EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ FEDERAL DA 8ª VARA DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

Ref.: Processo nº 2004.34.00.023630-2
(a ser distribuída por dependência)

A **UNIÃO,** pessoa jurídica de direito público interno, representada judicialmente por sua Procuradoria-Regional na 1ª Região, na forma do artigo 9º da Lei Complementar nº 73/93, com endereço no Setor de Autarquias Sul, Quadra 02, Ed. PRU, 1º andar, nesta Capital, onde recebe intimações, e a **AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS,** autarquia sob regime especial criada pela Medida Provisória nº 1.928, de 25 de novembro de 1999, reeditada pelas Medidas Provisórias nºs 2.003-1 e 2.012-2, de 14 de dezembro de 1999 e 30 de dezembro de 1999, respectivamente, convertida na Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, por sua *Procuradoria*, no uso das atribuições que lhe confere o inciso I, do art. 16, do Decreto nº 3.327, de 5 de janeiro de 2000, assim como o inciso II, do art. 12, da Resolução da Diretoria Colegiada nº 95, de 30 de janeiro de 2002, que aprova o Regimento Interno da ANS, vêm, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, com fundamento nos artigos 82, II e III, 91 e 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990) e Art. 1º, II, da Lei. 7.347 de 24 de julho de 1985**,** propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

em face de **ITAUSEG SAÚDE S.A**., **SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE** e **BRADESCO SEGUROS S.A.,** pessoas jurídicas de direito privado, as duas primeiras com sede no Município de São Paulo, encontradas, respectivamente, na Pça. Alfredo Egydio de Souza Aranha, 100 8º andar - TORRE ITAUSEG, Jabaquara e Rua Pedro Avancine, 73 térreo - 2º/5º andar, Jardim Panorama, e a última sediada no Município do Rio de Janeiro,

junto à Rua Barão de Itapagipe, 225, Rio Comprido, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

I) QUESTÕES PREAMBULARES.

DAS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DA UNIÃO E DA ANS:

ANS, consoante o disposto no art. 1º, da Lei n.º 9.961, de 2000, é uma autarquia sob o regime especial, integrante, pois, da Administração Federal Indireta.

Sendo assim, não apenas a União como também a ANS gozam das prerrogativas processuais dos arts. 188 e 475, *caput* e inciso II, do Código de Processo Civil (a última em razão do art. 10, da Lei n° 9.469, de 10 de julho 1997).

Na oportunidade, de acordo com o art. 9º da Lei nº 9469, de 1997, a representação judicial das autarquias e fundações públicas por seus procuradores, independe da apresentação do instrumento de mandato. Saliente-se que, por força do art. 24, Lei nº. 10.522, de 19 de julho de 2002, a ANS está desobrigada de autenticar as cópias reprográficas de quaisquer documentos que apresente em Juízo.

Quanto à ciência dos atos processuais, tem-se que a União, através da Advocacia Geral da União, deverá ser intimada pessoalmente, conforme determina o artigo 6º da Lei 9.028/95.

Demais disso, por força de recente inovação legislativa, introduzida pela Lei nº 10.910, de 15 de julho de 2004, pela qual, em seu artigo 17, os Procuradores Federais, nos processos em que atuem em razão das atribuições de seus cargos, serão **intimados e notificados pessoalmente**. Neste intuito, informa-se que a Procuradoria da ANS situa-se na Av. Augusto Severo, 84 / 10º, Glória, CEP 20021-040, Rio de Janeiro, RJ, endereço onde recebe citações e intimações em nome da Autarquia.

II) DOS FATOS

As operadoras de planos privados de assistência à saúde[1]-Rés vêm informando a seus respectivos consumidores os índices percentuais que serão aplicados a título de reajuste da

[1] Conforme definição contida no art. 1º da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, diploma que veio a regulamentar planos privados de assistência à saúde.

contraprestação pecuniária devida, nos termos estabelecidos nos contratos celebrados entre as partes. Entretanto, tais cláusulas contratuais, presentes nos contratos celebrados antes da vigência da Lei 9.656/98, revelam-se abusivas, na medida que não expressam com clareza os critérios de cálculo que refletirão a correspondente variação da contraprestação pecuniária.

A aplicação das cláusulas em exame por parte das Operadoras-Rés deve-se à decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede cautelar, na ADIN 1931-8/DF, de 03/09/2003, que reconheceu a inconstitucionalidade do Art. 35-E da Lei 9.656/98, e, por conseguinte, a inaplicabilidade das disposições encartadas nesse diploma legal aos contratos celebrados antes do início de sua vigência. Desde 1999, por força da Lei 9.656/98, a ANS, anualmente, impunha aos contratos individuais e familiares, anteriormente firmados, a aplicação de um índice percentual máximo de reajustamento. Com a decisão do E. STF as ora Rés sentiram-se livres para voltar a aplicar a sistemática de correção dos valores das contraprestações pecuniárias definidas contratualmente, até então suprimidas pela cogente incidência da Lei 9.656/98, instrumentalizada pela atuação da ANS. Neste sentido, vale ressaltar, desde já, que as Rés não se limitam a reajustar as contraprestações pecuniárias com referência à data-base 2003/2004, chegando a retroagir os cálculos ao ano de 1994, como se, até então, nunca tivessem obtido, em relação aos respectivos produtos, nenhuma correção dos valores.

No entanto, seja pela equivocada interpretação das Rés quanto aos efeitos da decisão cautelar na ADIN 1931/DF, quer em relação à validade das cláusulas contratuais adiante analisadas, mostra-se evidente o descabimento dos abusivos critérios de reajuste que as Operadoras-Rés pretendem fazer incidir sobre as contraprestações devidas por seus beneficiários. Impõe-se, para tanto, provimento jurisdicional que impeça a aplicação dos aludidos termos contratuais, determinando, por outro lado, a adoção do índice percentual definido pela ANS para o reajustamento devido na data-base 2003/2004, fixado, nos termos do art. 4º do inciso XVII e XXI, da Lei nº 9.961/00, pela Resolução Normativa 74, de 07 de maio de 2004, em 11,75% (onze inteiros e setenta e cinco centésimos por cento).

III) PRELIMINARMENTE

1) DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. DOS EFEITOS DA PRESENTE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM RAZÃO DO ÂMBITO NACIONAL DO DANO.

Embora configurem institutos processuais distintos, em razão da redação do Art. 16 da Lei da Ação Civil Pública (LACP)[2], cumpre abordar conjuntamente as questões atinentes à competência e aos limites subjetivos relacionados à presente ação.

[2] Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (Redação dada pela Lei nº 9.494, de 10.9.1997)

Por força do Art. 21 da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 8.078/90, *"aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor*".

Desta maneira, em sede de ação civil pública, incide a regra insculpida no Art. 93 do Código de Defesa do Consumidor (L. 8.078/90), que assim dispõe:

> *Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:*
>
> *I - no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;*
>
> *II - no foro da Capital do Estado **ou** no do Distrito Federal, para os **danos de âmbito nacional ou regional**, aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente.*

Como adiante ficará evidente, a repercussão e a extensão do dano provocado pelo indevido reajustamento das contraprestações pecuniárias dos contratos de prestação de assistência à saúde, definido pelas Rés, atingem âmbito nacional, na medida em que as mesmas vinculam-se a consumidores de todo País. Por tal razão, o foro competente para o ajuizamento da presente ação civil pública, atento à dimensão do dano, é, alternativamente, a capital de um Estado da Federação ou o Distrito Federal[3], em ambos os casos perante a Justiça Federal, nos termos do Art. 109, I, da Carta Política de 1988[4]. Competente, pois, uma das Varas Federais da Seção Judiciária do Distrito Federal.

Neste sentido, confira-se:

> *"Campeonato Brasileiro de Clubes de Futebol Profissional. Ação cautelar e ação civil pública (intentadas nos foros das Capitais do Rio de Janeiro e São Paulo e no Distrito Federal). Dano (âmbito nacional). Entidade autárquica (interesse). Competência.*
>
> *1. A ação civil pública há de ser proposta no foro do local onde ocorre o dano. É de natureza funcional (Lei nº 7.347/85, art. 2º).*
>
> *2. Tratando-se de dano de âmbito nacional, caso em que o dano transcende a área geográfica de mais de um Estado, é competente para a causa o foro do Distrito Federal (Cód. de Def. do Consumidor, art. 93, II).*
>
> *3. Entidade autárquica figurando no pólo passivo de uma das ações.*
>
> *4. Conflito conhecido e declarada competente a Justiça Federal do Distrito Federal.*

---

[3] Neste sentido, esclarece JOSE DOS SANTOS CARVALHO FILHO: "Se se tratar de dano de âmbito nacional ou regional que abranja mais de um Estado, haverá opção entre o foro da Capital de um dos Estados e o do Distrito Federal. Em se tratando, porém, de dano de âmbito regional com abrangência apenas dentro do território de um Estado, competente será o foro do juízo em que primeiramente se der citação válida, sendo então a competência firmada por prevenção, segundo as regras estabelecidas no Código de Processo Civil". (AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Comentários por Artigo. 3ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2001 – p. 39).

[4] Neste caso, nem há falar na aplicação da Súmula 183 do E. STJ ("*Compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil publica, ainda que a União figure no processo*").

(STJ - CC Processo: 199901081130/RJ – DJ :11/03/2002 - Relator Min. Nilson Naves - 2ª Seção - por maioria)

**

Conflito de competência. Ação Civil Pública. Código de Defesa do Consumidor.
1. Interpretando o artigo 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, já se manifestou esta Corte no sentido de que não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. Isto porque o referido artigo ao se referir à ***Capital do Estado e ao Distrito Federal*** *invoca competências territoriais concorrentes, devendo ser analisada a questão estando a Capital do Estado e o Distrito Federal em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal.*
2. Conflito conhecido para declarar a competência do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo para prosseguir no julgamento do feito.
(STJ - CC 17533 - Processo: 199600359776/DF – 2ª Seção - DJ:30/10/2000 - Relator Carlos Alberto Menezes Direito – unanimidade)

Por outro lado, necessário estabelecer que, também observada a dimensão do dano, os efeitos do provimento ora pretendido devem alcançar todo o território nacional.

