

REVISÃO JUDICIAL DOS REAJUSTES DE PLANOS DE SAÚDE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO: ENTRE A LIVRE NEGOCIAÇÃO E A REGULAÇÃO DE PREÇO¹

JUDICIAL REVIEW OF HEALTH INSURANCE PREMIUM ADJUSTMENTS BY THE SÃO PAULO COURT OF JUSTICE: BETWEEN FREE NEGOTIATION AND PRICE REGULATION

DANIEL WEI LIANG WANG^{2 1}

I Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. (FGV Direito SP). São Paulo (SP). Brasil.

BRUNO DA CUNHA DE OLIVEIRA^{3 1}

I Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas. (FGV Direito SP). São Paulo (SP). Brasil.

JACQUELINE LEITE DE SOUZA^{4 II}

II Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). São Paulo (SP). Brasil.

LUÍSA BOLLAFI ARANTES^{5 III}

III Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo. (DCP-USP). São Paulo (SP). Brasil.

NATHÁLIA MOLLEIS MIZIARA^{6 II}

II Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). São Paulo (SP). Brasil.

RESUMO: As ações que questionam reajustes nas mensalidades dos planos de saúde, que pressionam o orçamento de famílias e tornam planos de saúde menos acessíveis, são um aspecto pouco estudado da judicialização da saúde. A presente pesquisa busca analisar um aspecto dessa questão: as decisões proferidas no Tribunal de Justiça de São Paulo em casos em que indivíduos questionam aumentos anuais em seus planos coletivos. Os dados mostram que em 60% dos casos esse aumento foi revisto pelo TJSP. O argumento mais suscitado para justificar essa revisão é o fato de o cálculo usado para o reajuste não ser transparente ou não estar devidamente justificado. Quando o TJSP revê o reajuste, ele comumente acaba substituindo o valor questionado pelo índice adotado pela ANS para planos individuais/familiares, afastando a diferença que a legislação e a regulação criaram entre planos coletivos, cujo preço é determinado pela livre negociação entre as partes, e planos individuais/familiares, cujos reajustes são

¹ Essa pesquisa contou com financiamento da Rede de Pesquisa e Conhecimento Aplicado da FGV. O pesquisador Bruno da Cunha de Oliveira contou com o apoio da Fundação Getulio Vargas, por meio da bolsa Mario Henrique Simonsen, para a realização dessa pesquisa.

A versão anterior deste artigo foi apresentada no Workshop de Pesquisa do Programa de Pós-Graduação Acadêmica da FGV Direito SP, realizado em 13 de março de 2024. Agradecemos a Carlos Ari Sunfeld e aos demais participantes do workshop pela leitura crítica e pelas valiosas observações. Agradecemos também a Ezequiel Fajreldines, Natália Pires de Vasconcelos, Ana Maria Malik, Fernanda Mascarenhas de Souza e Sandro Leal pelos comentários e sugestões a versões anteriores deste artigo.

² Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7761-1315>

³ Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1943-0110>

⁴ Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7367-7886>

⁵ Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5087-510X>

⁶ Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8045-8681>

limitados pelo índice da ANS. Ainda que essas decisões beneficiem os indivíduos autores das ações, elas não resolvem o problema coletivo de aumento dos custos da saúde e ainda podem levar a reajustes ainda maiores nos planos, a serem custeados pelos outros membros da carteira que compartilham os riscos financeiros em saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da saúde, Saúde suplementar, Reajuste de mensalidade, Tribunal de Justiça de São Paulo, Agência Nacional de Saúde Suplementar.

ABSTRACT: Price increase in health insurance premiums is an important topic as it puts a financial strain on family budgets and makes private health insurance less accessible. Yet, legal claims challenging price hikes in insurance premiums are an under researched topic. Based on a sample of decisions from the São Paulo State Court of Appeal (TJSP), this paper aims to analyze the rulings issued by the TJSP in cases where individuals challenge annual increases in their group contract's premiums. The data reveals that in 61% of these cases, the price increases were reviewed by the TJSP, with the most common argument for such revision being the lack of transparency on how premiums are calculated or proper justification for the price increase. When the TJSP reviews the premium increase, it often replaces the disputed amount with the percentage adopted by the National Agency of Supplementary Health (ANS) to cap price increases in individual/family contracts. This blurs the line that legislation and regulation have created between group contracts, which have prices determined through the free negotiation between the parties involved, and individual/family contracts, which have premium increase rates capped by the ANS. While these decisions benefit individual claimants, they do not address the problem of rising healthcare costs and may even lead to larger premium hikes, to be paid by the other members of the insurance pool who share the financial risks in healthcare.

KEYWORDS: Health litigation; Health insurance; Premium adjustment; São Paulo State Court; National Agency of Supplementary Health.

1 INTRODUÇÃO

A judicialização da saúde é um fenômeno global, mas no Brasil ele assume proporções de litígio de massa (Vasconcelos, 2020). Em 2022, foram 295,91 mil novos processos de judicialização na saúde pública e 164,61 mil novos processos de judicialização na saúde suplementar (CNJ, 2023). Ambos os números são superiores em relação aos anos anteriores, indicando tendência de crescimento. A judicialização contra o Sistema Único de Saúde (SUS) tem sido amplamente estudada e discutida (Reis, 2021; Vasconcelos, 2020; Wang *et al.*, 2014; Wang, 2021). Porém, a judicialização na saúde suplementar - as ações judiciais contra planos de saúde - ainda é comparativamente pouco pesquisada (Trettel; Kozan; Scheffer, 2020; Wang *et al.*, 2023). Essa é uma lacuna importante na literatura sobre a relação entre o Judiciário e o sistema de saúde no Brasil, dada a amplitude do sistema de saúde suplementar e sua taxa de judicialização. A título de exemplo, desde 2020, planos de saúde representam o tema mais julgado pela Subseção de Direito Privado 1 do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), correspondendo a 13% dos julgados de 2020 dessa subseção (CONSULTOR JURÍDICO, 2023).

Os estudos empíricos existentes sobre a judicialização na saúde suplementar, assim como os debates em torno dela, tendem a focar nas ações contra negativas de cobertura

assistencial (as demandas judiciais que buscam obrigar operadores a fornecerem um tratamento médico) (Scheffer, 2013; Trettel; Scheffer, 2020). Estes estudos mostram que é alta a taxa de sucesso dos pacientes em processos contra as operadoras e que há desconexões entre o entendimento dos tribunais em suas decisões e as normas que regulam os planos de saúde. O Judiciário tende a decidir afastando os parâmetros contratuais ou regulatórios que limitam as obrigações assistenciais das operadoras para expandir o acesso de usuários a tratamentos médicos (Martinez, 2018; Ramalho, 2016; Santos, 2018; Wang *et al.*, 2023).

As demandas não assistenciais, por outro lado, são um aspecto ainda menos estudado da judicialização da saúde suplementar. Elas incluem as ações judiciais que questionam os valores dos reajustes de mensalidade, uma dimensão relevante da judicialização em termos qualitativos e quantitativos. O reajuste é o principal mecanismo para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de planos de saúde frente ao aumento dos gastos assistenciais, que decorre do aumento do custo unitário dos procedimentos e eventos em saúde, de sua utilização mais frequente e do custeio de novas tecnologias por meio de sua incorporação no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) ou por ordem judicial. O reajuste é também objeto de frequente controvérsia, sobretudo quando consumidores se veem diante de aumentos muito significativos. Entre 2018 e 2021 foram 19.860 decisões de 2ª instância do TJSP relativas a reajuste de mensalidade, respondendo por 15% de todas as decisões em ações contra planos de saúde no período (Wang *et al.*, 2023, p. 24).

Portanto, é de central importância entender como os tribunais julgam demandas que questionam aumentos de mensalidade. Em particular, interessa saber se, nesses casos, o Judiciário tende a respeitar as opções regulatórias feitas pela ANS e pela legislação (sobretudo a Lei nº 9.656/98 – Lei dos Planos de Saúde) ou se, também em matéria de reajuste, existe um desconexão entre o Judiciário e a regulação do setor. Esse é o objetivo central dessa pesquisa.

Para estudar a atuação do Judiciário em casos de reajuste, esse artigo busca analisar empiricamente a judicialização relativa a reajustes de planos de saúde. Mais especificamente, seu foco está em amostra de ações julgadas pelo TJSP que questionam o reajuste anual em planos coletivos. Planos coletivos representam mais de 80% dos contratos de planos de saúde no Brasil (ANS, 2023a) e sua regulação por parte da ANS, se comparada aos planos individuais, é mais reduzida, suscitando maiores questionamentos quanto à insuficiência da proteção de consumidores frente a esses reajustes. Muitas desses questionamentos acabam se

tornando ações judiciais. Para realizar esse estudo, partimos de amostra obtida em Wang et al. (2023) sobre o tema e analisamos as razões apresentadas pelos magistrados para revisar um reajuste anual em contrato coletivo e como o Tribunal determinava o valor do reajuste, uma vez revisto.

