora a esse título nos últimos 5 anos (09/01/2010), acrescidos da SELIC (que engloba já os juros de mora e a correção monetária), a contar da data de cada pagamento indevido.

*A autora, após o trânsito em julgado da sentença, poderá optar pela compensação dos valores indevidamente pagos em razão da presente decisão, na forma prevista na legislação tributária da época em que efetivamente realizada a compensação.*

*Condeno a ANS ao pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência em favor da autora, os quais fixo, considerando o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, e tendo em conta, de um lado, o valor atribuído à causa e, de outro lado, o fato de não se tratar de lide complexa, em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), valor a ser acrescido do IPCA-E, desde a data de ajuizamento da ação até a do efetivo pagamento.*

Em suas razões de apelação, a ANS tece considerações sobre aspectos de legalidade e competência na tarefa estatal de regulamentação, fiscalização e controle dos serviços de saúde. Sustenta a constitucionalidade e a legalidade da base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar, nos termos do artigo 20, I, da Lei 9.961, de 2000. Ao final, alega ofensa aos artigos 128 e 460, ambos do CPC, além dos princípios do contraditório e da ampla defesa, insertos no art. 5º, LV, da Constituição da República, para os fins de prequestionamento. Requer a reforma da sentença e, na hipótese de acolhimento da tese autoral, requer a observância do prazo quinquenal previsto na Lei Complementar nº 118/05, bem como, o reconhecimento do direito de compensação apenas da diferença entre os valores decorrentes da apuração diária e da apuração nos termos da RN nº 89/05.

Com as contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

### Prescrição

Para as demandas ajuizadas até 08/06/2005, inclusive, o prazo prescricional de cinco anos para postular a restituição/compensação de créditos tributários começa a fluir somente após a extinção definitiva do respectivo crédito (art. 168, I, do CTN) que, nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, se dá pela homologação fiscal - expressa ou tácita - do recolhimento antecipado pelo contribuinte. Se não houver manifestação expressa, presume-se tacitamente homologado o pagamento (e, portanto, extinto o crédito tributário) após cinco anos 'a contar da ocorrência do fato gerador' (art. 150, § 4º, CTN). Assim, o contribuinte que recolheu exação indevidamente, ou a maior, tem dez anos para repetir o indébito, contados do fato gerador se a homologação for tácita. Se esta for expressa, terá cinco anos contados da homologação do lançamento.

Para as ações ajuizadas após 08/06/2005 - porquanto a Seção de Direito Público do STJ, no RE n.º 327.043/DF, DJ de 10.10.2005, afastou a aplicação do art. 3º da LC 118/2005 às ações ajuizadas até o término da *vacatio legis* de 120 dias - embora o prazo prescricional de cinco anos continue a fluir da extinção do crédito tributário, esta, por força do referido art. 3º da LC 118/2005, ocorre no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 do CTN. A propósito, EREsp 462.446/MA, STJ, Primeira Seção, Rel. Min. José Delgado, DJ de 24.10.2005.

É de ser observado, também, que a Corte Especial deste Tribunal declarou a inconstitucionalidade da expressão 'observado, quanto ao art. 3º, o disposto no art. 106, I, da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional', constante do art. 4º, segunda parte, da LC 118/2005 (II n.º 2004.72.05.003494-7, Rel. Des. Federal Antônio Albino Ramos de Oliveira, unânime, julgada em 16-11-2006).

De qualquer forma, no tocante ao prazo prescricional decenal, registro que a discussão sobre a constitucionalidade dos arts. 3º e 4º da LC 118/05 restou superada no âmbito do Supremo Tribunal Federal - STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 566.621 (RE n.º 566.621), sessão de 04/08/2011, recurso que teve reconhecida a sua repercussão geral, cuja ementa a seguir transcrevo:

*'DIREITO TRIBUTÁRIO - LEI INTERPRETATIVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005 - DESCABIMENTO - VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA - NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS - APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005. Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN. A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido. Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova. Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à*

*sua natureza, validade e aplicação. A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça. Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal. O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos. Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário. Reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados. Recurso extraordinário desprovido.*

**Em resumo:** Para as ações ajuizadas anteriormente à vigência da LC 118/05, o prazo prescricional é de 10 (dez) anos (tese dos cinco + cinco). Para as ações ajuizadas posteriormente a entrada em vigor da LC 118/05, a partir de 09/06/2005, o prazo prescricional de 5 (cinco) anos.

No caso dos autos, como a ação foi ajuizada em 09/01/2015 e a presente demanda está limitada aos valores indevidamente recolhidos nos cinco anos que antecederam seu ajuizamento, não há falar em prescrição.