Certamente, doutrina e jurisprudência caminham no sentido de afastar a interpretação literal do Art. 16 da LACP, indicando que, à luz da conjugação deste dispositivo legal com toda a sistemática processual relacionada às ações de natureza coletiva, notadamente o art. 93 do CDC, os efeitos do provimento jurisdicional requerido devem alcançar o universo de indivíduos sobre os quais repercutiram os danos produzidos.

Neste diapasão, como leciona RODOLFO CAMARGO MANCUSO[5], "se impõe, absolutamente, distinguir os limites subjetivos da coisa julgada – seara que recepciona o problema em questão – de outras categorias e institutos processuais, como a jurisdição, a competência ou mesmo a organização judiciária. Felizmente, como antes acenado, o sistema processual que rege a jurisdição coletiva em matéria de interesses metaindividuais forma um todo integrado e intercomplementar: na parte processual do CDC distinguem-se as eficácias *erga omnes* e *ultra partes* da coisa julgada, em função do *tipo* de interesse metaindividual objetivado (art. 103, incisos e parágrafos, e art. 104) e, bem assim, se faz o discrímen entre os danos local, regional e nacional (art. 93 e incisos), autorizando-se, por fim, o traslado de todo esse conjunto para o âmbito da Lei 7.347/85 (cf. art. 117 do CDC, que para tal acrescentou um art. – n. 21 – à Lei 7.347/85). Com isso, tecnicamente, fica ao menos circunscrito o equívoco decorrente da inovação advinda com a Lei 9.494/97, na medida em que uma interpretação ponderada e sistemática dos textos de regência evidencia que a compreensão e extensão da

[5] *AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 7ª ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001 – p.277 e 280).

coisa julgada não podem ser delimitadas em função de território, que é critério determinativo de competência, justamente por isso invocado no art. 2º da Lei 7.347/85".

E continua o notável processualista paulista:

"Com efeito, a questão de saber quais as pessoas atingidas pela imutabilidade do comando judicial deve ser tratada, naturalmente, sob a rubrica dos limites subjetivos desse instituto processual dito "coisa julgada" e não sob a ótica de categorias outras, como a jurisdição, a competência, a organização judiciária. Aqueles limites, quando se trata das lides intersubjetivas, no plano da jurisdição singular, atuam perante as partes, "não beneficiando, nem prejudicando terceiros" (CPC, art. 472), mas no âmbito das ações de tipo coletivo – justamente porque aí se obrigam sujeitos indeterminados, concernentes a um objeto indivisível – o critério deve ser outro, porque impende atentar para projeção social do interesse metaindividual de que se trata. Tudo assim, reflui para que a resposta judiciária, no âmbito da jurisdição coletiva, desde que promanada de juiz competente, deve ter eficácia até onde se revele a incidência do interesse objetivado, e por modo a se estender a todos os sujeitos concernentes, e isso, mesmo em face do caráter unitário desse tipo de interesse, a exigir uniformidade do pronunciamento judicial".

Portanto, é a dimensão do dano, e não os limites territoriais afetos ao Juízo competente, que definirá os limites subjetivos do provimento jurisdicional. Os arestos abaixo colacionados orientam-se, precisamente, na mesma esteira:

PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE - EFEITOS.
1. ... Omissis;
2. ... Omissis;
3. <u>O efeito erga omnes da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material erga omnes no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado</u>.
4. Embargos de divergência providos.
(STJ - ERESP 439539 - Processo: 200201282290/DF – 1ª Seção - DJ: 28/10/2003 - Relatora Min. Eliana Calmon – por unanimidade)

**

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EFICÁCIA. BRANGÊNCIA NACIONAL. LEIS NºS 7.347/85 E 9.494/97.

IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. VEDAÇÃO DE RETENÇÃO. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS Nº 78/2001. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
*- A regra do art. 16 da Lei nº 7.347/85 deve ser interpretada em sintonia com os preceitos contidos na Lei nº 8.078/90, entendendo-se que os 'limites da competência territorial do órgão prolator', de que fala o referido dispositivo, não são aqueles fixados na regra de organização judiciária, mas, sim, aqueles previstos no art. 93 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja: a) quando o dano for de âmbito local, isto é, restrito aos limites de uma comarca ou circunscrição judiciária, a sentença não produzirá efeitos além dos próprios limites territoriais da comarca ou circunscrição; b) quando o dano for de âmbito regional, assim considerado o que se estende por mais de um município, dentro do mesmo Estado ou não, ou for de âmbito nacional, estendendo-se por expressiva parcela do território brasileiro, a competência será do foro de qualquer das capitais ou do Distrito Federal**, e a sentença produzirá os seus efeitos sobre toda a área prejudicada**.*
- ... (omissis).
(TRF 4ª Região – AG 120902 Processo: 200204010517385/RS – 5ª Turma - DJU: 02/05/2003 - Relator Juiz Paulo Afonso Brum Vaz - por unanimidade)

(grifos não constantes do original)

Desta maneira, impõe-se o reconhecimento da abrangência nacional dos efeitos do provimento liminar e final pretendidos, em razão da repercussão e extensão dos danos causados pelos reajustamentos abusivos impostos pelas ora Rés aos seus respectivos consumidores.

2) DA COMPETÊNCIA DESSE MM. JUÍZO

Em 27/07/2004, foi proposta ação cautelar, distribuída a essa MM. Vara Federal, sob o nº 2004.34.00.023630-2, preparatória da ação civil pública ora proposta. Por tal razão, distribuiu-se a presente demanda principal por dependência aos referidos autos, cumprindo reconhecer a competência desse MM. Juízo, nos termos dos Arts. 102, 103, 253 e 800, todos do CPC.

3) DA LEGITIMIDADE ATIVA DA UNIÃO

Trata-se, à evidência, de risco de dano a direito metaindividual, de âmbito nacional, pois envolve os diversos usuários de planos privados de assistência à saúde dos brasileiros que, espalhados por todo o país, celebraram contrato com as operadoras antes da edição da Lei 9.656/98.

Neste caso, trata-se de direito individual homogêneo, posto trata-se de direitos individuais e divisíveis, porém unidos pela origem em comum, conforme inclusive explicita Luiz Paulo as Silva Araújo Filho:

> *"A redação do inciso III deixa claro, ao se referir a interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum, que a origem comum deve ser analisada no sentido de garantir a homogeneidade dos interesses, ou seja, podem ser considerados de origem comum os interesses ou direitos tanto decorrentes de um mesmo fato como de fato apenas similares, não importa, pois o que se mostra indispensável é que os fatos, por sua simetria, determinem interesses em substância homogêneos" (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Direito Processual. Filho, Luiz Paulo da Silva Araújo, 2002, pg. 62).*

Ora, trata-se de violação a direito dos usuários de planos privados de assistência à saúde decorrente do não atendimento às normas do órgão de regulação, qual seja, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, gerando aumentos abusivos.

Apesar de divisível o direito de cada consumidor signatário dos contratos não abrangidos pela Lei 9.656/98, que poderiam postular individualmente a não incidência de reajustes abusivos, em virtude da origem comum, estes tornam-se homogêneos, possibilitando a sua defesa em conjunto.

Conforme se demonstrará em seguida, o Supremo Tribunal Federal procedendo ao exame sumário da ADIN 1931/DF, que trata da análise da Lei 9.656/98, julgou inconstitucional o artigo 35-E, explicitando que o citado diploma apenas poderia ser aplicado aos contratos posteriores à sua edição, entendendo que desta forma estaria assegurado o direito adquirido.

Em virtude deste julgamento preliminar, as empresas rés entenderam que poderiam reajustar os contratos que não estão abrangidos pela Lei 9.656/98 de maneira abusiva, sem que estivessem sob a égide de regulação estatal.

É certo que a Constituição Federal permite expressamente no artigo 197 que empresas privadas explorem as ações e serviços de saúde no país, desde que submetam-se aos órgãos de regulação estatal:

> *Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.*

E coube à ANS o desempenho destas funções de regulação do mercado e fiscalização.

Não obstante tratar-se a ANS de autarquia dispondo de personalidade jurídica própria, ainda que apenas vinculada ao Ministério da Saúde, com competência para ver cumpridas as normas de regulação do mercado de saúde suplementar, a União também possui legitimidade para ingressar em juízo na defesa do interesses de consumidores:

> *Lei 8.078/90*
>
> *Artigo 82. Para fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:*
>
> *...*
>
> *II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;*

Dessa forma, resta comprovado que o interesse da União em ver garantido o direito metaindividual dos consumidores decorre de Lei Federal, sendo desnecessário longo discurso sobre o assunto.

4) DA LEGITIMIDADE ATIVA DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

DA TUTELA MEDIATA DO CONSUMIDOR COMO ELEMENTO INTEGRANTE DO SETOR DE SAÚDE SUPLEMENTAR REGULADO PELA ANS

No campo da saúde, a Constituição da República de 1988 reservou ao Estado o dever de prestá-la a todos (Art. 196 c/c Art. 200) e à iniciativa privada a faculdade de oferecê-la em caráter suplementar (Art. 199).

Esta liberdade conferida ao setor particular para exploração e fornecimento de bens e serviços no ramo da saúde suplementar submete-se, em contrapartida, à fiscalização do Estado, que atua aqui em seu papel de agente normativo e regulador da economia[6]. Por representar um segmento sensível a grande parte da população, aliado à realidade do mercado de planos privados de assistência suplementar à saúde, onde a concorrência não se manifestava desejavelmente[7], surgiu a necessidade de regulação pontual deste setor da economia, criando-se, para tanto, a Agência Nacional de Saúde Suplementar[8].

---

[6] CR/1988: *Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de **fiscalização**, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.*

[7] Onde se verifica a chamada "falha de mercado".