A análise apresentada no artigo se desenvolve em três seções, além desta Introdução e das Considerações Finais. A Seção 2 discute a regulação dos planos de saúde em matéria de reajuste de mensalidade, com ênfase na opção regulatória de, por um lado, permitir a livre negociação de contratantes para a formação de preço dos planos coletivos e, de outro, limitar o percentual de reajustes nos planos individuais e familiares ao índice determinado pela ANS. A Seção 3 analisa os julgados do TJSP em ações que questionam reajustes anuais em planos coletivos. A Seção 4 discute as implicações do posicionamento do TJSP que, em muitos casos, desfaz a separação feita na regulação para aplicar a planos coletivos o índice máximo autorizado pela ANS para reajuste de planos individuais.

2 PANORAMA REGULATÓRIO DO REAJUSTE DE MENSALIDADE DE PLANOS DE SAÚDE

A Constituição Federal reconheceu o papel da iniciativa privada na saúde (Art. 199) e deu ao Poder Público o papel de regulamentar a saúde privada frente à relevância pública desse serviço (Art. 197). Esse papel é exercido, no caso dos planos privados de saúde, por meio da Lei dos Planos de Saúde e da Lei da ANS (Lei nº 9.961/2000), que refletem a premissa de que o interesse público presente no mercado de planos de saúde justificaria a interferência estatal nesse setor econômico (Ocké-Reis, 2005). Em especial, essa interferência se faria necessária devido às conhecidas falhas de mercado do setor de seguros de saúde, como a assimetria de informação entre operadoras, beneficiários e prestadores de serviços de saúde (Azevedo *et al.*, 2016).

Dadas essas falhas de mercado, a ideia de que a oferta e a procura levam ao preço ótimo de planos de saúde requer muitas ressalvas. A competição entre as operadoras de planos de saúde por consumidores é limitada pela dificuldade de se comparar as alternativas existentes frente à complexidade do produto. Poucos consumidores serão capazes de entender em detalhes contratos que preveem proteção financeira a eventos futuros incertos, comparar a enorme quantidade e diversidade de serviços e prestadores disponíveis, ou avaliar a sustentabilidade

financeira das operadoras no longo prazo. Ademais, a possibilidade de consumidores trocarem de operadora de plano de saúde em busca de condições melhores é também limitada pela existência de períodos de carência ou de limites de cobertura para doenças pré-existentes para novos contratos.

Nesse sentido, a regulação do setor no Brasil foi importante para garantir alguma uniformidade nos serviços prestados, por meio, por exemplo, da criação de plano-referência com um Rol de Procedimento e Eventos em Saúde (o chamado rol da ANS) cuja cobertura deve ser obrigatória por todos os planos de saúde. Além do rol mínimo, a ANS regula diversos aspectos do funcionamento do setor (inclusive quanto à sustentabilidade financeira das operadoras e à acessibilidade, qualidade, manutenção e temporaneidade dos serviços oferecidos) e fiscaliza a observância dessas normas pelas operadoras de planos de saúde. A busca por uniformizar padrões mínimos, além de proteger consumidores, também facilita a competição por preços ao diminuir o espectro de escolhas do consumidor e tornar os produtos mais comparáveis.

Em matéria de controle de preço, a legislação e a regulação trazem diversas nuances. O reajuste é um mecanismo que incide sobre as contraprestações dos planos de saúde com o objetivo de preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Pereira, 2022). No Brasil, coexistem duas modalidades principais de reajuste de preços dos planos de saúde: o reajuste anual e o reajuste por faixa etária. O reajuste anual consiste no aumento anual de mensalidade do plano de saúde em razão da incorporação de novas tecnologias e da inflação em saúde (aumento na custos-médicos hospitalares); nos casos de planos coletivos, pode decorrer também do aumento de custos devidos à utilização mais intensa do plano pelo grupo de beneficiários (aumento da sinistralidade) (ANS, 2005). Por sua vez, o reajuste por faixa etária é o aumento da mensalidade do plano de saúde pela elevação da idade do beneficiário do plano de saúde, que está correlacionada com o aumento no uso de serviços de saúde (Ferreira, 2011).

No que diz respeito ao reajuste anual, as regras para aplicação diferem quanto aos seguintes fatores: data de contratação do plano (antes ou depois da vigência da Lei dos Planos de Saúde), segmentação assistencial (médico-hospitalar ou exclusivamente odontológico), tipo de contratação (plano individual/familiar ou coletivo) e, no caso dos planos coletivos, o tamanho da carteira (planos coletivos com mais de 30 beneficiários ou planos coletivos com menos de 30 beneficiários) (ANS, 2021c). Algumas restrições são comuns a diferentes grupos:

em regra, é vedado que contratos sejam submetidos a reajuste de mensalidade em periodicidade inferior a 12 meses (ANS, 2021c).⁷ A principal distinção, porém, se dá entre planos individuais e familiares, cujo reajuste é controlado pela ANS, planos coletivos com menos de 30 vidas, que operam por meio do *pool* de riscos, e os planos coletivos com 30 beneficiários ou mais, cujo reajuste é deixado à negociação entre os contratantes.

Os planos individuais ou familiares são aqueles celebrados entre operadoras e consumidores pessoas físicas. Para esses contratos, celebrados após a Lei dos Planos de Saúde ou anteriormente, mas adaptados a ela, o reajuste a ser aplicado pela operadora deve obedecer ao índice máximo estipulado pela ANS (o índice de reajuste dos planos individuais – IRPI), bem como obter autorização prévia da agência (Art. 3º da RN/ANS 565/22). Com isso, o índice da ANS acaba funcionando como um “teto” para o reajuste anual dos planos individuais ou familiares (Hu; Maciel, 2021). Para apurar o IRPI, a ANS combina o índice de valor das despesas assistenciais (IVDA) com o índice de preços ao consumidor amplo (IPCA).⁸ O IVDA refere-se às despesas com o atendimento dos beneficiários dos planos de saúde, enquanto o IPCA incide sobre a variação de custos com despesas não assistenciais. O peso de cada índice na fórmula do IRPI é de 80% e 20%, respectivamente (ANS, 2022).

Planos coletivos, por sua vez, são contratados entre a operadora do plano de saúde e a pessoa jurídica pela qual o beneficiário direto é empregado, e da qual é associado ou sindicalizado. Para fins de regulação do reajuste anual, podemos separá-los em planos empresariais com menos de 30 vidas e planos coletivos empresariais ou por adesão com 30 vidas ou mais (ANS, 2021b).

A opção regulatória para os planos coletivos empresariais com menos de 30 vidas (popularmente conhecido como “falso coletivo”) adota o cálculo por meio do *pool* de risco. Em termos gerais, cada operadora deve realizar o agrupamento de todos os seus contratos com menos de 30 vidas em até três subagrupamentos, separados por tipo de cobertura (sem internação, internação sem obstetrícia e internação com obstetrícia), distribuindo os riscos de cada contrato em *pools* maiores de beneficiários. Embora não haja necessidade de autorização

⁷ Essa proibição não leva em consideração a aplicação do reajuste por faixa etária e não se aplica a casos de migração entre planos e de adaptação do contrato à Lei dos Planos de Saúde. Também não é válida em caso de aporte de recursos em planos administrados por entidades de autogestão (art. 11-A da RN 137/06 da ANS).

⁸ Na aplicação do IPCA, desconta-se o subitem “plano de saúde” do índice.

prévia da ANS quanto ao índice de reajuste, exige-se que o mesmo índice seja aplicado a todos os contratos dentro de um mesmo subagrupamento (RN 565/2022).

Os planos coletivos com 30 vidas ou mais, por sua vez, não estão submetidos a essa mesma forma de interferência da agência reguladora quanto à determinação do valor do reajuste anual. Os valores dos reajustes a serem aplicados anualmente às mensalidades devem ser negociados entre a operadora contratada e a pessoa jurídica contratante, sem a mediação da ANS ou sem a imposição de tetos para o reajuste. A ANS, porém, monitora esses reajustes e os valores dos reajustes das contraprestações pecuniárias e das alterações de franquia e coparticipação devem ser comunicados à agência (RN/ANS N° 565/2022). Exige-se, ainda, que as operadoras disponibilizem à pessoa jurídica contratante o extrato pormenorizado contendo os itens considerados para o cálculo do reajuste conforme cláusula contratual ou estabelecido em negociação, o critério técnico e os parâmetros para o cálculo, a demonstração da memória de cálculo e um canal da operadora para o esclarecimento de dúvidas. (RN 509/2022).