### **Taxa de Saúde Suplementar**

A Taxa de Saúde Suplementar foi criada pela Lei nº 9.961/2000, nos seguintes termos:

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

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

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

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

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

Por sua vez, a Resolução nº 10, de 03 de março de 2000, no intuito de regulamentar a mencionada taxa, acabou por estabelecer a própria base de cálculo da referida taxa, conforme se depreende da leitura de seu artigo 3º:

*Art. 3º A Taxa de Saúde Suplementar por plano de assistência à saúde será calculada pela média aritmética do número de usuários no último dia do mês dos 3 (três) meses que antecederem ao mês de recolhimento, de cada plano de assistência à saúde oferecido pelas operadoras, na forma do Anexo II.*

Como se vê, o exame dos dispositivos acima transcritos demonstra que, a pretexto de regulamentar o disposto no art. 20 da Lei 9.961/00, a Resolução RDC nº 10, de 03 de março de 2000, acabou por dispor acerca da base de cálculo da exação em comento, ferindo, com isso, o disposto no artigo 97 do CTN, que tem a seguinte redação:

*Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:*

*(...)*

*IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;*

Assim, é forçoso reconhecer a ilegalidade das disposições constantes no artigo 3º da Resolução RDC nº 10, de 03 de março de 2000, pelo que não pode a mesma subsistir.

Nesse sentido já decidiu este Tribunal:

**TRIBUTÁRIO. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI 9.661/2000. BASE DE CÁLCULO. DEFINIÇÃO NA RESOLUÇÃO RDC Nº 10. VIOLAÇÃO DO ART. 97, I E IV, DO CTN. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. INEXIGIBILIDADE.**

*A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se orientado no sentido de que, embora a Taxa de Saúde Suplementar tenha sido instituída pelo art. 20, I, da Lei nº 9.661/2000, a sua base de cálculo somente veio a ser definida pelo art. 3º da Resolução RDC nº 10/2000, em ofensa ao princípio da legalidade estrita.*

*(AC nº 5000735-63.2010.404.7108/RS, Rel. Des. JOEL ILAN PACIORNIK, Primeira Turma, julgado em 04-05-2011)*

**TRIBUTÁRIO. AGRAVO LEGAL. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO E REPETIÇÃO INTEGRAL. PRESCRIÇÃO.**

*1. O STF firmou entendimento no sentido de que a discussão referente à legitimidade da Taxa de Saúde Suplementar, instituída pela Lei 9.961/00, depende da análise de norma infraconstitucional e, por isso, a afronta à Constituição, se ocorrente, seria indireta (RE 438047 AgR-AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010).*

*2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se orientado no sentido de que, embora a Taxa de Saúde Suplementar tenha sido instituída pelo art. 20, I, da Lei nº 9.661/2000, a sua base de cálculo somente veio a ser definida pelo art. 3º da Resolução RDC nº 10/2000, em ofensa ao princípio da legalidade estrita.*

3. Declarada a inexigibilidade da Taxa de Saúde Suplementar, há que se reconhecer o direito à repetição do indébito ou compensação na forma prevista no artigo 66, §1º, da Lei nº 8.383/91 com parcelas vincendas dos tributos (créditos não constituídos). (AGAC nº 0003518-34.2001.404.7107/RS, Primeira Turma, Rel. Des. ÁLVARO EDUARDO JUNQUEIRA, DJe14-07-2011)

Oportuno ainda mencionar os seguintes precedentes do STJ:

*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. BASE DE CÁLCULO EFETIVAMENTE DEFINIDA NA RESOLUÇÃO RDC N. 10. VIOLAÇÃO AO ART. 97, I E IV, DO CTN. INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO PELA INEFICÁCIA TÉCNICA E JURÍDICA DA LEI 9.661/00. ERRO MATERIAL EVIDENCIADO.*

(...)

5. Não se pode aceitar a fixação de base de cálculo por outro instrumento normativo que não a lei em seu sentido formal, motivo pelo qual afigura-se inválida a previsão contida no art. 3º da Resolução RDC n. 10/00, ato infralegal que, por fixar a base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar, incorreu em afronta ao disposto no art. 97, IV, do CTN. Precedentes: REsp 728.330/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 15/04/2009; REsp 963.531/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 10/6/2009.

6. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao recurso especial.

(EDcl no REsp 1075333/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 02/06/2010)

*MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI 9.661/2000. BASE DE CÁLCULO. DEFINIÇÃO NA RESOLUÇÃO RDC Nº 10. VIOLAÇÃO DO ART. 97, I E IV, DO CTN. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. INEXIGIBILIDADE. INEFICÁCIA TÉCNICO-JURÍDICA DA LEI 9.661/2000 NA SUA INSTITUIÇÃO. PRECEDENTE.*

I - Trata-se de mandado de segurança por meio do qual a impetrante questiona a constitucionalidade e legalidade da Taxa de Saúde Suplementar, criada pela Lei nº 9.961/2000.

II - Somente por meio da previsão do art. 3º da Resolução RDC nº 10 é que foi possível atribuir uma perspectiva objetivamente mensurável à base de cálculo da respectiva Taxa. Assim, no intuito de apenas regulamentar a dicção legal, tal ato normativo acabou por ter o condão de estabelecer a própria base de cálculo da referida taxa.