[8] "Vale frisar que a ANS não regula todos os serviços de saúde (prestadores de serviço como médicos, hospitais, enfermeiros, ou produção de medicamentos), mas apenas a ponta do sistema, que lida com a comercialização de planos de saúde por pessoas jurídicas denominadas operadoras de planos privados de assistência à saúde" (MELO

Uma vez criada a ANS, com o objetivo de permitir o alcance de suas finalidades, foram-lhe titularizadas certas competências, entre estas a de controle dos reajustes das prestações referentes aos planos privados de assistência suplementar:

> *Art. 4º. Compete à ANS:*
>
> *...*
>
> *XVII - autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministérios da Fazenda;*

Importante salientar que a competência em exame visa à **tutela dos consumidores**, como bem destaca PAULO CÉSAR MELO DA CUNHA, nestes termos:

> "*Como prova de que a regulação de saúde não é apenas econômica, o que submeteria a matéria de reajuste e revisão a índices livremente negociados com base em fatores ditados pelo mercado, atribuiu-se à ANS fixar tais critérios,* ***reconhecendo a incapacidade de o consumidor negociar em igualdades de condições com as operadoras****. Afinal, conforme já asseverado, os componentes de custo e os fatores atuariais lhes são desconhecidos*[9]*. Neste papel a ANS examina índices e cálculos e, não raro, está legitimada a impor um internalização de custos pelas operadoras para manter o equilíbrio contratual e partilhar ganhos de eficiência.*
>
> *...*
>
> *Como o custo inicialmente contratado sofre variações no decurso do contrato, justifica-se a disciplina regulatória de sua recomposição*"[10].

Assim, no exercício desta competência, a Agência Nacional de Saúde Suplementar fixa o limite percentual para os reajustes das contraprestações dos planos individuais/familiares de assistência suplementar à saúde tendo como parâmetro a média de reajustes praticados pelos contratos (planos) coletivos[11], condicionando a respectiva adoção à prévia solicitação da

---

DA CUNHA. Paulo César. A REGULAÇÃO JURÍDICA DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003 – p. 91/92).

[9] Justificando a proteção regulatória em função, exatamente, desta "assimetria intelectual".

[10] *Idem ob.cit.* p. 265/266.

[11] Nos contratos coletivos, onde o grau de competição é maior, o reajuste não depende de autorização prévia, sendo, todavia monitorado após a devida informação de adoção pelas operadoras.

operadora e autorização da ANS, de acordo com o procedimento previsto na Resolução RN n° 36.

Como já ressaltado, a regulação específica dos reajustes das prestações dos planos de saúde visa a proteção dos consumidores. Aliás, a tutela dos consumidores, de alguma forma, sempre compõe o foco de atuação das agências reguladoras em geral. De fato, não se poderia conceber a "regulação pela regulação" de um setor da economia, pois, afinal, o que se busca é o adequado funcionamento do mercado, que tem em sua ponta final os consumidores. Neste sentido, comentando os poderes das agências reguladoras, leciona JOÃO BOSCO LEOPOLDINO DA FONSECA:

> "*Relativamente ao objeto que deve constituir sua finalidade, deve-se dizer que têm elas por finalidade a "regulação de setores sensíveis" e ao mesmo tempo a "proteção dos administrados", ou na linguagem adotada pelo legislador brasileiro,* ***a proteção do consumidor****"*[12].

Percebe-se, desta maneira, que as agências reguladoras são também instrumentos através dos quais o Estado implementa, de forma mediata, a defesa do consumidor, preconizada pela Constituição da República no rol dos direitos individuais e coletivos:

> *Art. 5° (Omissis)*
>
> *... Omissis ...*
>
> *XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.*

Voltando ao ramo da saúde suplementar, percebe-se que a Lei 9.656/98, ao dispor sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, contempla com diversas previsões a tutela do consumidor[13], reconhecendo sua hipossuficiência[14] e a decorrente necessidade de corrigir sua condição de

---

[12] DIREITO ECONÔMICO. 4ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 261.

[13] Como, por exemplo, o estabelecimento de coberturas mínimas pelos planos de saúde, o prévio cadastro das operadoras na ANS, o prévio registros dos produtos oferecidos aos consumidores, a impossibilidade de exclusão, após 24 meses, de doenças e lesões pré-existentes, além, da própria competência da ANS para punir as irregularidades praticadas pelas operadoras.

[14] *"Com efeito, a Lei 9.656/98seguindo a jurisprudência já dominante, adota o "princípio da vulnerabilidade do consumidor", que pode ser considerado como basilar e matriz de todos os outros princípios informadores do sistema consumerista. O segurado é considerado a parte mais fraca no contrato de seguro saúde, pouco importando sua condição social, cultural ou econômica, quer se trate de pessoa física ou pessoa jurídica"*(LOUREIRO. Luiz Guilherme de Andrade. SEGURO SAÚDE – Lei 9.656/98:Comentários, doutrina e jurisprudência. Ed. Lejus, São Paulo, 2000 – p.170-171).

desigualdade em face do fornecedor de serviços (operadoras de planos de saúde privada). Este mesmo diploma legal confere à ANS a normatização e a fiscalização de todos os produtos, serviços e contratos de assistência à saúde suplementar, conferindo-lhe a prerrogativa de tutelar este rol de direitos essenciais reservados aos consumidores.

Por sua vez, de acordo com a Lei 9.961/2000 (Art. 3º), A ANS tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, **inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores**, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Temos, portanto, de um lado, normas jurídicas voltadas à proteção do consumidor, **dirigidas especificamente ao campo da saúde suplementar** e, de outro, a fixação legal do agente que, dentro do panorama regulatório deste setor, exercerá, na busca do "ponto ótimo" das relações entre os sujeitos envolvidos, a administração dos respectivos e diversos interesses. No presente caso, como destacado, a tutela recai sobre os usuários de planos privados de assistência à saúde que, como destinatários finais de um serviço, enquadram-se na definição jurídica de consumidor.

PAULO CÉSAR MELO DA CUNHA comenta este caráter específico da proteção aos consumidores de planos de saúde privada:

> *"Como, frise-se, o Código de Defesa do Consumidor é norma geral (aplicável a todos os tipos e ramos de negócios que envolvam relações de consumo), que reduz a abstração dos princípios mas não minudenciando ou concretizando seus comandos, comporta, ainda, uma normatização supletiva. Desta sorte, impõe-se considerar que as Leis nº 9.656, de 1998, e 9.961, de 2000, têm esse caráter supletivo, aplicável a um segmento específico das relações de consumo,* ***definindo o agente competente no plano federal para a tutela dessas relações****"*[15]**.**

E continua:

> "*Tratando-se especificamente da proteção do consumidor de planos de saúde privada suplementar, a norma especial derroga a geral, materializada no Código de Defesa de Consumidor naquilo que, expressamente, dispuser de forma contrária; tal Código tem aplicação subsidiária (art. 35-G), embora informada por seus princípios"*[16].

[15] MELO DA CUNHA. Paulo César, *ob cit.* p. 239.
[16] MELO DA CUNHA. Paulo César, *ob cit.* p. 234.

Em suma, podemos afirmar que a proteção dos consumidores de planos privados de assistência à saúde é regida por regras próprias (especiais), notadamente, Leis 9.656/98 e 9.961/2000, e comuns, essas últimas, encartadas no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e aplicadas subsidiariamente em relação às primeiras (Art. 35-G da Lei 9.656/98). Aliás, não por acaso, o legislador previu a possibilidade de articulação da ANS com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde (Lei 9.961/2000; Art. 4º, XXXVI).

De toda a sorte, em ambos os casos, cabe à ANS zelar e fiscalizar pelo cumprimento dessas normas, inclusive através da aplicação de penalidades em face do respectivo descumprimento, nos seguintes termos:

Lei 9.661/2000

Art. 4º. Compete à ANS:

…

XXIII - fiscalizar as atividades das operadoras de planos privados de assistência à saúde e zelar pelo cumprimento das normas atinentes ao seu funcionamento;

XXIV - exercer o controle e a avaliação dos aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXV - avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência;

XXVI - fiscalizar a atuação das operadoras e prestadores de serviços de saúde com relação à abrangência das coberturas de patologias e procedimentos;

XXVII - fiscalizar aspectos concernentes às coberturas e o cumprimento da legislação referente aos aspectos sanitários e epidemiológicos, relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares no âmbito da saúde suplementar;

XXVIII - avaliar os mecanismos de regulação utilizados pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde;

XXIX - fiscalizar o cumprimento das disposições da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

XXX - aplicar as penalidades pelo descumprimento da Lei nº 9.656, de 1998, e de sua regulamentação;

Registre-se, por fim, que a inserção do consumidor no âmbito do disciplinamento do ramo da saúde suplementar atende à moderna concepção de regulação. De fato, *"sob esse enfoque, o consumidor passa a ser uma peça importante no cenário regulatório, na medida em que terá um tratamento de*

proteção, mas não somente considerando o aspecto comercial da relação entre explorador da atividade econômica versus consumidor. Em outras palavras, o direito do indivíduo, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, se apresenta como um mecanismo de maior interesse que o aspecto comercial envolvido. Daí os serviços de saúde privada serem tratados no título constitucional da "Ordem Social" e não da "Ordem Econômica". Não só naquele título se cuida da convivência entre setor público e setor privado (o que neste é a exceção, só admitida nos casos do Art. 173, da Constituição), como, ainda, a regulação não se limita a aspectos econômicos, mas, também, a garantir o acesso e a continuidade numa "prestação essencial".

Desta forma, "o direito à proteção regulatória não se confunde com a idéia liberal centrada nas falhas de mercado. Na perspectiva da proteção regulatória, o direito do consumidor é visto como um meio de proteger o indivíduo e garantir que será tratado com dignidade e de maneira a não ver prejudicado seu auto-respeito, ou ainda o tratamento com consideração e respeito. ... Nesta visão, os direito à segurança e à proteção da saúde são entendidos como direitos fundamentais não redutíveis a meras análises de custo e benefício[17]*,,,,*[18].

Nesse contexto, **a proteção ao consumidor exercida pela ANS situa-se como uma tutela mediata, na medida que, primariamente, busca-se a preservação do equilíbrio das relações entre os diversos agentes regulados,** atingindo-se o interesse público na assistência suplementar à saúde, finalidade institucional dessa Autarquia.

Por outro lado, diante da competência conferida à ANS para autorizar e fixar os percentuais de reajuste das prestações dos planos de assistência à saúde individuais e familiares, **verifica-se sua legitimidade para propor a presente ação civil pública, na tutela do direito dos consumidores de planos privados de assistência à saúde a não terem reajustadas suas respectivas prestações em percentuais superiores àquele por ela autorizado**.