Nos planos coletivos, não submetidos a um teto para reajuste estabelecido pela ANS, as operadoras calculam o reajuste com base na variação de custos médico hospitalares (VCMH) e/ou no fator de sinistralidade, a depender do contrato (Andrietta, 2022; IESS, 2021). O custo médico hospitalar (CMH) no VCMH corresponde às

despesas médico-hospitalares per capita de um grupo de beneficiários de planos de saúde, durante um período especificado. Desta forma, se estima o quanto custa, em média, prover aos beneficiários os serviços de assistência à saúde cobertos pelo plano nesse período. (Avelar; Silva; Fouto, 2018, p. 35)

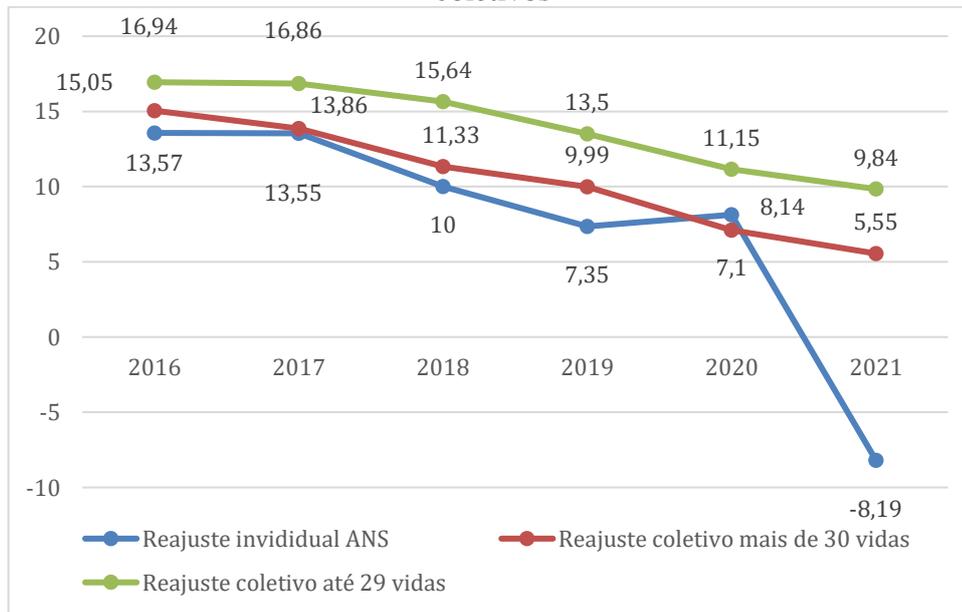
A sinistralidade, por seu turno, é a “relação entre o número de procedimentos para os quais o plano de saúde foi acionado por um beneficiário e o prêmio” (IESS, 2021). Assim, o índice de sinistralidade é resultado da divisão dos custos com os beneficiários (sinistro) pelo valor das mensalidades (prêmio), devendo ser apurado levando em consideração as peculiaridades de cada carteira.

Importa ressaltar que, ainda que os reajustes não sejam limitados pelo índice da ANS, a precificação do plano pela operadora não é completamente livre. Para venderem novos produtos, as seguradoras necessitam provar a sustentabilidade financeira do plano a ser ofertado e prever contratualmente os critérios de reajuste das mensalidades. Esses contratos são

submetidos à ANS e dependem de prévia aprovação dessa agência antes de serem colocados no mercado (RN/ANS 543/2022).

A partir desse quadro normativo, a realidade é que os reajustes aplicados aos contratos coletivos em geral tendem a ser diferentes – e maiores – que aqueles autorizados pela ANS para os planos individuais (Gráfico 1).

Gráfico 1 – Evolução de reajustes autorizados pela ANS e reajustes médios para planos coletivos



Fonte: para os dados de reajuste médio para planos coletivos, ANS (2021a). Para as informações sobre os reajustes individuais anteriores a 2021, ANS (2023b) e, para 2021, ANS (2022).

Existe uma lógica na opção regulatória de diferenciar planos individuais e coletivos. No caso dos planos individuais, as falhas de mercado são mais salientes. A assimetria de informação e de poder entre um indivíduo e uma operadora de saúde no momento da negociação é enorme. Ademais, ter que cumprir o período de carência ou de cobertura parcial temporária para doenças pré-existentes torna a mudança de operadora muito arriscada ou pouco vantajosa para os consumidores individuais, reduzindo a mobilidade de usuários e a competição no mercado.⁹

⁹ Uma estratégia regulatória para reduzir o ônus da troca de plano e, assim, aumentar a competitividade, foi a possibilidade de portabilidade da carência de um plano para outro na mesma faixa de preço (ver RN 438/2018). Porém, há diversos entraves práticos que limitam o exercício desse direito de portabilidade, ver LIMA (2021, p. 125).

Nos planos coletivos, especialmente naqueles com mais de 30 vidas, presume-se que a assimetria de informação e de poder é muito menor. Entidades coletivas possuem maior poder de negociação em face das operadoras de planos de saúde (RODRIGUES, 2019). Ademais, planos coletivos não possuem períodos de carência ou de cobertura parcial temporária para doenças pré-existentes, reduzindo o ônus da troca de plano e aumentando a competição no mercado (LIMA, 2021, p. 125). Portanto, com menores falhas de mercado, fez-se a opção por deixar o mercado determinar o preço por meio da livre negociação entre as partes.

Contudo, não é incomum que os usuários aleguem que os aumentos praticados pelos planos de saúde em contratos coletivos são excessivos. Como há poucas regras que limitam o reajuste nesses casos e a ANS não tem poder para intervir, muitos usuários acabam buscando no Judiciário a revisão desses aumentos de preços, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. Isto é, na ausência de limites legislativos e regulatórios, busca-se criar limites jurisprudenciais ao reajuste em planos coletivos.

Frente a esse cenário, torna-se importante entender como o Judiciário se posiciona frente a essas demandas. Em termos mais precisos, é preciso entender se o Judiciário aceita a opção regulatória de deixar à negociação entre as partes a determinação dos reajustes anuais dos planos de saúde e, em caso negativo, quais os parâmetros utilizados pelo Judiciário para determinar qual o reajuste adequado em um caso concreto.

3 O REAJUSTE ANUAL NO TJSP

A pesquisa de jurisprudência mais ampla sobre decisões relativas à saúde suplementar foi realizada por Wang *et al.* (2023). Essa pesquisa coletou mais de 205 mil decisões proferidas pelo TJSP sobre o tema plano de saúde e classificou-as de acordo com quatro temas: negativa de cobertura assistencial, reajuste de mensalidade, manutenção contratual e outros. Embora mais da metade das decisões estivesse enquadrada no tema “negativa de cobertura assistencial”, uma parte significativa tratava sobre o tema “reajuste de mensalidade”, cerca de 15%.

A partir de uma amostra representativa dentro de cada tema, a pesquisa trouxe dados importantes para entender essa judicialização. Por exemplo, com base em uma amostra de 666 decisões de 2ª instância sobre o tema “reajuste”, identificou-se que o TJSP condenou as operadoras a reverem (total ou parcialmente) o reajuste em 40% dos agravos de instrumentos (recursos contra liminares de 1ª instância) e em 75% das apelações (recursos contra sentenças

de 1ª instância). Portanto, é alta a taxa de decisões definitivas de 2ª instância que revisam o reajuste do plano. Outro achado importante é que o argumento mais frequentemente utilizado pelo TJSP para revisar o contrato é o entendimento de que a cláusula ou o cálculo do reajuste é obscuro ou não está devidamente justificado. Isto é, o TJSP não questiona a possibilidade de reajuste, mas a forma como ele é feito.

Porém, a pesquisa de Wang *et al.* (2023), por trabalhar com dados agregados, não fornece detalhes suficientes para analisar se o TJSP é deferente à opção regulatória de deixar à negociação entre as partes a determinação do valor do reajuste nos planos coletivos, ou se tenta impor limites legais a esses aumentos. Para suprir essa lacuna, o presente trabalho se vale dessa amostra de 666 decisões (Wang *et al.*, 2023), mas com o escopo limitado aos casos que discutiam apenas reajuste anual em planos coletivos. Ao excluir os casos que discutiam reajuste de planos individuais e devidos a mudança de faixa etária, a amostra pertinente ao presente estudo contou com um total de 254 decisões.¹⁰ Dos 254 casos iniciais foram excluídos 29 casos fora de escopo, como contratos “falso-coletivos” e de temas pouco recorrentes não ligados ao reajuste anual. Entre os 215 casos restantes, 164 são apelações e 51 são agravos de instrumento.

O reajuste foi considerado legal em 85 casos (40%). A taxa de declaração de ilegalidade dos reajustes foi, então, de 60% (130 casos). Há uma grande diferença, entretanto, entre os agravos e as apelações. No caso das apelações, o reajuste foi considerado legal em 47 casos, o que corresponde a uma taxa de 28% de reajuste legais, ou seja, 3 em cada 4 reajustes foram considerados ilegais. No caso dos agravos, o quadro se inverte. Em 38 dos 51 casos, ou em 75% das vezes, o reajuste não foi preliminarmente revisto. Observa-se tendência do TJSP a evitar a declaração de ilegalidade do reajuste em sede de agravo, já que não haveria, para o Tribunal, perigo na demora.

Além disso, ao analisar as justificativas do TJSP para não aceitar o reajuste proposto pelas operadoras na amostra de 215 casos aqui analisada, a menção à cláusula ou ao cálculo obscuro ou não devidamente justificado do reajuste permaneceu sendo a justificativa mais comum, tendo aparecido em 111 casos, pouco mais da metade. As principais fundamentações

¹⁰ Não foram analisados casos de questionamento simultâneo de reajuste por sinistralidade e por faixa etária presentes na amostra do relatório. Decisões que analisam ambos os tipos de reajuste nem sempre distinguem claramente os fundamentos da decisão para cada tipo de reajuste, o que dificulta a análise sobre o reajuste anual, que é o foco da pesquisa.

jurídicas utilizadas também seguem o padrão dos demais casos de reajuste, havendo uma prevalência de citações à própria jurisprudência do TJSP (144 casos), ao CDC (84 casos) e à jurisprudência do STJ (75 casos). Menções à Lei dos Planos de Saúde, em contraposição, aparecem apenas em 28 casos.¹¹

Para além dos dados quantitativos, buscou-se entender em mais detalhes como o TJSP analisou os questionamentos de reajuste, as razões para rever um reajuste anual em contrato coletivo e como o Tribunal determinava o valor do reajuste, uma vez revisto. Considerando que o objetivo desta análise é compreender a argumentação do Judiciário e sua relação com as normas do setor, optamos por focar no exame das apelações - as decisões definitivas do Tribunal.