III - A base de cálculo deve ser fixada por lei em seu sentido formal, razão pela qual se mostra inválida a previsão contida no mencionado dispositivo da Resolução RDC nº 10/2000, ato infralegal que por fixar, de fato, a base de cálculo da TSS, culminou por afrontar o disposto no artigo 97, IV, do CTN. Precedente: REsp nº 728.330/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe de 15.04.09.

IV - Recurso provido.

(REsp 963531/RJ, Rel. Ministro. FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, DJe 10/06/2009).

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. TAXA DE SAÚDE SUPLEMENTAR. LEI 9.661/2000. BASE DE CÁLCULO EFETIVAMENTE DEFINIDA NA RESOLUÇÃO RDC Nº 10.*

**VIOLAÇÃO DO ART. 97, I E IV, DO CTN. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. INEXIGIBILIDADE DO TRIBUTO PELA INEFICÁCIA TÉCNICO-JURÍDICA DA LEI 9.661/2000 NA SUA INSTITUIÇÃO.**

(...)

2. *Verifica-se que somente por meio da previsão do art. 3º da Resolução RDC nº 10 é que foi possível atribuir uma perspectiva objetivamente mensurável à base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar. Desta feita, no intuito de apenas regulamentar a dicção legal, tal ato normativo acabou por ter o condão de estabelecer a própria base de cálculo da referida taxa.*

3. *Não se pode aceitar a fixação de base de cálculo por outro instrumento normativo que não a lei em seu sentido formal, motivo pelo qual afigura-se inválida a previsão contida no art. 3º da Resolução RDC nº 10/2000, ato infralegal que, por fixar - de fato - a base de cálculo da Taxa de Saúde Suplementar, incorreu em afronta ao disposto no art. 97, IV, do CTN.*

4. *Recurso especial parcialmente provido.*

*(REsp 728.330/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 15/04/2009)*

Dessa forma, como a base de cálculo restou fixada por ato infralegal, e não por lei nos termos do disposto no artigo 97 do CTN, resta inexigível a Taxa de Saúde Suplementar.

Cabe consignar que a RDC nº 10 foi revogada pela Resolução Normativa - RN nº 7, de 15/05/2002 e esta pela Resolução Normativa RN nº 89, de 15/02/2005, todas da ANS. Este fato em nada altera a situação dos autos, na medida em que a base de cálculo da Taxa continua sendo definida por ato infralegal.

O fato de o §2º do art 20, da Lei nº 9.961/00 determinar a regulamentação do inciso I do mesmo artigo pela ANS, não autoriza a esta a determinação da base de cálculo da taxa. Como referido, a base de cálculo deve ser fixada por lei em seu sentido formal.

Os artigos 77 e 78 do CTN e o art. 145, inciso II, § 2º da CF em nada alteram a situação dos autos, na medida em que não afastam a necessidade de a base de cálculo dever ser fixada por lei em sentido formal.

### **Restituição em espécie/Compensação tributária**

Reconhecido o indébito, é devida a sua restituição à parte autora, em espécie ou através de compensação tributária, conforme for sua opção.

A compensação deve ser com parcelas vencidas posteriormente ao pagamento, relativas a tributo de mesma espécie e destinação constitucional, conforme previsto nos artigos 66 da Lei nº 8.383/91, 39 da Lei nº 9.250/95 e 89 da Lei nº 8.212/91, respeitando o disposto no artigo 170-A do CTN.

Outrossim, a compensação será realizada mediante procedimento contábil e oportunamente comunicada ao Fisco pelos meios previstos na legislação tributária. Essa modalidade de compensação não implica a extinção do crédito tributário, estando sujeita à fiscalização pela autoridade fazendária, que pode homologá-la ou não.

Cabe, pois, ao próprio contribuinte a apuração do valor do crédito para fins de compensação, ficando sujeito à apreciação do Fisco, que pode homologá-la ou não, conforme já explicitado.

### **Correção monetária e juros**

A atualização monetária incide desde a data do pagamento indevido do tributo (Súmula n.º 162 do STJ) até a sua efetiva devolução, mediante a aplicação do seguinte índice: Taxa SELIC (Lei n.º 9.250/95, art. 39, § 4º).

### **Prequestionamento**

Saliento, por fim, que o enfrentamento das questões apontadas em grau de recurso, bem como a análise da legislação aplicável, são suficientes para prequestionar junto às instâncias superiores os dispositivos que as embasam. Deixo de aplicar os dispositivos legais tidos como aptos a obter pronunciamento jurisdicional diverso do que até aqui foi declinado. Dessa forma, evita-se a necessidade de oposição de embargos de declaração tão-somente para esse fim, o que evidenciaria finalidade procrastinatória do recurso, passível de cominação de multa (artigo 538 do CPC).

### **Dispositivo**

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

Juiz Federal ANDREI PITTEN VELLOSO  
Relator