IV) DO MÉRITO

Superada a questão da legitimidade das Autoras para propositura da presente ação civil pública, visando preservar o interesse público na assistência suplementar à saúde, representado, no presente caso, pela tutela do direito dos respectivos consumidores a não terem suas respectivas prestações reajustadas acima dos percentuais autorizados pela ANS, cumpre examinar as razões de fato e de direito norteadoras da pretensão ora deduzida.

---

[17] MACEDO Jr. Ronaldo Porto, *apud* MELO DA CUNHA. Paulo César, *ob cit.* p. 227-228.
[18] MELO DA CUNHA. Paulo César, *ob cit.* p. 227-228.

Como inicialmente exposto, as operadoras de planos privados de assistência à saúde-Rés informaram a seus respectivos consumidores a aplicação de índices percentuais, a título de reajuste da contraprestação pecuniária (em alguns casos, chegam a 85,1% de variação sobre a prestação). No entanto, as respectivas cláusulas contratuais, presentes nos contratos celebrados antes da vigência da Lei 9.656/98, revelam-se abusivas, pois não expressam com a devida clareza os critérios de cálculo que refletirão a correspondente variação da contraprestação pecuniária.

Antes, porém, de analisarmos a validade da incidência das mencionadas cláusulas contratuais, faz-se necessária uma retrospectiva dos fatos, que culminaram com a imposição pelas Rés de uma sistemática de reajustamento totalmente iníqua, dessintonizada com nosso vigente ordenamento jurídico pátrio.

Com a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, os reajustes dos planos individuais e familiares são controlados pela ANS. Nesse sentido, é fixado, em conjunto com os Ministérios da Saúde e da Fazenda, a política nacional a ser adotada, com a definição do percentual máximo permitido. Depende, portanto, de prévia autorização da ANS a aplicação de reajustes nos planos contratados por pessoas físicas, assim considerados os planos individuais ou familiares e aqueles operados por entidades de autogestão não patrocinada[19].

Assim, a partir da vigência da Lei nº 9.656/98, a ANS passou a impor às operadoras de planos privados de assistência à saúde, em relações aos contratos individuais e familiares, a necessidade de prévia autorização para reajustamentos das contraprestações pecuniárias, limitadas aos seguintes percentuais máximos:

Ano	Reajustes Autorizados (máximo)
2000	5.42%
2001	8.71%
2002	7.69%
2003	9.27%
Total Acumulado	**34.86%**

As operadoras-Rés obtiveram autorização para aplicação dos cinco índices percentuais acima mencionados (cfr. doc. anexo), que somados perfazem 34.86%. Os reajustes anunciados pelas Rés parecem desconsiderar completamente os índices autorizados pela ANS nos anos anteriores, ou pelo menos menciona-los, circunstância não verificada concretamente.

[19] Aqueles cujo financiamento se dê exclusivamente por recursos de seus beneficiários.

Ocorre que, em setembro de 2003, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 1931-8/DF MC), proposta pela Confederação Nacional de Saúde, suspendeu a eficácia do art. 35-E e seus parágrafos da Lei nº 9.656/98, que disciplinava os efeitos futuros dos contratos celebrados antes da vigência desse diploma legal.

Assim dispunha o referido art. 35-E, com a redação que lhe deu a MPV nº 2.177-44, de 24.8.2001:

> *Art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que:*
>
> *I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS;*
>
> *II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS;*
>
> *III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei;*
>
> *IV - é vedada a interrupção de internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente.*
>
> *§ 1º Os contratos anteriores à vigência desta Lei, que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, deverão ser adaptados, até 31 de outubro de 1999, para repactuação da cláusula de reajuste, observadas as seguintes disposições:*
>
> *I - a repactuação será garantida aos consumidores de que trata o parágrafo único do art. 15, para as mudanças de faixa etária ocorridas após a vigência desta Lei, e limitar-se-á à diluição da aplicação do reajuste anteriormente previsto, em reajustes parciais anuais, com adoção de percentual fixo que, aplicado a cada ano, permita atingir o reajuste integral no início do último ano da faixa etária considerada;*
>
> *II - para aplicação da fórmula de diluição, consideram-se de dez anos as faixas etárias que tenham sido estipuladas sem limite superior;*
>
> *III - a nova cláusula, contendo a fórmula de aplicação do reajuste, deverá ser encaminhada aos consumidores, juntamente com o boleto ou título de cobrança, com a demonstração do valor originalmente contratado, do valor repactuado e do percentual de reajuste anual fixo, esclarecendo, ainda, que o seu pagamento formalizará esta repactuação;*
>
> *IV - a cláusula original de reajuste deverá ter sido previamente submetida à ANS;*
>
> *V - na falta de aprovação prévia, a operadora, para que possa aplicar reajuste por faixa etária a consumidores com sessenta anos ou mais de idade e dez anos ou mais de contrato, deverá submeter à ANS as condições*

contratuais acompanhadas de nota técnica, para, uma vez aprovada a cláusula e o percentual de reajuste, adotar a diluição prevista neste parágrafo.

§ 2º ***Nos contratos individuais de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, independentemente da data de sua celebração, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS****.*

§ 3º O disposto no art. 35 desta Lei aplica-se sem prejuízo do estabelecido neste artigo.

(grifamos)

Percebe-se, a partir da análise dos destacados dispositivos legais, que os reajustes dos contratos individuais, celebrados antes da vigência da Lei nº 9.656/98, encontravam-se limitados, sujeitos à prévia aprovação da ANS. Com o advento da mencionada decisão do E. Supremo Tribunal Federal, as operadoras imaginaram um cenário de completa insubmissão dos contratos antigos aos ditames da Lei 9.656/98, em especial, quanto aos parâmetros de reajustamento traçado pela ANS e à necessidade de anterior autorização administrativa para respectiva aplicação.

Nesse contexto, as Operadoras-Rés pretendem retornar a incidência de cláusulas contratuais, referentes aos produtos abaixo indicados, contendo critérios de reajustamento abusivos, seja em face do excessivo valor arbitrado, quer em razão da absoluta impossibilidade de os consumidores avaliarem a correção do índice percentual definido. Com efeito, após envio aos seus consumidores das propostas de adaptação e migração, nos termos da Medida Provisória nº 148, de 15/12/2003, convertida na Lei 10.850, de 25/03/2004[20], comunicaram àqueles que não aderiram à medida a aplicação de reajuste na contraprestação pecuniária dos contratos firmados antes da vigência da Lei nº 9.656/98.

Nas cartas enviadas aos consumidores, as Requeridas justificam tais reajustes (1) no fato de os reajustes anuais – autorizados pelos órgãos governamentais competentes – aplicados nos últimos anos nos contratos antigos não se mostraram suficientes para fazer face aos custos crescentes com o atendimento médico-hospitalar; (2) na legitimidade do aludido aumento no valor da contraprestação pecuniária com base nas cláusulas definidas nos contratos e (3) em razão da referida decisão proferida pelo E. Supremo Tribunal Federal, na ADI MC nº 1931-8/DF. Os absurdos percentuais de aumento informados pelas ora Rés geraram várias demandas dos consumidores junto aos órgãos componentes da Diretoria de Fiscalização da ANS, sendo instaurado diversos processos administrativos, visando apurar a eventual abusividade dos reajustes das contraprestações pecuniárias devidas.

[20] Diploma legal que atribui competências à ANS e fixa as diretrizes a serem observadas na definição de normas para implantação de programas especiais de incentivo à adaptação de contratos anteriores à Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998.

DO ALCANCE DA DECISÃO CAUTELAR DO E. STF (ADIn 1931-8 DF)

Sabidamente, nos termos do § 1º do Art. 11, da Lei 9.868/99[21], que regula o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, as respectivas medidas cautelares são dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito *ex nunc*. Bem verdade que o Supremo Tribunal Federal pode conceder eficácia retroativa a tais decisões, **hipótese, todavia, não verificada na decisão da medida cautelar na ADIN nº 1931-8/DF**. Em outras palavras, a suspensão dos efeitos do Art. 35-E, e parágrafos, da Lei 9.656/98, iniciou-se com a publicação da decisão cautelar do E. STF no Diário Oficial da União[22], permanecendo intangidos tais dispositivos em relação ao lapso temporal anterior (início de vigência da lei → publicidade da decisão cautelar).

Logo, a decisão cautelar do E. Supremo Tribunal Federal, de caráter provisório e temporário, ao suspender a eficácia do art. 35-E, e seus parágrafos, da Lei nº 9.656/98, não têm o condão de afastar a incidência cogente desses dispositivos, em relação aos atos praticados antes de 03/09/2003. Portanto, todas as limitações de reajustes estabelecidas desde a criação da ANS revelam-se válidas, diante da manutenção dos efeitos do Art. 35-E e parágrafos pela mencionada decisão da Excelsa Corte.

No entanto, como adiante demonstraremos, as Rés pretendem fazer retroagir a correção dos valores das contraprestações pecuniárias – em alguns casos até 1994 - a períodos alcançados pelos efeitos dos destacados dispositivos legais, durante o qual vigia o regime da autorização prévia e limitação do índice de reajuste das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde.

Não bastasse a incidência dos indigitados comandos normativos, ainda que afastados, o reajustamento anunciado pelas Rés ainda teria de passar pelo exame de validade frente às disposições do Código de Defesa do Consumidor, aplicado subsidiariamente à Lei 9.656/98 (Art. 35-G), como expressamente reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião da decisão cautelar da ADIN 1931-8/DF[23]. No vertente caso, todavia, o cotejo entre as

---

[21] Lei nº 9.868/99: "Art. 11 *Omissis*
§ 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito *ex nunc*, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa."

[22] Mais precisamente, "pela publicação da ata da sessão de julgamento no Diário da Justiça da União, exceto em casos excepcionais a serem examinado pelo Presidente do Tribunal, de maneira a garantir a eficácia da decisão" (ADIn 711-AM (Questão de Ordem), Rel. Min. Néri da Silveira). No presente caso, a decisão da ADI MC 1931-8/DF constou da ata de julgamento publicada no DOU do dia **03/09/2003**.

[23] STF, Informativo nº 317 (agosto de 2003):

"Prosseguindo no mesmo julgamento, o Tribunal, entendendo caracterizada a aparente ofensa ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI), deferiu a cautelar para suspender a eficácia do art. 35-G, renumerado como 35-E pela Medida Provisória 2.177/2001, que estabelece a aplicação da Lei 9.656/98 a contratos celebrados anteriormente à data de sua vigência, ***ressaltando, no entanto, a possibilidade de***

cláusulas dos contratos apresentadas e os comandos insculpidos no CDC resulta num juízo negativo de validade. Senão, vejamos.