3.1 COMPROVAÇÃO DE NECESSIDADE DO REAJUSTE ANUAL DE PLANOS COLETIVOS

A principal ilegalidade encontrada pelo TJSP ao argumentar pela existência de um reajuste “genérico, obscuro ou não justificado” é a falta de comprovação dos elementos que compõem o reajuste. Essa falta de comprovação aparece de duas maneiras. Para apresentar esses elementos da jurisprudência do TJSP, iremos nos basear em excertos de decisões que exemplificam os pontos apresentados. Foram selecionados trechos que desenvolvem com maior detalhamento as questões que desejamos ilustrar.

A razão mais frequente apresentada pelo TJSP para revisar o reajuste é a falta de fundamentação e transparência no cálculo do valor por parte da operadora, o que impediria a avaliação por parte de consumidores e do Judiciário quanto à necessidade do aumento. Muitas decisões consideram que a mera previsão contratual e legal do reajuste não seria suficiente para justificá-lo. Às operadoras de planos de saúde caberia, então, o ônus de justificar os índices e cálculos matemáticos utilizados (inclusive detalhando os custos), e informar todos esses elementos de forma compreensível ao consumidor. Na ausência dessa demonstração e informação, presume-se que o reajuste é abusivo e, portanto, ilegal:

[...] o que se observa é que a ré apenas faz referência ao reajuste financeiro e por índice de sinistralidade, explicando suas definições, sem contudo, demonstrar as fórmulas e

¹¹ Como uma decisão pode mobilizar mais de uma justificativa para fundamentar a ilegalidade do reajuste, a soma delas é maior do que a soma de casos analisados.

o modo como chegou aos percentuais apresentados aos beneficiários, não trazendo informações claras acerca dos cálculos, não sendo suficiente para demonstrar a legalidade ou razoabilidade dos índices aplicados, verificando-se que o contrato não está de acordo com as normas do CDC. [Apelação Cível Nº 1006075-44.2019.8.26.0011]¹²

[A] requerida não demonstrou minimamente o detalhamento dos custos dos serviços, ou as despesas que as levaram a aumentar o valor do plano de saúde [...] não houve explicação das difíceis e complexas operações matemáticas previstas nas cláusulas 7.3 e 7.4 do contrato, as quais se revelam obscuras e imprecisas (especialmente sobre a definição de sinistro, tanto no valor absoluto numérico, quanto na sua precificação unitária), de maneira a possibilitar ao beneficiário aderente um amplo conhecimento do conteúdo contratado. [Apelação Cível Nº 1037344-31.2019.8.26.0196]

[N]ão houve indicação de como foram apurados os índices de VCMH utilizados para a aplicação dos reajustes ora impugnados. E, da mesma forma, não foi apresentado documento capaz de demonstrar o aumento da sinistralidade a justificar a majoração do prêmio ônus que incumbia à ré (art. 373, inciso II, do Código de Processo Civil), que, certamente, detém viabilidade técnica para a produção de tais provas. [Apelação Cível Nº 1007977-56.2019.8.26.0003]

Da leitura do conjunto das decisões, percebe-se três fundamentos principais para a exigência de satisfação desse ônus de informação e justificação por parte das operadoras. Esses três fundamentos se sobrepõem e se confundem em grande medida nas decisões, ainda que conceitualmente possam ser diferenciados. O primeiro fundamento está ligado à redução da assimetria de informação, que impede escolhas mais bem informadas e melhores condições de negociação.

É necessária a transparência nos cálculos apresentados, devendo haver demonstração clara de como são realizados e ao que eles estariam indexados, para que o cliente possa controlar eventual onerosidade excessiva. [...] Dessa forma, na ausência de demonstração clara dos critérios utilizados para a fixação do reajuste, evidencia-se abusivo o índice de reajuste imposto pela operadora do plano de saúde. [Apelação Cível Nº 1016363-20.2015.8.26.0002]

A ilegalidade, todavia, no caso concreto, decorre da generalidade das disposições contratuais, que não respeitam o dever de informar o consumidor, impedem a previsibilidade do incremento do valor das mensalidades quando da contratação, e obstam o controle da adequação dos reajustes eventualmente aplicados. [Apelação Cível Nº 1015540-39.2015.8.26.0554]

Como se não bastasse, em nenhuma das oportunidades que teve para se manifestar nos autos, a ré demonstrou a forma de cálculo por meio da qual foi apurado o percentual aplicado. Inaceitável a sujeição do consumidor a critérios inseguros de

¹² Considerando a grande quantidade de decisões citadas e o fato de que todas as decisões são do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, optamos por, para não poluir o texto, utilizar uma referência abreviada das decisões. Para a referência completa das decisões citadas, confira a base de dados com a totalidade das decisões analisadas.

variação de preço, pois tal situação afronta o Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 9.656/98, que asseguram o direito de informação e exigem a indicação, com clareza, dos critérios de reajuste e revisão das contraprestações. [Apelação Cível 1001434-38.2016.8.26.0457]

O segundo fundamento é a ideia que aparece com frequência no TJSP, de que o valor do reajuste foi imposto unilateralmente por parte da operadora ao usuário individual, e não representa o resultado de um acordo entre a operadora e a pessoa jurídica contratante, que optou pela continuidade em um plano frente às alternativas disponíveis no mercado.

Nada obstante, a aplicação de reajuste que tenha por base aumento dos custos médico-hospitalares ou aumento de sinistralidade depende, por evidente, do preenchimento e da demonstração da necessidade concreta de reequilíbrio contratual, não podendo tais cláusulas ser utilizadas como verdadeiro “cheque em branco” à disposição da seguradora, para fins de reajustar anual, imoderada e imotivadamente seus preços. [Apelação Cível Nº 1025861-06.2015.8.26.0564]

[...] embora seja admissível a variação nos custos em decorrência do aumento da sinistralidade e a legislação permite a revisão ou reajuste dos contratos por condições excessivamente onerosas é necessária demonstração clara desta circunstância, devendo a contratada comprovar a necessidade de reequilíbrio contratual, já que o ordenamento jurídico veda que o fornecedor varie o preço do produto ou serviço de forma unilateral (art. 51, X, da Lei nº 8.078/90). [Apelação Cível Nº 1066858-26.2019.8.26.0100]

Com efeito, não se nega que o ajuste nasça e se deva manter de acordo com uma mesma equação equilibrada, de sorte a evitar exagerada desproporção na distribuição das vantagens e ônus contratuais. Mas isto não significa autorização para alterações unilaterais e efetivadas longe da devida informação ao parceiro contratual, um dos deveres anexos que a boa-fé objetiva, na sua função supletiva, sabidamente impõe à lação obrigacional. [Apelação Cível Nº 1007082-95.2019.8.26.0100]

O terceiro fundamento está relacionado à posição do TJSP, que em muitos casos rejeita categoricamente a escolha regulatória pela livre negociação para a formação de preço de planos de saúde coletivos e entende que o aumento precisa sempre ser antecedido pela demonstração e avaliação da sua necessidade e proporcionalidade:

Contudo, não demonstrou a efetiva ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro gerador da suposta sinistralidade contratual em função dos gastos de todo grupo de beneficiários, ou, sobretudo, o modus operandi para cálculo das imposições gravosas, não se desincumbindo de seu ônus, à luz do disposto no artigo 373, inciso II, do Código de Processo Civil. [Apelação Cível Nº 1017955-23.2020.8.26.0003]

Deveria a ré ter demonstrado a efetiva necessidade de aplicação do índice de aumento de 43,40% em 2016, porém não produziu qualquer prova neste sentido. Não há nem mesmo indícios das variações das bases de cálculo do reajuste anual, e muito menos da alegada sinistralidade. Nenhum documento foi juntado aos autos para demonstrar eventual dificuldade de manutenção do contrato que justificasse a aplicação de reajuste no patamar supracitado. Sequer se vislumbra a hipótese de desequilíbrio

econômico-financeiro, por total falta de provas. [Apelação Cível N° 1001434-38.2016.8.26.0457]

Juntos, esses fundamentos indicam uma preferência em parte significativa das decisões do TJSP por um modelo de preço regulado, em que há uma noção de preço “justo” a ser aferido e imposto por uma autoridade. Isso fica evidente quando o Tribunal aplica para planos coletivos o índice da ANS criado para limitar reajuste de planos individuais:

[É] inadmissível a fixação de índices de reajuste ao arbítrio da operadora, de forma aleatória, em percentuais muito superiores aos aprovados pela ANS para os contratos individuais e familiares e à inflação oficial do período. [Apelação Cível N° 1084335-33.2017.8.26.0100, Apelação Cível N° 1006933-12.2018.8.26.0011]

[O]s fundamentos fáticos e técnicos não foram demonstrados de forma adequada pela Ré, em que pese tenha juntado os documentos de págs. 155, 234/236 e 312, pois acabou por superar o índice autorizado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS para o mesmo período, conforme se extrai do sítio eletrônico. [Apelação Cível N° 1024102-50.2016.8.26.0506]