DA ABUSIVIDADE DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS REALACIONADAS AO REAJUSTE DAS CONTRAPRESTAÇÕES PECUNIÁRIAS

Como abaixo explicitado[24], percebe-se que os contratos em questão não trazem parâmetros mínimos que exponham, claramente, os critérios de cálculo relacionados aos reajustes anunciados. Confira-se:

- Operadora: BRADESCO SAÚDE S.A.

a) Produtos (nº)	:	001, 002, 003, 004, 005 e 006
Tipo de Plano	:	Saúde Bradesco
Nº de consumidores	:	92.425
Reajuste	:	81,61%

> *Cláusula 33ª o reajuste monetário das mensalidades terá por base a variação dos custos médico-hospitalares, observando-se o seguinte: a) as mensalidades terão reajuste mensal segundo a variação do Bônus do Tesouro Nacional (BTN) ou do índice que o substituir, constando dos documentos e pagamento valores expressos também em quantidade de BTN´s; b)além do reajuste previsto na línea a desta cláusula, nos meses de janeiro, abril, julho e outubro o valor das mensalidades será reajustado pela diferença entre a variação dos custos médico-hospitalares e a variação do Bônus do Tesouro Nacional (BTN). No mês de janeiro, a diferença será apurada considerando o trimestre de agosto a outubro imediatamente anterior e, nos meses de abril, julho e outubro, serão considerados respectivamente os trimestres anteriores de novembro a janeiro; de fevereiro a abril; e de maio a julho. Cláusula 34ª além dos casos previsto na cláusula 33ª, as mensalidades serão reajustadas, em*

incidência nos casos concretos do Código de Defesa do Consumidor ou de outras normas de proteção ao consumidor". (grifamos)

[24] Cfr. cópias dos contratos, em anexo.

qualquer época, quando houver mudança de faixa etária do Segurado ou de seus beneficiários dependentes; parágrafo único- as faixas etárias de que trata a presente cláusula são as seguintes: segurados: até 59 anos, de 60 a 69 anos, maior de 70 anos. Dependentes menores de 18 anos, de 18 a 59 anos, de 60 a 69 anos, maiores de 70 anos.

b)	Produtos (nº)	:	007 a 037 e 043 a 046
	Tipo de Plano	:	Saúde Bradesco
	Nº de consumidores	:	168.847
	Reajuste	:	entre 44,66% e 81,61%

Cláusula 15.1 O reajuste monetário das mensalidades terá por base a variação dos custos e médicos e hospitalares, segundo índice setorial de preços elaborado por instituição externa idônea. Adicionalmente, caso a aplicação continuada do referido índice setorial provoque a ocorrência de déficit técnico nas operações do seguro, será elaborado índice substitutivo para medir a variação dos custos médicos e hospitalares com base na carteira específica da Seguradora, a partir de dados e critérios técnicos periciados e aprovados por auditor independente, credenciado pelo Poder Público;

15.1.1 A periodicidade de reajuste do prêmio dos seguro é mensal;

15.1.2. Os critérios constantes desta cláusula serão, também, aplicados para efeito de reajuste do CRS, que será atualizados pela variação dos custos médicos;

c)	Produtos (nº)	:	038 a 042
	Tipo de Plano	:	Seguro saúde Global
	Nº de consumidores	:	4.227
	Reajuste	:	18,89%

11.1. A atualização monetária do prêmio terá por base a variação dos custos médico-hospitalares, segundo índices auditados por instituição externa idônea.

> *12. REVISÃO TÉCNICA DO PRÊMIO*
>
> *12.1. Caso a aplicação continuada dos índices de atualização monetária, citados na cláusula anterior, não evite a ocorrência de déficit técnico nas operações do seguro, a Seguradora solicitará à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), ou a outro órgão público que a substitua, a aplicação de percentual de reajuste nos prêmios, com vistas à manutenção do equilíbrio técnico-atuarial da carteira.*

Pode-se depreender, pela análise das três cláusulas acima transcritas, que os critérios de reajuste das contraprestações pecuniárias encontram-se, na prática, indefinidos para os consumidores.

Com efeito, quanto ao critério descrito na alínea *a)*, embora o reajuste baseie-se na aplicação do Bônus do Tesouro Nacional (BTN), diante da possibilidade de complementação da variação dos custos médico-hospitalares, quando superiores à variação do BTN, torna-se quase que sem efeito a aplicação do referido índice.

Em relação ao critério previsto na alínea *b)*, estabelece-se o reajuste conforme índice setorial de instituição externa idônea, à livre escolha da seguradora. Todavia, prevê-se, ainda, reajuste técnico aplicável após aprovação do órgão regulador.

Por fim, o reajuste encontrado na alínea *c)*, menciona índice setorial auditado por instituição externa (ex. Price, KPMG etc.), também à escolha da seguradora, acrescido, caso existente déficit técnico, de reajuste técnico, aplicado após aprovação do órgão regulador[25]. Neste caso, também se verifica considerável grau de incerteza, na medida que somente o reajuste técnico depende de aprovação prévia do órgão regulador competente. Os termos contratuais, desta forma, não restam claros aos consumidores, que não têm conhecimento prévio do critério de variação das contraprestações pecuniária, definida unilateralmente pela operadora, através de "instituição externa idônea" de sua livre escolha.

Em resumo, o reajustamento ancorado na variação dos custos médico-hospitalares, na forma definida nas supramencionadas cláusulas contidas nos contratos da BRADESCO SAÚDE S.A., não permite aos consumidores a exata mensuração dos índices percentuais definidos, tornando-os abusivos, face à onerosidade excessiva decorrentemente imposta.

Demais disso, em relação a tal Operadora, tomando por base as informações e justificativas de reajustamento, decorrentes da requisição administrativa de documentos[26], percebe-se que o critério de reajuste aplicado considerou variação de custos, alegadas, mas não demonstradas, **ocorridas nos últimos 10 anos !!** Em outras palavras, a base de cálculo da

[25] Não mais a SUSEP mas, sim, a ANS, sucessora da regulação das empresas seguradoras de saúde.
[26] Cfr. nos processos administrativos, em anexo.

correção não se restringiu ao período 2003/2004, em flagrante contrariedade ao disposto pelo Art. 28 da Lei 9.069/95[27].

Lembre-se que as operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem efetuar o reajuste cumulativo referente a 02/01/99 a 03/09/2003, haja vista ter a referida decisão do Supremo Tribunal Federal efeito *ex nunc* e não *ex tunc.*

- Operadora: ITAUSEG SAÚDE S.A.

a) Produtos (nº)	:	12/83, 07/84 e 04/87
Tipo de Plano	:	HOSPITAU Individual nos segmentos ambulatorial e hospitalar
Nº de consumidores	:	21.178
Reajuste	:	85,1%

1 - Cláusula de URS (Unidade de Reembolso de Seguro Itaú)

URS ITAÚ é a unidade monetária aplicável aos cálculos de reembolso de honorários médicos, cujo valor em cruzados é aquele vigente na data da prestação do serviço médico. 1.1 – O valor da URS ITAÚ será reavaliado semestralmente, com base na variação dos custos médico-hospitalares, conforme a experiência estatística permanentemente observada pela Seguradora.

Desde que seja constada a necessidade, o novo valor da URS ITAÚ entrará em vigor a partir do 1o dia do mês de janeiro ou julho imediatamente mais próximo, caso não haja impedimento legal para a aplicação da correspondente atualização de prêmios prevista na alínea 'b' do subitem 2.2 da Cláusula de Prêmio. 1.2 – O valor de reembolso de honorários médicos será calculado com base na Tabela de Honorários Médico-Hospitalares para Seguro de Reembolso, adotada pela Resolução no 07/84 do Conselho Nacional de Seguros Privados, que define para cada procedimento médico a quantidade de URS aplicável, considerando-se, ainda, o múltiplo estabelecido no plano contratado.

2 – Cláusula de Prêmio

2.1 – O prêmio deste seguro tem seu valor fixado em função da experiência estatística permanentemente observada pela Seguradora e depende também da faixa etária do segurado e dos seus dependentes na data de cada

[27] Art. 28. Nos contratos celebrados ou convertidos em REAL com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, a periodicidade de aplicação dessas cláusulas será anual.

> *renovação da apólice e posteriores alterações feitas a seu pedido. 2.2 – No caso de pagamento mensal, pode haver as seguintes alterações: em cada renovação, o valor a ser cobrado será o da tabela que estiver em vigor na época, conforme subitem 2.1 supra; na semestralidade desta apólice, seu prêmio mensal, respeitadas as disposições legais em vigor, será alterado na mesma época (janeiro e julho e na mesma proporção da variação do valor da URS ITAÚ; excepcionalmente, no caso de fatores incontroláveis provocarem aumentos dos custos médicos e/ou hospitalares em valor ou com freqüência que acarretem desequilíbrio entre as receitas e as despesas, a Seguradora poderá, ressalvadas as disposições legais em vigor, proceder reajustes também nos meses de abril e outubro, desde que, para isso, receba a aprovação prévia da SUSEP.*

A cláusula de reajuste supra foi estabelecida antes do CDC, em conformidade com as regras ditadas pelo CNSP/SUSEP (Resolução 07/84 e reajuste técnico aprovado). No entanto, o reajuste aplicado pela Seguradora (47%) baseou-se em critério diverso do estabelecido no contrato, pois o critério foi exclusivamente o do índice de sinistralidade[28] (sinistro ÷ prêmio) por ela considerado desejável.

De fato, não bastasse a inaplicabilidade da disposição contratualmente estabelecida, mais uma vez face à indefinição de parâmetros precisos, a Operadora-Ré deixa clara, ao justificar o reajuste do prêmio em 85,1%[29], a adoção de critérios outros de reajuste que não aqueles previstos contratualmente (demonstração da diferença existente entre *sinistro* e *prêmio* - 140% -, com indicação do percentual para a relação desejada - 88%).

- Operadora: SULAMÉRICA.

a) Produtos (nº)	:	102, 103, 302 e 303
Tipo de Plano	:	Individual Global Tradicional sem tipo e AIDS
Nº de consumidores	:	77.815
Reajuste	:	47%

> *13. CÁLCULO E REAJUSTE DOS PRÊMIOS MENSAIS*
>
> *13.1 - O prêmio, indicado na Tabela de Prêmios anexa, de acordo com a Opção de Cobertura contratada, será estabelecido mensalmente com base na quantidade de US constante na referida Tabela de Prêmios, para a faixa etária em que se encontrar o Segurado. O Prêmio inicial será convertido em cruzeiros pelo valor da US em vigor no dia da assinatura da Proposta, e será*

[28] Tal critério também revela-se abusivo. Neste sentido, abaixo, comenta DEMOCRITO REINALDO FILHO.
[29] Vide informações administrativas anexas.

atualizado no primeiro dia de cada mês subsequente, e assim sucessivamente, de acordo com o item 14.1.

13.1.1 - Os Prêmios, do segundo em diante, para os seguros cujas propostas tenham sido assinadas na primeira quinzena do mês, vencer-se-ão sempre no primeiro dia de cada mês, a partir do mês subsequente aquele em que se verificou o pagamento do primeiro Prêmio, podendo o segurado, não obstante, efetuar o seu pagamento até o dia 15 do mesmo mês do vencimento, pelo respectivo valor no primeiro dia do mês, devidamente atualizado com base na variação da Taxa Referencial Diária ou de outro índice diário equivalente que a venha substituir. Após esse prazo, aplicar-se-à o previsto nos itens 16.3. a 16.6

(...)

13.3 – A Tabela de Prêmios prevista neste ítem terá a sua correspondência em Unidade de Serviço reavaliada e, se for o caso, reajustada periodicamente, de acordo com os critérios técnico-atuariais de reavaliação de Prêmio deste Seguro, reconhecidos ou aprovados pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

14 – REAJUSTE DO VALOR DA UNIDADE DE SERVIÇO

14.1 – O valor inicial da Unidade de Serviço, válido na data da assinatura da proposta será reajustado mensalmente, de acordo com a fórmula aprovada pelo Departamento de Abastecimento de Preço (DAP) do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento ou, na sua ausência, pelo critério de atualização da(s) tabela(s) de uso aprovado para o seguro-saúde pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP).

14.2 – Na falta dos critérios previstos no subitem 14.1, a Unidade de Serviço será mensalmente reajustada, de acordo com as variações dos custos apurados pelos índices setoriais correspondentes a custos de diárias e taxas hospitalares, materiais médicos e medicamentos, consultas médicas e procedimentos médicos de diagnóstico e terapia, devidamente verificados por auditor independente.

14.3 – A Seguradora verificará mensalmente a variação dos custos médicos comparativamente à variação da US prevista na fórmula constante do subitem anterior. Caso a variação efetiva daqueles custos seja superior a resultante da aplicação da fórmula prevista neste item, essa variação adicional será refletida nos Prêmios.

15 – ALTERAÇÕES DA TABELA SUL AMÉRICA SAÚDE

15.1 – Eventuais alterações do número de Unidades e Serviço correspondentes a procedimentos médicos e/ou serviços auxiliares de diagnóstico ou terapia constantes da tabela aplicável na forma destas Condições Gerais, decorrentes de variações específicas dos custos efetivos de tais procedimentos ou serviços auxiliares ou a inclusão de novos procedimentos médicos ou serviços, implicarão no aumento do número de Unidades de Serviço correspondentes a tais procedimentos ou serviços, com o reajuste do valor do

Prêmio de acordo com o acréscimo dos custos para a Seguradora verificado por auditor independente.

b) Produtos (nº)	:	101 e 301
Tipo de Plano	:	Individual Global Tradicional com tipo
Nº de consumidores	:	94.998
Reajuste	:	47%
Índice	:	BTN (podendo ser substituído por outro oficial ou à escolha da seguradora) e variação do Coeficiente de Honorário

15.3. Os Prêmios mensais expressos em US serão convertidos em cruzeiros e depois transformados em BTN Fiscal, tomando-se como base as datas em que passaram a vigorar os valores em cruzeiros da US vigentes nas respectivas datas previstas para o pagamento do seguro. 15.3.1 - Na eventualidade de ser extinto o BTN Fiscal, os prêmios mensais expressos em US serão convertidos em cruzeiros e depois transformados através de indicador oficial a ser estabelecido em sua substituição ou por outro que venha a ser estabelecido pela Seguradora. 15.4 - Os prêmios expressos em US, serão reajustados na mesma época e proporção em que for reajustado o Coeficiente de Honorário (CH) estipulado pela Associação Médica Brasileira - AMB. 15.4.1 - Independentemente do reajustamento acima, semestralmente, ou antes, por força dos aumentos dos custos médicos e/ou hospitalares, a Seguradora poderá efetuar o recalculo do prêmio mensal, cobrando do segurado, a partir do mês subsequente a esse procedimento, o prêmio mensal resultante.

O demonstrativo encaminhado administrativamente[30] pela Operadora-Ré demonstra que os critérios de reajuste não são os mesmos constantes do contrato, considerando-se, apenas, a relação atual existente entre prêmio e sinistro, a partir de método de cálculo por ela unilateralmente arbitrado, sem a anuência do órgão regulador.

c) Produtos (nº)	:	312, 313, 314, 318, 612 e 613
Tipo de Plano	:	Individual Global Tradicional com tipo e com AIDS
Nº de consumidores	:	207.942

[30] Anexo.

Reajuste : 47%

16. CÁLCULO DO PRÊMIO MENSAL

16.1. O prêmio mensal de cada segurado será calculado em quantidade de US, conforme a tabela indicada no item 15, considerando-se o plano escolhido e a respectiva idade do segurado no mês a que se refere a cobertura. 16.2. As faixas etárias de que trata este seguro estão demonstradas na tabela do item 15 e, sempre que ocorrer alteração na idade do segurado que signifique deslocamento para outra faixa etária, a quantidade de US, para efeito do cálculo do prêmio mensal, será aquela correspondente à nova faixa etária , a partir do mês em que o segurado fizer aniversário.

16.3. A partir do mês em que o segurado venha a completar 72 anos de idade, inclusive, seu prêmio passará a ter aumentos anuais cumulativos de 55, calculados sobre a quantidade de US, aumentos estes que serão sempre efetuados nos respectivos meses de aniversário de nascimento do segurado.

16.4. Periodicamente, a Tabela de Prêmios será recalculada dentro de critérios técnico-atuariais de análise de risco, e sempre que houver necessidade de reajuste, estes só serão efetivados depois de aprovados pela SUSEP e serão aplicados às apólices em vigor nos meses dos seus respectivos aniversários.

17. REAJUSTE DO VALOR DA UNIDADE DE SERVIÇO.

O valor inicial da US, válido na data da assinatura da proposta de Seguro, será reajustado de acordo com a variação dos custos médico-hospitalares, a ser apurada mediante a aplicação da seguinte fórmula (equação adotada pelo Ministério da economia, fazenda e Planejamento, para a apuração do Índice Setorial, durante a vigência da portaria nº110, de 1/8/1991), ou outra que venha substituí-la, observando-se ainda a legislação vigente à época e a aprovação prévia da SUSEP.

A aplicação do reajuste, nos termos contratuais, só poderia ser efetivada "depois de aprovados pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP", órgão regulador à época[31]. Entretanto, ao considerar, nos critérios de cálculo arbitrados, a diferença de percentuais não autorizados, a ora Ré desrespeitou a legislação então vigente e o próprio contrato.

d) Produtos (nº) : 830 e 834
Tipo de Plano : Plano Família–Saúde Bamerindus

[31] Com o advento da Lei 10.185 (Seguradoras Especializadas), a ANS passou a ter a competência para regular tais seguradoras, inclusive quanto a reajustes.

Nº de consumidores : 151
Reajuste : 47%
Índice : BTN (podendo ser substituído por outro oficial ou à escolha da seguradora) e variação do Coeficiente de Honorário

15. As importâncias seguradas e prêmios mensais serão atualizados de forma automática, pela variação do Índice Diário da Taxa Referencial (IDTR). Na eventualidade de ser extinto o IDTR, as importâncias seguradas e prêmios serão atualizados através de indicador oficial a ser estabelecido em sua substituição pela SUSEP.

e) Produtos (nº) : 831 e 833

Tipo de Plano : Saúde Bamerindus Pessoa Física

Nº de consumidores : 3.881

Reajuste : 47%

31. A atualização dos valores de prêmios e de reembolso/pagamentos terão por base a variação do Coeficiente de Honorários (CH).

Caso não seja possível a aplicação do índice de variação do CH até o dia de vencimento do prêmio mensal, a diferença será objeto de cobrança, mediante acréscimo ao prêmio do mês subsequente.

Adicionalmente, caso a aplicação continuada do referido índice provoque a ocorrência de déficit técnico nas operações do seguro, será elaborado índice substitutivo para medir a variação dos custos médico-hospitalares com base na carteira específica da seguradora, a partir de dados e critérios técnicos periciados e aprovados por auditor independente, considerando-se inclusive, variações de preços de materiais e medicamentos, bem como eventuais alterações de quantidades de CH, correspondentes a procedimentos médicos ou serviços hospitalares constantes respectivamente na Tabela de Honorários Saúde Bamerindus ou Tabela de Serviços Hospitalares Bamerindus, decorrentes de variações específicas dos custos efetivos ou inclusão de novos procedimentos médicos ou serviços hospitalares".

Não há clareza em relação ao índice aplicável (se tem por base o reajuste do Coeficiente de Honorários ou os custos médicos-hospitalares), não permitindo, com isto, aos consumidores o conhecimento prévio do critério para a variação da contraprestação pecuniária, definido, de forma unilateral pela Operadora.

f) Produtos (nº) : 836

Tipo de Plano	:	Seguro Saúde Individual/Familiar com seguro de acidentes pessoais
Nº de consumidores	:	3
Reajuste	:	47%

34.1 - A atualização dos valores de prêmios será efetuada anualmente, no mês de aniversário do seguro do segurado titular, com base no índice das variações dos custos correspondentes às diárias e taxas hospitalares, materiais e medicamentos, honorários médicos, e procedimentos de diagnose e Terapia, devidamente auditado por empresa de auditoria independente e previamente aprovado pela SUSEP. O critério de atualização previsto neste subitem poderá ter periodicidade inferior a um ano desde que haja autorização do órgão governamental competente.