Observo ainda, que o reajuste autorizado pela a ANS para os planos individuais visa equilibrar tais contratos, sendo incompreensível o motivo pelo qual os reajustes para o equilíbrio do contrato de plano coletivo sempre necessitam ser substancialmente superiores, a fim de atingir o mesmo objetivo. [Apelação Cível N° 1013474-72.2020.8.26.0405]

Essa posição majoritária fica ainda mais clara quando contrastada com decisões em que o reajuste não foi revisto porque a decisão judicial aceitou a distinção entre uma lógica de regulação de preço, em que os valores são determinados e controlados por um agente estatal, e uma lógica de mercado em que preços são determinados pela negociação entre as partes. Nessas decisões não existe, por parte da operadora, o ônus de justificar o reajuste, prevalecendo o que foi acordado pelas partes contratantes:

Realmente não há prova de que os reajustes aplicados estão matematicamente definidos pela VARIACÃO DE CUSTOS MÉDICOS HOSPITALARES (VCMH). Não estão porque as partes, senhores da decisão contratual, dispensaram esse requisito material, contentes e satisfeitos que declararam com o fechamento no patamar que reajustou as prestações de todos os médicos agregados (inclusive o autor). [Apelação Cível N° 1104862-69.2018.8.26.0100]

De toda sorte é preciso que se prestigie, na medida do possível, a autonomia da manifestação de vontade das partes no contrato, pena de, com base no Código de Defesa do Consumidor, criar-se um verdadeiro direito não escrito e não pactuado, ao sabor das interpretações subjetivas das partes e do próprio Poder Judiciário. [Apelação Cível N° 1036686-72.2017.8.26.0100]

É notório que os contratos coletivos/empresariais não se submetem aos índices regulares divulgados pela ANS, uma vez que nessa modalidade contratual, vigora a

livre negociação entre as partes, e os contratantes desses planos acabam, por meio da negociação direta, conferindo proteção satisfatória aos segurados, o que dispensa a intervenção direta da ANS. [Apelação Cível Nº 2283939-59.2020.8.26.0000]

Em sentido semelhante, algumas decisões comentaram sobre o espaço de autonomia dos usuários dos planos frente àquilo que foi negociado entre a pessoa jurídica à qual ela está vinculada e a operadora de seu plano de saúde:

Ademais, tratando-se de plano de adesão, bastaria à autora, ora apelante, não aderir, podendo, inclusive, contratar plano individual perante outra operadora, todavia, ao optar pela relação negocial com a apelada, deve se submeter aos reajustes que decorreram de ampla negociação, observando os custos médico-hospitalares no período respectivo, sendo que as tratativas ocorrem com a titular da apólice, não se vislumbrando abusividade. [Apelação Cível Nº 1064913-38.2018.8.26.0100]

Porém e ao ver da maioria, o congelamento do valor que o autor pretende, com restituição de quantias pagas, representa um privilégio inadmissível a quem se sujeita ao plano coletivo gerido, administrado e executado pela entidade de classe que seria, dentre todas as demais, a que mais acumula conhecimento para compreender a necessidade de reajuste dos valores de plano de saúde coletivo. [Apelação Cível Nº 1104862-69.2018.8.26.0100]

Além das diferenças com relação à aceitação da opção regulatória por deixar o preço ser determinado pelo mercado, as decisões diferem também com relação ao que se exige das operadoras para satisfazer o ônus de justificar os reajustes. Muito frequentemente, o grau de exigência quanto ao ônus foi determinante para a resolução da demanda. Em alguns casos, o ônus imposto às operadoras se mostrou muito exigente quanto à demonstração dos detalhes do cálculo e das fontes dos dados:

Vale ressaltar que o estudo não traz um único número absoluto, mas somente percentuais, lançados sem que se possa ao menos conferir se as variações indicadas estão corretas.

Não se tem, por exemplo, como se chegou a conclusão de que a VCMH do período chegou a 20,4%, já que não há cálculo neste sentido. Também o estudo não é acompanhado de outros documentos que demonstrem os alegados custos. [Apelação Cível Nº 1085439-26.2018.8.26.0100]

Os documentos juntados não são suficientes para comprovar a variação dos custos médicos e aumento da sinistralidade, a que tanto se referem, pois não há detalhamento das despesas informadas. As planilhas juntadas aos autos contêm apenas a somatória dos custos e gastos, não há indicação da origem daqueles dados. [...] é preciso que a operadora apresente os dados, bem como a origem e respectivos documentos para consulta. Nem se diga que seria impraticável a juntada de notas fiscais e outros documentos. Ora, se a operadora foi capaz de angariar essas informações para cálculo do reajuste, não deve ter dificuldade para localizar os respectivos documentos que as embasam. [Apelação Cível Nº 1069263-98.2020.8.26.0100]

Em sentido oposto, há decisões que entendem ser inviável a produção e a análise de provas tão fartas e detalhadas, como exigido em muitas decisões:

A alegação genérica e superficial de que não fora apresentada a documentação correspondente para análise pormenorizada no âmbito contábil também deve ser afastada, mesmo porque, um grupo de segurados a cada procedimento médico, simples consulta, exames variados, internações, fornecimento de medicamentos ou outros itens correlatos proporcionaria um volume documental que inclusive impossibilitaria uma perícia contábil correspondente, além do que, iria expor pacientes que não têm nenhum interesse na divulgação de eventuais males que os acometem. [Apelação Cível Nº 1004096-94.2020.8.26.0566]

Perícia contábil abrangeria volume enorme de documentação, além de custo elevadíssimo, bem como tornaria público sigilo sobre procedimentos, exames e outros itens correlatos dos pacientes. Inviabilidade de produção da prova técnica. [Apelação Cível Nº 1011347-87.2019.8.26.0344]

Em resumo, há variação no TJSP quanto a se existe o ônus da operadora de justificar o reajuste e, nos casos que entendem que ele existe, quanto ao tamanho desse ônus e o que precisa ser demonstrado para satisfazê-lo. Porém, prevalece o entendimento de que o ônus existe, ele é exigente, e as operadoras não conseguem satisfazê-lo.

3.2 O ÍNDICE DA ANS COMO ALTERNATIVA PARA REAJUSTES ILEGAIS EM PLANOS COLETIVOS

Considerando que a maior parte dos julgados concluiu que a operadora não satisfaz o critério de transparência e de justificação do reajuste, cabe perguntar como ficaram as mensalidades dos autores das ações em que o reajuste de seus respectivos planos foi revisto pelo Judiciário.

Entre os 130 casos em que o reajuste foi considerado ilegal, em 110 casos o TJ determinou a aplicação do índice de reajuste anual autorizado pela ANS para planos individuais. Ressalta-se que não havia nessa amostra qualquer caso envolvendo planos individuais. Nos casos em que não foi aplicado o índice da ANS, em 12, o TJSP determinou que o reajuste deveria ser apurado em cumprimento de sentença ou em fase de liquidação (em 5 casos, em cumprimento de sentença; em 6, em fase de liquidação; e em 1 não foi possível identificar em qual dos dois). Dentre esses casos, no entanto, houve ainda 3 em que foi determinada a aplicação provisória do índice da ANS para planos individuais, até que o reajuste fosse apurado (2 na fase de cumprimento de sentença e em 1 não fica claro em que momento).

Completam o universo analisado 3 casos em que a sentença foi anulada e foi determinado que houvesse perícia técnica para apurar o reajuste; 2 em que foi determinado que não deveria haver qualquer reajuste; 2 em que não foi possível identificar qual seria a consequência de o reajuste ser declarado ilegal; e, por fim, 1 único caso em que o TJSP determinou a aplicação do índice IGP-M/FGV.

Na maior parte dos casos, a ausência de justificativa e transparência com relação ao reajuste negociado para um plano coletivo fez com que ele fosse substituído pelo índice de reajuste anual autorizado pela ANS para planos individuais:

E, como desse ônus a ré não se desincumbiu, é o caso de se afastar o reajuste, limitando-se o índice ao valor fixado pela ANS, e determinar a devolução dos valores pagos a maior. [Apelação Cível Nº 1037344-31.2019.8.26.0196]

Desta forma, diante da inexistência de comprovação da legitimidade dos reajustes discutidos, é imperiosa a conclusão de que a aplicação unilateral de índices nem sequer justificados deve ser afastada, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada, admitindo-se tão somente os reajustes aplicados pela ANS. [Apelação Cível Nº 1107611-59.2018.8.26.0100]

Daí por que entendo que aumentos aludidos devam ser restringidos àqueles previstos pela ANS, dada a não comprovação da alteração da sinistralidade e a diferença percebida diante do índice estabelecido pela agência. [Apelação Cível Nº 1029248-98.2017.8.26.0001]

Não se trata de desconhecimento da distinção feita na legislação e regulação entre planos individuais e coletivos. Pelo contrário, na maioria dos casos reconhecia-se a não aplicação, a princípio, do reajuste individual da ANS em contratos coletivos. Porém, como o ônus de justificação para o aumento não foi satisfeito pela operadora, e na ausência de outro parâmetro, acabou-se aplicando o índice da ANS. Os trechos abaixo são exemplos de decisões em que, não obstante as distinções legislativas e regulatórias, foi aplicado o índice da ANS para planos coletivos:

Cumprir destacar que, em se tratando de apólice coletiva, o reajuste no valor das mensalidades não está necessariamente vinculado ao valor autorizado pela ANS, como verificado em relação aos planos individuais ou familiares. Não obstante, não se autoriza a modificação do valor sem justo motivo, a fim de que não sejam causados prejuízos aos consumidores que se encontram em posição de vulnerabilidade [Apelação Cível Nº 1002993-85.2016.8.26.0180]

Indispensável, também, a substituição de tais reajustes pelos índices estabelecidos pela ANS para os planos individuais. Não se trata de equiparar os contratos coletivos aos individuais, mas apenas de adotar um parâmetro idôneo, garantindo que a

mensalidade não fique sem atualização, mas que também não fique o consumidor submetido a uma situação de excessiva desvantagem. [Apelação Cível Nº 1095450-46.2020.8.26.0100]

Em relação ao reajuste imposto, é cediço que a ANS não fixa o valor do reajuste anual para os contratos de cunho coletivo, entretanto este Tribunal de Justiça vem, reiteradamente, decidindo pela vinculação do reajuste em questão àquele trazido pela ANS [Apelação Cível Nº 1012827-26.2017.8.26.0068]

Na maioria dos casos, feita essa ressalva acerca da inaplicabilidade dos índices de reajustes de contratos individuais a contratos coletivos, as decisões não entram no mérito acerca do fundamento legal para a aplicação desse índice. Mencionar que o reajuste foi ilegal, após essa ressalva, parece justificar, segundo a perspectiva dos magistrados, a aplicação do índice.

Em alguns casos, no entanto, há alguma tentativa de se justificar essa aplicação. O principal recurso argumentativo utilizado para justificar esse uso do índice é a própria jurisprudência da corte e a analogia entre contratos individuais/familiares e coletivos e/ou a simples ausência de um outro índice para se equilibrar os interesses das partes:

Há diversos precedentes desta Câmara, os quais aplicaram aos contratos coletivos de plano de saúde os reajustes previstos pela ANS aos contratos individuais, quando ausente prova da sinistralidade [Apelação Cível Nº 1002365-45.2021.8.26.0011, Apelação Cível Nº 1027872-67.2017.8.26.0554]

Aplicam-se, portanto, os reajustes de acordo com os índices divulgados pela ANS para contratos individuais, em substituição, pela falta de outro que seja mais adequado ao caso, conforme consolidada jurisprudência desta E. Corte. [Apelação Cível Nº 1037344-31.2019.8.26.0196]

O afastamento resulta numa lacuna de critério para estabelecimento de um percentual razoável para reajuste do valor do plano. Para suprir a lacuna, tem sido admitida a aplicação analógica das normas relativas aos reajustes de planos individuais, e por isso se aplicam por extensão os aumentos autorizados pela ANS para essa outra modalidade de contrato. [Apelação Cível Nº 1024783-74.2016.8.26.0100]

Existem, porém, decisões que sustentam a ilegalidade da aplicação para planos coletivos do índice da ANS criado para planos individuais:

Oportuno salientar que o comodismo que vem prevalecendo é a substituição de índice de sinistralidade de contratos coletivos para o índice da ANS para contratos individuais, como se o Judiciário pudesse tabelar referidos índices, contudo, trata-se de relação negocial de âmbito estritamente privado, cabendo exclusivamente levar em consideração o equilíbrio no avençado. [Apelação Cível Nº 1102579-39.2019.8.26.0100]

Não se pode impor aos contratos coletivos, o mesmo reajuste fixado pela ANS, aos planos médico-hospitalares individuais e familiares, isto porque naqueles, em atenção

a Resolução Normativa n.128/2006 da ANS (art. 8º) e Instrução Normativa IN n.13, de 21/07/2006 (art. 2º), os reajustes são apenas comunicados à ANS, conforme definido na negociação com a estipulante, e nem somente a atualização pelo IGP-M, uma vez prevista a possibilidade de considerar-se a sinistralidade. [Apelação Cível Nº 1079745-76.2018.8.26.0100]

Isso porque se trata de contrato coletivo por adesão, modalidade em que não incidem os percentuais de aumentos da ANS que são específicos para os planos individuais. Não há, pois, amparo legal para o pedido de aplicação daqueles índices para os reajustes do plano coletivo da autora. E a simples alegação de abusividade do reajuste não era suficiente para justificar a revisão do contrato com imposição de providência que não encontra amparo na lei ou no contrato. [Apelação Cível Nº 1010790-54.2016.8.26.0361]

4 REAJUSTES DE PLANO DE SAÚDE E A ESCOLHA ENTRE AS FALHAS DE MERCADO E AS DE REGULAÇÃO

Como visto, em diversos casos em que o TJSP entendeu que havia ilegalidade no reajuste, foi aplicado para planos coletivos o índice de reajuste aprovado pela ANS para os planos individuais ou familiares. Nesses casos, prefere-se o controle público sobre o preço em face da desconfiança quanto aos mecanismos de mercado e ao atual regime regulatório. Existe a percepção de que a assimetria de informação, devido à pouca transparência no cálculo e à ausência de justificativa suficiente para o aumento, junto à assimetria de poder entre as partes (em muitos casos, o TJSP é explícito no seu entendimento de que os aumentos são impostos unilateralmente aos usuários), colocariam o consumidor em situação de vulnerabilidade, justificando a intervenção do Judiciário nessa relação criando e impondo limites legais ao reajuste. Na ausência de outro parâmetro e dada à complexidade da questão, o TJSP acaba optando por usar o índice da ANS como referência.

Porém, ao tentar corrigir as falhas de mercado, abre-se a possibilidade de falhas de regulação. O principal risco da regulação de preços é que o reajuste arbitrado por um regulador (seja a ANS ou um tribunal com base em perícia técnica) pode não ser suficiente para garantir a rentabilidade do produto, o que reduz incentivos para ofertá-lo e dificulta a atração de investimentos para o setor. Muitos atribuem a significativa redução no número de planos individuais nos últimos anos ao “teto” estabelecido pela ANS, que tornaria essa opção menos rentáveis paraadoras, levando à diminuição da sua oferta e/ou à sua oferta com preço de venda mais alto para compensar a menor flexibilidade no reajuste (Hu; Maciel, 2021; Azevedo *et al.*, 2016). Uma consequência disso seria o aumento dos planos “falso coletivos”, uma forma

de pessoas físicas e famílias conseguirem comprar um plano com valor mais acessível, ainda que com menor proteção regulatória (Andrietta, 2022).

Quando o Judiciário aplica para planos coletivos o índice da ANS para planos individuais/familiares, ele está praticando para alguns indivíduos aquilo que alguns projetos de lei querem fazer para todo o setor, qual seja, estabelecer um limite de reajuste para todos os planos independentemente de modalidade de contratação.¹³ Foge ao escopo do presente trabalho avaliar os méritos dessa proposta, mas existe o risco de que a ampliação da lógica de regulação de preço leve aos planos coletivos as falhas de regulação frequentemente apontadas no mercado de planos privados.

Ainda que seja precipitado afirmar que a judicialização dos reajustes afete estruturalmente o mercado de planos de saúde coletivos, as decisões judiciais podem levar a distorções nas carteiras nas quais elas ocorrem. O índice da ANS é calculado com base em uma média do setor, sem considerar diferenças regionais, modelos de contrato e a estrutura de risco dos diferentes segmentos (Saintive; Chacur, 2006, p. 54). O reajuste coletivo, por outro lado, é calculado considerando a sinistralidade em cada carteira, o que pode variar enormemente entre os planos a depender do perfil dos usuários. Ademais, o preço de venda do plano coletivo também tende a ser mais baixo porque o reajuste das mensalidades pode acompanhar o aumento do gasto assistencial em uma carteira; enquanto no plano individual o preço de venda tende a internalizar o risco de que o índice de reajuste autorizado não cubra o aumento no gasto.

Uma decisão judicial que impede o aumento pode afetar a taxa de sinistralidade em uma carteira ao reduzir o prêmio recebido pela operadora. Esse aumento da sinistralidade, por sua vez, provavelmente terá consequências visando o reequilíbrio econômico, como um aumento de preço mais severo no ano seguinte e/ou a redução da rede assistencial oferecida (*downgrade*), a depender do que for negociado entre as partes. Portanto, tudo o mais igual, haverá um efeito distributivo da judicialização, ainda que postergado no tempo. Cabe lembrar que as decisões analisadas nesse artigo se originam de ações ajuizadas por indivíduos que possuem um plano coletivo. Quando uma pessoa consegue uma decisão favorável revisando um reajuste, ela passa a contribuir menos do que as outras dentro da sua carteira para o fundo comum que protege um grupo de riscos financeiros relacionados ao cuidado em saúde. Isso, possivelmente será