34.2 – Adicionalmente, caso a aplicação continuada do índice mencionado no subitem 34.1, provoque ocorrência de déficit técnico nas operações do seguro, será elaborado índice substitutivo para medir a variação dos custos médicos-hospitalares com base na carteira específica da Seguradora, a partir de dados e critérios técnicos periciados e aprovados por auditor independente e aprovação da SUSEP.

34.3 - A atualização dos valores de reembolso-pagamento terão por base a variação do CH- coeficiente de honorários.

Da mesma forma que no reajustamento acima exposto (alínea *e*), não se tem claramente definido contratualmente o critério para a variação da contraprestação pecuniária devida, impedindo os consumidores de conhecerem, de forma prévia, os termos do correspondente aumento.

Demais disso, em todos os aumentos impostos pela Operadora-Ré (SUL AMÉRICA), tendo em conta as informações e justificativas de reajustamento, requisitadas administrativamente, percebe-se que o critério de reajuste aplicado não se restringiu ao período 2003/2004.

DA AFRONTA AOS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DA APLICABILIDADE DOS ÍNDICES ESTABELECIDOS PELA ANS.

A partir da análise das cláusulas contratuais acima transcritas, verifica-se que os índices percentuais informados são abusivos, na medida da inexistência de critérios

precisos de reajustamentos, impossibilitando aos consumidores, na prática, o exame da validade da respectiva aplicação, bem como, da tentativa de corrigir valores, **em tese**[32], defasados a mais de 1 (um) ano, de forma excessivamente onerosa para os consumidores.Observa-se, desta maneira, cometimento pelas Rés de diversas práticas abusivas, à luz do dispostos nos seguintes artigos do CDC:

> ***Lei 8.078/90***
>
> ***Art. 39.*** *É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:*
>
> *V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;*
>
> .....
>
> *X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.*
>
> .....
>
> *XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.'*
>
> ...
>
> ***Art. 51.*** *São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:*
>
> .....
>
> *IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a eqüidade;*
>
> .....
>
> *X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;*
>
> .....
>
> *XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;*
>
> .....
>
> *§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:*
>
> *I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;*
>
> .....
>
> *III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.*

[32] Repita-se: as Rés obtiveram autorização para aplicarem reajustes nos anos anteriores (2000/2003), totalizando correção das contraprestações pecuniárias em 34,86%.

A mera comunicação aos consumidores do índice de reajuste, sem a clara demonstração dos critérios utilizados para a definição do percentual adotado, refletidos na variação da quantia a ser paga, ofende o princípio da transparência, assim estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor:

> ***Art. 4º. A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade,*** *saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida,* ***bem como a transparência*** *e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:*
> *(...)*
> ***Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações*** *corretas,* ***claras****, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.*

Conclui-se, outrossim, que as Operadoras-Rés não agiram de modo a resguardar a efetiva e imperiosa harmonia entre os interesses dos contratantes nas relações de consumo, valendo-se da hipossuficiência presumida dos consumidores para impor-lhes um excessivo ônus, desatendendo o princípio da boa-fé objetiva[33]. Nesse diapasão, oportunamente, leciona CLÁUDIA LIMA MARQUES[34]:

> *"Boa-fé significa uma atuação refletida, atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, seus direitos, respeitando os fins do contrato, agindo com lealdade, sem abuso da posição contratual, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, com cuidado para com a pessoa e o patrimônio do parceiro, cooperando para atingir o fim das obrigações, isto é, o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses legítimos de ambos os parceiros. Trata-se de uma boa-fé objetiva, um paradigma de conduta leal, e não apenas da boa-fé subjetiva, conhecida regra de conduta subjetiva do art. 1444 do CCB. Boa-fé objetiva é um standart de comportamento leal, com base na confiança despertada na outra parte*

[33] CDC. *Art. 4º (Omissis)*

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), ***sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores****;"*

[34] Revista de Direito do Consumidor nº 20, pág. 71.

contratante, respeitando suas expectativas legítimas e contribindo para a segurança das relações negociais(grifos nossos)".

A obscuridade das cláusulas contratuais em exame tornam as regras ali estabelecidas uma grande incógnita para o consumidor, que, não por acaso, encontra-se surpreso e estupefato com os aumentos das mensalidades de seus planos de saúde, conforme demonstra a cobertura quase diária, ofertada pelos grandes veículos de comunicação.

Se determinada cláusula, por demasiadamente imprecisa, não é capaz de conferir a um dos contratantes a segurança jurídica necessária, não pode ser considerada, validamente, uma regra entre as partes. Acerca do tema, DEMÓCRITO REINALDO FILHO[35] comenta:

> *"A validade desse tipo de cláusula pode ser contestada diante de normas superiores de proteção ao consumidor. Como já expusemos acima, o contrato (plano) de prestação de serviços de saúde, ainda que contratado de forma coletiva, por meio da intermediação de empresa que participa diretamente da negociação em favor de seus empregados ou associados, inclui-se na categoria dos contratos de consumo e, assim, está submetido ao regramento maior do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Ainda que a agência reguladora que tem o papel de fiscalizar a atuação das operadoras de planos e seguros-saúde – a ANS – não tenha regulado estritamente a forma de reajuste desses contratos, eles não podem ser negociados ao arrepio da legislação e dos princípios de proteção do consumidor.*
>
> *Nesse sentido, a cláusula que permite o reajuste do prêmio em razão da sinistralidade viola a disposição contida no inc. X do art. 51 do CDC, que impede o fornecedor de reajustar unilateralmente os preços (as mensalidades) dos seus serviços. Com efeito, ao submeter o reajuste a fórmula de variação que não permite, ao segurado (consumidor), saber de antemão os seus ônus contratuais, a cláusula é atingida pela mácula da abusividade. É imprescindível que qualquer aumento contratualmente previsto seja veiculado através de fórmula claramente definida, de sorte a fornecer antecipadamente ao contratante que suporta a majoração dos valores uma perfeita noção dos ônus que lhe serão carreados em cada etapa contratual. Limitando-se simplesmente a remeter a fórmula, cujo resultado depende de dados elaborados e manipulados unilateralmente pela operadora, sem prévia definição do percentual do aumento, indiretamente entrega-se ao fornecedor (segurador) o poder de variação do preço contratual, sendo nula de pleno direito tal estipulação, nos termos do art. 51, X, do CDC.*

[35] *In "A natureza jurídica do plano de saúde coletivo. Sua repercussão em termos de abusividade da cláusula que permite o reajuste por sinistralidade".* Página virtual *JUS NAVIGANDI* (http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5424).

Sobre a cláusula que permite uma revisão unilateral dos preços contratados, em caso de aumento nos preços dos insumos e serviços dos setores relacionados com os serviços objeto de contrato de prestação de serviços de saúde, já tinha assim me manifestado em sede doutrinária:

"A revisão do contrato, quando circunstâncias supervenientes altera a situação inicial de equilíbrio, é direito de qualquer uma das partes, daí porque pode o fornecedor (segurador) perseguir esse direito em juízo, quando ocorre uma excessiva onerosidade em função da variação dos custos iniciais. Havendo elevado aumento nos preços dos produtos e serviços médico-hospitalares, em decorrência de circunstâncias imprevisíveis que provocam alterações profundas em alguns setores da economia relacionados com a prestação de assistência à saúde, onerando em demasia as obrigações contratuais inicialmente assumidas pelo fornecedor, pode este perfeitamente invocar a cláusula rebus sic stantibus e pedir a revisão judicial do contrato.

***O que não pode, no entanto, é prever potencialmente para si o direito de alteração contratual de forma unilateral, na hipótese de variação dos elementos que influenciam os custos de manutenção da prestação dos serviços assumidos**. Essa revisão contratual só pode ser feita em juízo, onde o fornecedor tem de comprovar a quantidade do aumento, para proporcionar ao julgador proceder a uma justa e proporcional majoração das mensalidades. Caso contrário, fica o fornecedor com o poder de apreciar unilateralmente a variação dos custos e decidir, a seu talante, o montante da majoração a ser imprimida ao contrato"*[36]. ...

*Isso não significa concluir que os contratos de plano de saúde coletivo não possam conter mecanismos de reajustes periódicos. Como qualquer outro contrato de consumo, pode conter cláusula de reajuste, mas **desde que o faça de maneira clara**, **permitindo aos demais contraentes uma perfeita noção dos percentuais de aumento que lhe serão impostos ao longo da sua execução**. Sem essa completa e antecipada definição dos deveres e ônus contratuais assumidos, o segurado (consumidor) é colocado em situação de completa submissão diante do fornecedor (operadora do plano)".*

(o grifo não consta do texto original)

A existência de cláusulas de reajuste por variação de custos, **sem especificação do índice a ser utilizado ou omissos quanto ao critério de apuração e demonstração das variações consideradas no cálculo respectivo, impõe a desconsideração das mesmas, à luz da aplicação subsidiária do**

[36] *in* "A NATUREZA JURÍDICA DO PLANO DE SAÚDE COLETIVO - sua repercussão em termos de abusividade da cláusula que permite o reajuste por sinistralidade", artigo publicado na página virtual INFOJUS, no endereço eletrônico http://www.infojus.com.br/webnews/noticia.php?id_noticia=2260&, em 22.06.04.

CDC, tornando, de outro modo, imperiosa a aplicação do percentual estipulado por esta Agência Reguladora. Tal entendimento encontra-se delineado na Súmula Normativa nº 5/03 da ANS. Confira-se:

> *"Os contratos individuais de planos privados de assistência à saúde celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998,* ***cujas cláusulas não indiquem expressamente o índice de preços a ser utilizado para reajustes das contraprestações pecuniárias e sejam omissos quanto ao critério de apuração e demonstração das variações consideradas no cálculo do reajuste, deverão adotar o percentual de variação divulgado pela ANS e apurado de acordo com a metodologia e as diretrizes submetidas ao Ministério da Fazenda."*** (grifo nosso)

Em resumo, temos, de um lado, a invalidade e decorrente inaplicação das abusivas cláusulas contratuais citadas; de outro, a competência da Agência Reguladora para autorizar os reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, assim como, monitorar a evolução dos preços destes planos, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos (Art. 4º, XVII e XXI, da Lei 9.961/2000). A conjugação desses elementos deságua na necessidade de adoção, como critério corretivo dos valores em exame, do percentual definido na Resolução Normativa nº 74/2004, de 07 de maio de 2004, fixado em 11,75% (onze inteiros e setenta e cinco centésimos por cento).