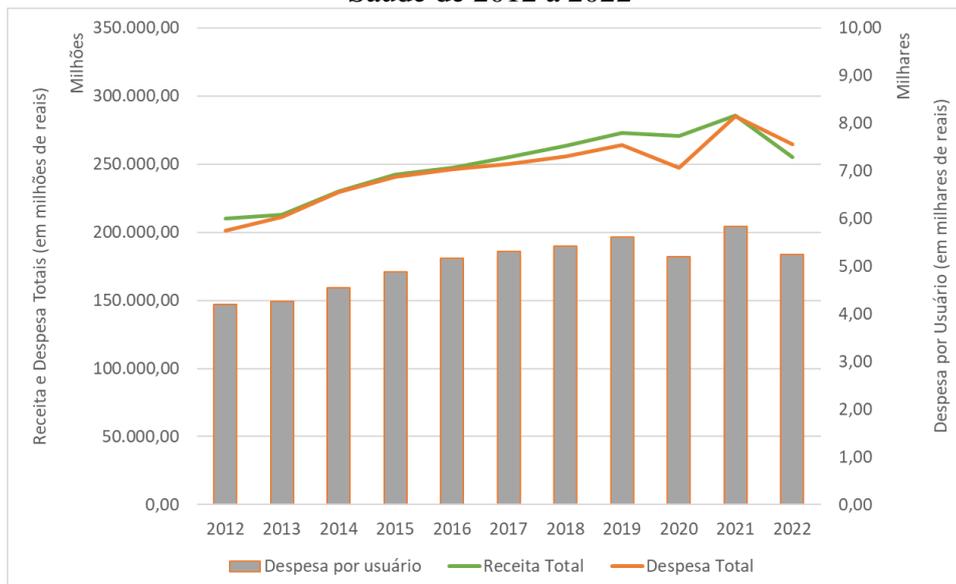
¹³ Cf., por exemplo, Machado (2023) e Souza (2023).

compensado com um ônus financeiro maior sobre os outros membros de um mútuo. Portanto, e paradoxalmente, a judicialização contra o aumento da mensalidade pode ser um fator que contribui para o seu aumento.

Frente a essa situação, algumas alternativas podem ser propostas. Como a principal razão para o TJSP rever um reajuste é a falta de clareza na forma como a operadora chegou ao valor proposto, então deveria o Judiciário também ter mais clareza quanto ao que se exige das operadoras para satisfazer o ônus da prova. Por exemplo, o que precisa ser demonstrado, quais documentos precisam ser apresentados, como o reajuste deve ser calculado e o que é um aumento razoável? Nesse ponto, poderia haver um alinhamento maior entre o que o Judiciário espera das operadoras e o que a ANS já exige que elas informem à Agência e à pessoa jurídica contratante em matéria de cálculo de reajuste. Essa clareza e alinhamento trarão maior previsibilidade para os atores do setor, possivelmente reduzindo a judicialização.

A maior informação e transparência quanto aos reajustes, porém, não muda o principal fator de aumento nos reajustes: o crescimento significativo nos gastos assistenciais, que são repassados (pelo menos em parte) para os usuários na forma de reajustes de preço (ver Gráfico 2).

Gráfico 2 – Tendências de Receita Total, Despesa Total e Despesa por Usuário de Planos de Saúde de 2012 a 2022



Fonte: Elaborado pelos autores com base em dados da ANS TABNET – Informações em Saúde Suplementar. Disponíveis em: <<http://www.ans.gov.br/anstabnet/index.htm>>.

Valores em real, ajustados à inflação pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) de janeiro de 2022.

O aumento no preço dos planos de saúde dificulta o acesso a esse produto e exige maior comprometimento da renda das famílias para manterem seus planos (Moraes *et al.*, 2022). Diversas medidas podem ser implementadas para tentar enfrentar esse problema, como mudanças no modelo de remuneração de prestadores pelas operadoras (Bessa, 2011); controle dos preços de produtos e serviços em saúde via regulação ou competição entre fornecedores e prestadores (Barber; Lorenzoni; Ong, 2019, 2020); fomento da concorrência entre as operadoras (Lima, 2021); uso mais frequentes de fatores moderadores como franquias e coparticipação (ANS, 2017); ênfase na avaliação econômica para a incorporação de tecnologias no rol da ANS (Turner *et al.*, 2021); ou controle de preço do plano com base em limites na margem de lucro das operadoras, como ocorre nos Estados Unidos mesmo para planos coletivos (Weeks, 2016).

Todas essas medidas trazem vantagens e desvantagens e, por isso, precisam ser precedidas por discussões públicas e análises informadas por dados. As ações individuais que questionam reajustes em planos coletivos, contudo, não resolvem o problema do aumento de gastos assistenciais e ainda podem levar a distorções e aumentos ainda maiores a serem custeados pelos outros membros de uma carteira que compartilham os riscos em saúde.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou jogar luz sobre um tópico ainda pouco explorado pela literatura – os reajustes anuais em planos coletivos. Ele expõe um aspecto da judicialização que não havia ainda sido identificado: o uso expressivo do índice autorizado pela ANS para reajustes anuais de planos individuais em casos de planos coletivos. Esse índice foi utilizado em 77% dos casos (110 de 142) em que o reajuste foi revisto, o que significa a transposição da regulação de preço de planos individuais em detrimento do modelo de livre negociação que existe para os planos coletivos.

O presente artigo não parte do pressuposto de que a escolha legislativa e regulatória de tratar o reajuste de forma diferente a depender do tipo de contratação esteja correta. Ele tampouco argumenta que o modelo de formação de preço pela lógica da livre negociação seja

superior ao de regulação de preço via limite de reajuste. Escolhas regulatórias envolvem *trade-offs* e tentativas de corrigir falhas de mercado podem levar a falhas de regulação (e vice-versa).

A contribuição desse texto é apontar, a partir de dados do TJSP, que essa separação é apagada em grande parte dos casos que chegam ao Judiciário, que aplica uma lógica de regulação de preço a contratos coletivos, mas sem a informação necessária para essa tarefa altamente complexa. A alternativa encontrada pelo TJSP de aplicar para planos coletivos o índice da ANS criado para planos individuais pode gerar significativas distorções em algumas carteiras para as quais esse índice não consegue compensar o aumento na sinistralidade. O TJSP cria casuisticamente a regulação de preço para alguns indivíduos que fazem parte de uma coletividade que compartilha os riscos financeiros em saúde. Pela lógica de financiamento de um plano de saúde, essa distorção provavelmente terá que ser corrigida no reajuste seguinte, em que a coletividade rateará aquilo que o indivíduo se eximiu de pagar em virtude de uma decisão judicial.

Aquilo que, em uma primeira leitura, pode ser entendido como uma medida de proteção ao consumidor não tem o potencial de resolver o problema coletivo do aumento nos preços dos planos e ainda permite que alguns consumidores agravem para outros o problema generalizado do aumento nos planos de saúde.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. ANS divulga painel com dados sobre reajustes de planos coletivos. **Agência Nacional de Saúde Suplementar** – Assuntos – Notícias – Consumidor, 27 jul. 2021a. Disponível em: <<https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/beneficiario/ans-divulga-painel-com-dados-sobre-reajuste-de-planos-coletivos>>. Acesso em 30 jun. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. ANS estabelece teto para reajuste de planos de saúde individuais e familiares. **Agência Nacional de Saúde Suplementar** – Assuntos – Notícias – Consumidor, 26 mai. 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/beneficiario/ans-estabelece-teto-para-reajuste-de-planos-de-saude-individuais-e-familiares>>. Acesso em 30 jun. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. Dados Gerais – Tabelas de beneficiários de planos de saúde, taxas de crescimento e cobertura. **Agência Nacional de Saúde Suplementar** – Acesso à Informação – Dados do Setor – Dados Gerais. 2023a. Disponível em: <<https://www.gov.br/ans/pt-br/acesso-a-informacao/perfil-do-setor/dados-gerais>>. Acesso em 21 jun. 2023.



AGÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS. Histórico de reajuste por Variação de Custo Pessoa Física. **Agência Nacional de Saúde Suplementar – Planos e Operadoras – Espaço do Consumidor – Planos de Saúde e Operadoras – Espaço do Consumidor**. 2023b. Disponível em: <<https://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/270-historico-reajuste-variacao-custo-pessoa-fisica>>. Acesso em 30 jun. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. **Manual de tópicos da saúde suplementar para o programa parceiros da cidadania**: uma abordagem sob a perspectiva regulatória. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2021b. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/sobre-ans/ans-lanca-publicacao-sobre-regras-do-setor-de-planos-de-saude/copy5_of_ManualdeTpicosdaSadeSuplementar.pdf>. Acesso em 24 abr. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. **Mecanismos Financeiros de Regulação** – Coparticipação e Franquia. Brasília: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2017.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. **Reajuste/Variação de Mensalidade**. Rio de Janeiro: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2021c. Disponível em: <<https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/consumidor/reajuste-variacao-de-mensalidade>>. Acesso em: 23 abr. 2023.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. **Reajuste de mensalidade**: Conceitos básicos, reajuste por variação de custos, reajuste por mudança de faixa etária. Série: Planos de Saúde Conheça seus Direitos. Brasília: Agência Nacional de Saúde Suplementar, 2005. Disponível em: <https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_reajuste_mensalidade.pdf>. Acesso em 28 jun. 2023.

ANDRIETTA, Lucas Salvador. Falsa coletivização de planos de saúde: expansão, reajustes e judicialização (2014-2019). **Revista de Direito Sanitário**, v. 22, n. 1, p. e-0004, 2022. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/177216>>. Acesso em: 24 abr. 2023.

AVELAR, Aline Bento Ambrosio Avelar; SILVA, Antonio Sergio; FOUTO, Nuno Manoel Martins Dias. Evolução dos Custos Médico-Hospitalares de Planos Privados de Assistência à Saúde no Brasil. **Revista de Gestão em Sistemas de Saúde**, São Paulo, v. 7, n. 1, pp. 29-43, janeiro/abril, 2018.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; *et al.* **A cadeia de Saúde Suplementar no Brasil**: Avaliação de Falhas de Mercado e Propostas de Políticas. São Paulo: Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, 2016.

BARBER, Sarah L.; LORENZONI, Luca; ONG, Paul. Institutions for health care price setting and regulation: A comparative review of eight settings. **The International Journal of Health Planning and Management**, v. 35, n. 2, p. 639–648, 2020.

BARBER, Sarah L; LORENZONI, Luca; ONG, Paul. **Price Setting and Price Regulation in Health Care: Lessons for Advancing Universal Health Coverage**. Genebra: OECD, 2019.

BESSA, Ricardo De Oliveira. **Análise dos Modelos de Remuneração Médica no Setor de Saúde Suplementar Brasileiro**. Orientador: Prof. Dr. Álvaro Escrivão Junior. 2011. 107 pp. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas), Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Estatísticas Processuais de Direito à Saúde**. Disponível em: <<https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>>. Acesso em 21 jun. 2023.

CONSULTOR JURÍDICO. **Anuário da Justiça de São Paulo 2022**. São Paulo: Consultor Jurídico, 2022. Disponível em: <<https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1-anuario-da-justica/editions/anuario-da-justica-sao-paulo-2022/pages/page/109>>. Acesso em 25 abr. 2023.

FERREIRA, J. **O reajuste por faixa etária nos planos de saúde e o Estatuto do Idoso**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, 2011. Disponível em: <<https://idec.org.br/em-acao/artigo/o-reajuste-por-faixa-etaria-nos-planos-de-saude-e-o-estatuto-do-idoso>>. Acesso em: 20 mai. 2023.

HU, Yuri Kasakevic Tsan; MACIEL, Vladimir Fernandes. Teto de Reajustes de Preços no Setor de Saúde Suplementar Brasileiro e seus Efeitos sobre a Quantidade Negociada de Planos de Saúde. **Revista de Economia Mackenzie**, v. 18, n. esp, p. 176–208, 2021.

INSTITUTO DE ESTUDOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR – IESS. **Reajuste de mensalidade**. IESS, 2021. Disponível em: <https://media.jurishealth.com.br/_original/site/pages-jTGaVgBZtX3pZmR.pdf>. Acesso em 25 abr. 2023.

LIMA, Tatiana de Macedo Nogueira. **Ensaio sobre o mercado de saúde suplementar**. Brasília: Conselho Administrativo de Direito Econômico – CADE, 2021.

MACHADO, Ralph. Projeto estende regra de reajuste anual a planos coletivos de saúde. **Portal da Câmara dos Deputados**, 4 abr. 2023. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/944140-projeto-estende-regra-de-reajuste-anual-a-planos-coletivos-de-saude/>>. Acesso em 30 jun. 2023.

MARTINEZ, Lilia Estay. **Do Impacto Regulatório da Judicialização da Saúde Suplementar**. Brasília: ANS, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.enap.gov.br/jspui/handle/1/3592>>.

MORAES, Ricardo Montes de; *et al.* Gastos das famílias com planos de saúde no Brasil e comprometimento da renda domiciliar: uma análise da Pesquisa de Orçamentos Familiares (2017/2018). **Cadernos de Saúde Pública**, v. 38, p. e00354320, 2022.

OCKÉ-REIS, Carlos Octávio. Uma reflexão sobre o papel da ANS em defesa do interesse público. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 39, n. 6, p. 1303-1307, 2005. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6799>>. Acesso em: 28 jun. 2023.

PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de saúde e a tutela judicial de direitos: teoria e prática**. 2ª. Ed. São Paulo: Juspodivm, 2022.

RAMALHO, Bruno Araujo. A interface institucional entre a ANS e o Poder Judiciário: análise de acórdãos sobre a cobertura de emergências médicas em planos de saúde. **Revista Direito Sanitário**, v. 17, n. 1, p. 122–144, 2020.

REIS, Sérgio Cabral dos. Dos poderes executivos do juiz na judicialização da saúde pública: reflexões sobre a (in)adequação das técnicas de execução indireta para tutelar as situações de extrema urgência. **Revista de Direito Administrativo**, v. 280, n. 2, p. 165–200, 2021;

RODRIGUES, Eduardo Calasans. **Regulação versus judicialização: o duplo sistema regulatório da saúde suplementar**. Orientador: Prof. Dr. Leandro Molhano Ribeiro. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2019.

SANTOS, Ezequiel Fajreldines dos. **Diferenças de avaliação entre o poder judiciário e a ANS sobre a necessidade de oferecimento de home care nos contratos de plano de saúde**. Orientador: Prof. Dr. Flávia Portella Püschel. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

SAINTIVE, Marcelo Barbosa; CHACUR, Regina Simões. **A Regulação Tarifária e o Comportamento dos Preços Administrados**. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2006.

SCHEFFER, Mario. Coberturas assistenciais negadas pelos planos e seguros de saúde em ações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Revista de Direito Sanitário**, v. 14, n. 1, p. 122, 2013.

SOUZA, Murilo. Relator quer limitar reajustes de planos de saúde coletivos. **Portal da Câmara dos Deputados**, 7 jun. 2023. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/970159-relator-quer-limitar-reajustes-de-planos-de-saude-coletivos/>>. Acesso em 30 jun. 2023.

TRETTEL, Daniela Batalha; KOZAN, Juliana Ferreira; SCHEFFER, Mario César. Judicialização em planos de saúde coletivos: os efeitos da opção regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar nos conflitos entre consumidores e operadoras. **Revista de Direito Sanitário**, v. 19, n. 1, p. 166–187, 2020.

TRETTEL, Daniela Batalha; SCHEFFER, Mário César. Judicialização de planos de saúde e posicionamentos dos tribunais: súmulas do Tribunal de Justiça de São Paulo e Superior Tribunal de Justiça sobre cobertura assistencial. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 115, p. 425–445, 2018.

TURNER, Hugo C.; *et al.* An Introduction to the Main Types of Economic Evaluations Used for Informing Priority Setting and Resource Allocation in Healthcare: Key Features, Uses, and Limitations. **Frontiers in Public Health**, v. 9, article 72297, 2021. Disponível em: <<https://www.frontiersin.org/articles/10.3389/fpubh.2021.722927>>. Acesso em 30 jun. 2023.

VASCONCELOS, Natalia Pires de. Solução do problema ou problema da solução? STF, CNJ e a judicialização da saúde. **REI - Revista Estudos Institucionais**, v. 6, n. 1, p. 83–108, 2020.

WANG, Daniel Wei L. *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Revista de Administração Pública**, v. 48, p. 1191–1206, 2014;

WANG, Daniel Wei Liang; *et al.* **A judicialização da saúde suplementar**: uma análise empírica da jurisprudência de 1ª e 2ª instâncias do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2023. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br:80/dspace/handle/10438/33233>>. Acesso em: 25 abr. 2023.

WANG, Daniel Wei Liang. Revisitando Dados e Argumentos no Debate sobre Judicialização da Saúde. **Revista Estudos Institucionais**, v. 7, n. 2, p. 849–869, 2021.

WEEKS, John. The 80/20 Rule: Why Medical Insurers Are Not Interested in Cost Cutting (or Integrative Health) ... plus more. **Integrative Medicine: A Clinician's Journal**, v. 15, n. 5, p. 18–20, 2016.

Sobre os(as) autores(as):

Daniel Wei Liang Wang | *E-mail:* daniel.wang@fgv.br

Professor de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Doutor em Direito pela London School of Economics and Political Science. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo e em Filosofia e Políticas Públicas pela London School of Economics and Political Science

Bruno da Cunha de Oliveira | *E-mail:* bruno.dcd@gmail.com

Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, com apoio da Bolsa Mário Henrique Simonsen de Ensino e Pesquisa e da Bolsa CAPES-PROSUP. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador do Núcleo de Saúde do Centro de Gestão e Políticas Públicas do Insper.

Jacqueline Leite de Souza | *E-mail:* jacqueleite2002@gmail.com

Graduanda em Direito pela Universidade de São Paulo e estagiária em Infraestrutura no Valerim Advogados. Foi pesquisadora da Sociedade Brasileira de Direito Público, do PET Sociologia Jurídica e do O'Neill Institute for National and Global Health Law.

Luísa Bolaffi Arantes | *E-mail:* luisa.arantes97@gmail.com

Doutoranda no Departamento de Ciência Política da Universidade de São Paulo. Mestre em Administração Pública e Governo pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Consultora de pesquisa no Instituto de Estudos para Políticas de Saúde (IEPS).

Nathália Molleis Miziara | *E-mail:* nathalia.miziara@gmail.com

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Bolsista FAPESP. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

Data de submissão: 30 de junho de 2023.

Data da Triagem de Diretrizes: 15 de setembro de 2023.

Data da Triagem de Qualidade: 02 de dezembro de 2023.

Data de Envio para Avaliação: 22 de abril de 2024.

Data da Primeira Avaliação: 03 de março de 2024.

Data da Segunda Avaliação: 08 de julho de 2024

Data do aceite: 10 de junho de 2024.