Essa orientação, aliás, foi cristalizada pela própria RN n º 74/2004, estabelecendo os critérios para reajuste das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência suplementar à saúde (data-base 2003/2004), nestes termos:

> *Art 3º. Os contratos individuais de planos privados de assistência à* ***saúde celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656****, cujas cláusulas não indiquem expressamente o índice a ser utilizado para reajustes das contraprestações pecuniárias e sejam omissos quanto ao critério de apuração e demonstração das variações consideradas no cálculo do reajuste,* ***deverão adotar o percentual limitado ao reajuste estipulado nesta Resolução****.*
>
> *Art. 4º. O reajuste máximo a ser autorizado pela ANS para o período de que trata esta resolução será de* ***11,75% (onze inteiros e setenta e cinco centésimos por cento)****.*

A esta altura, por todo o exposto, já não restam dúvidas que os reajustes aplicados pelas Operadoras-Rés decorrem de previsões contratuais iníquas, fazendo com que as previsões ali contidas padecem, desde seu nascimento, do vício insanável da ilegalidade [37]. Por

[37] Em idêntico e preciso sentido, ao apreciar a questão, manifestou-se o Departamento de Proteção ao Consumidor, órgão da Secretaria de Direito Econômico, vinculado ao Ministério da Justiça. Confira-se:

"O cerne da questão se situa no desequilíbrio de forças expresso nas cláusulas, que traduzem a falta de precisão, objetividade e clareza nos critérios da incidência desses reajustes, aplicados isolada ou cumulativamente.

...

Ora, o contrato pode até ser aleatório, mas a álea não pode se concentrar na contraprestação do consumidor.

...

Ou seja, o contrato de plano de saúde pode conter mecanismos de reajustes periódicos, mas desde que o faça de maneira clara, permitindo aos contraentes a mínima previsibilidade dos riscos e ônus a que está sujeito. Por se tratar de um contrato de adesão, a regra a ser aplicada reforça a necessidade de clareza na redação de suas cláusulas, que permitam a imediata e prévia compreensão de seu conteúdo e alcance.

...

Reforçando a tutela do direito do consumidor à adequada informação e resguardando a obrigação de lealdade e transparência, o CDC estabelece a ineficácia de disposições que retirem da parte vulnerável a possibilidade de ampla e prévia compreensão de seu alcance e sentido.

...

Especificamente em relação às cláusulas em análise, vários dispositivos demonstram a não estipulação de critérios objetivos, ficando a apuração dos mesmos sujeita aos interesses particulares e exclusivos das operadoras, sem qualquer possibilidade de acesso e conferência pelo consumidor.

...

Como visto, a unilateralidade de critérios é marcante. Não existe a individualização dos percentuais ou de aspectos efetivamente objetivos a serem observados para o reajuste das mensalidades. Ademais, percebe-se que qualquer despesa pode ser considerada como aumento de custo para fim de reajuste de mensalidade. O consumidor não só fica fadado a arcar com os custos hospitalares mesmo sem usá-los, quanto pode estar financiando a própria expansão da empresa.

...

As cláusulas contratuais objeto das reclamações dos consumidores e que estabelecem o repasse de custos, sem detalhar previamente os critérios e aspectos objetivos a serem observados, excedem os limites impostos pela boa-fé, finalidade econômica e social específica de negócios dessa natureza, que tratam de bens dos mais relevantes ao cidadão: a vida e a saúde.

...

Como visto, cláusulas que permitem reajustes como os anunciados, alguns ultrapassando o significativo percentual de 80% (oitenta porcento), têm caráter excludente, pois excedem manifestamente qualquer limite imposto pela função social de um contrato de assistência à saúde, considerando que representam patamar bem superiores ao índice setorial máximo fixado pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar para o corrente ano.

...

Esses excludentes índices, ora superiores a 80% (oitenta porcento), exacerbam os limites impostos pela inconfundível função social de contratos de assistência à saúde, vulnerando o princípio da boa-fé objetiva, que estabelece a obrigatoriedade de uma atuação pensando no parceiro contratual, mediante um dever de conduta compromissado com a cooperação.

...

O repasse de custos supostamente fundado na necessidade de reequilibrar economicamente o contrato não pode significar a ruína da parte contrária.

...

Entrementes, os limites de reajustes impostos aos planos individuais anteriores à Lei n.° 9.656/98 foram legais e não podem servir de justificativa para qualquer índice que se pretenda aplicar atualmente, considerando que a decisão cautelar proferida pelo STF tem efeitos ex nunc, nos termos da Lei 9.868/99, art. 11, § 1º, vale dizer, todos os atos praticados sob a égide do hoje suspenso art. 35-E da Lei de Planos de Saúde são válidos e os seus efeitos devem ser preservados.

...

tal razão que, presentemente, vem-se a Juízo em busca de provimento jurisdicional que impeça a aplicação dos aludidos termos contratuais, determinando-se, por outro lado, a adoção do índice percentual de 11,75% (onze inteiros e setenta e cinco centésimos por cento), definido pela ANS, através da Resolução Normativa 74, de 07 de maio de 2004, para o reajustamento devido na data-base 2003/2004, nos termos do art. 4º do inciso XVII e XXI, da Lei nº 9.961/00.

V) CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pode-se afirmar definitivamente:

1) são legitimadas a União e a ANS para a propositura da vertente ação civil pública, tendo em vista sua finalidade institucional de promover a defesa do interesse público dos consumidores (artigo 82 da Lei 8.078/90) na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores (art. 3o da Lei no 9.9961/00), bem como, a expressa previsão de competências, constantes dos diplomas legais concernentes à regulação desse setor, que garantem aos consumidores, como parte integrante do sistema regulado por esta Autarquia, a tutela mediata de seus interesses, através inclusive da aplicação subsidiária das disposições do Código de defesa do Consumidor (art. 35-G da Lei 9.656/98);

2) a decisão do E. Supremo Tribunal Federal, em sede cautelar, na ADIN 1931-8, publicada no D.J. de 03/09/2003, que suspendeu a eficácia do Art. 35-E da Lei 9.656/98, possui efeitos *ex nunc*, revelando-se válidos todos os atos anteriormente praticados pela ANS com base nesse dispositivo legal, notadamente, as limitações de reajustes das contraprestações pecuniárias impostas pelas mencionadas Resoluções Normativas;

3) permanece inatacável o poder-dever conferido à União e à ANS, por sua legislação específica, de zelar pela fiel observância das regras subsidiárias encartadas no CDC;

Em suma, a decisão do STF não permite o repasse de custos eventualmente não realizados de 1º de janeiro de 1999 até 03 de setembro de 2003. Reajustes retroativos considerando uma suposta defasagem nesse período correspondem a um atentado à decisão judicial, bem como vulneram a Lei 9.868/99.

…

Diante do exposto, conclui-se pela abusividade das cláusulas em análise, por permitirem a alteração unilateral dos valores cobrados dos consumidores, com a incidência de reajustes excessivamente onerosos, recompondo uma expectativa de lucro não realizado no passado. (grifamos)

Nota retirada do endereço eletrônico do Ministério da Justiça: www.mj.gov.br/DPDC/pdf/Nota%20reajustes%20dos%20planos%20-%20Sinistralidade%20final.pdf

4) a abusividade das cláusulas contratuais contidas nos contratos das operadoras de planos privados de assistência à de saúde, celebrados antes do início da vigência da Lei 9.656/98, em virtude da inexistência de critérios de reajustamentos claros, impossibilitando aos consumidores o exame da validade da aplicação do índice percentual imposto.

VI) DO PEDIDO

Por todo o exposto, requer-se:

a) a citação das rés para, querendo, contestar a presente ação;

b) o reconhecimento, **com efeitos em âmbito nacional**, da procedência dos pedidos para (b.1) declarar a invalidade das cláusulas de reajuste, relativas aos produtos supramencionados, previstas nos contratos das Operadoras-Rés, anteriores à vigência da Lei nº 9.656/98; bem como, (b.2) condenar as Rés, impondo às mesmas a adoção dos procedimentos administrativos de autorização prévia de reajuste das contraprestações pecuniárias relativas ao ano-base 2003/2004, nos termos da Resolução Normativa nº 74, de 07 de maio de 2004, limitado ao índice percentual 11,75% (onze inteiros e setenta e cinco centésimos por cento), sob pena de imposição de multa diária.

c) a intimação do Ministério Público Federal (art. 5º, parágrafo 1º da Lei 7.347/85).

Protesta-se provar o alegado por todos os meios de provas admitidas em direito, sem qualquer exceção, especialmente prova documental, perícia técnica, prova testemunhal, depoimento pessoal dos representantes legais das ora Rés e outras que se mostrarem necessárias ao longo da instrução.

Dá-se à causa o valor de R$ 20.000 (vinte mil reais).

Termos em que, pede deferimento.

Brasília, 20 de agosto de 2004.

MOACIR ANTONIO MACHADO DA SILVA
PROCURADOR-GERAL DA UNIÃO

HELIA MARIA BETTERO
ADVOGADA DA UNIÃO
PROCURADORA-REGIONAL DA UNIÃO NA 1ª REGIÃO

EDUARDO MARCELO DE LIMA SALES
PROCURADOR FEDERAL
PROCURADOR-GERAL DA ANS

DANILO SARMENTO FERREIRA
PROCURADOR FEDERAL/ANS

ADILSON BATISTA BEZERRA
CONSULTOR JURÍDICO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

GUILHERME BENAGES ALCANTARA
ADVOGADO DA UNIÃO
COORDENADOR-GERAL DE ASSUNTOS JURÍDICOS DA CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE

MARIANA BARROS E SILVA SARAIVA
ADVOGADA DA UNIÃO
COORDENADORA DE ASSUNTOS JUDICIAIS DA CONSULTORIA JURÍDICA DO MINISTÉRIO DA SAÚDE