



BO

LE

PGE-SP

**VOLUME 45 | NÚMERO 4
JULHO/AGOSTO 2021**

TIM

**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

ISSN 2237-4515



BO

LE

PGE-SP

**VOLUME 45 | NÚMERO 4
JULHO/AGOSTO 2021**

TIM

**CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO**

EXPEDIENTE

PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO

Maria Lia P. Porto Corona

PROCURADORA-GERAL DO ESTADO ADJUNTA

Claudia Polto da Cunha

PROCURADORA DO ESTADO CHEFE DE GABINETE

Patrícia de Oliveira Garcia Alves

SUBPROCURADORA-GERAL DA CONSULTORIA GERAL

Eugenia Cristina Cleto Marolla

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA ÁREA DO CONTENCIOSO GERAL

Frederico José Fernandes de Athayde

SUBPROCURADOR-GERAL DO ESTADO DA ÁREA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO-FISCAL

João Carlos Pietropaolo

CORREGEDOR-GERAL

Adalberto Robert Alves

OUIDORIA

Regina Maria Sartori

CONSELHO DA PGE

Maria Lia P. Porto Corona (Presidente),
Adalberto Robert Alves, Bruno Maciel dos
Santos, Eugenia Cristina Cleto Marolla,
Frederico José Fernandes de Athayde,
João Carlos Pietropaolo, Marcio Martins Muniz
Rodrigues, Augusto Rodrigues Porciuncula,
Vinícius Lima de Castro, Alexandre Ferrari
Vidotti, Paola de Almeida Prado, Levi de Mello,
Cintia Byczkowski, Vanderlei Ferreira de Lima

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

PROCURADOR DO ESTADO CHEFE

Bruno Maciel dos Santos

ASSESSORIA

Joyce Sayuri Saito e

Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira

COMISSÃO EDITORIAL

PRESIDÊNCIA

Bruno Maciel dos Santos

SECRETÁRIA EXECUTIVA

Joyce Sayuri Saito

MEMBROS DA COMISSÃO EDITORIAL

Cláudio Henrique Ribeiro Dias, Juliana

Campolina Rebelo Horta, Juliana de Oliveira

Duarte Ferreira, Luis Cláudio Ferreira

Cantanhede, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira,

Rafael Issa Obeid, Telma de Freitas Fontes,

Thamy Kawai Marcos e Thiago Oliveira de Matos

REDAÇÃO E CORRESPONDÊNCIA

Serviço de Divulgação do Centro de Estudos da
Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo,
Rua Pamplona, 227, 10º andar – CEP 01405-100 –
São Paulo/SP – Brasil. Tel.: (11) 3286-7005.

Homepage: www.pge.sp.gov.br

E-mail: divulgacao_centrodeestudos_pge@sp.gov.br

PROJETO E PRODUÇÃO GRÁFICA

Tikinet Edição

Procuradora do Estado responsável: Joyce Sayuri Saito

Equipe: Juliana Aguilera do Nascimento Silva e

Andreluci de Oliveira B. Figueiredo

Créditos: Dandara Colins Carvalho Dias (posts do

Instagram – Principais Notícias) e Mariana Beatriz

Tadeu de Oliveira (posts do Instagram – Cursos e

Eventos do Centro de Estudos e ESPGE)

TIRAGEM: BOLETIM ELETRÔNICO

As colaborações poderão ser encaminhadas
diretamente ao Serviço de Divulgação do Centro de
Estudos. Os artigos jurídicos, pareceres e peças pro-
cessuais somente serão publicados com a aprovação
da Comissão Editorial, e as opiniões neles contidas
são de exclusiva responsabilidade dos respectivos
autores, não vinculando a Administração Pública.

SUMÁRIO

• Apresentação	09
• Cursos e eventos	11
• Principais notícias	19
• <i>Procuradoria Judicial</i>	

FUNDAÇÃO PROCON-SP. Recorde de reclamações de consumidores. Reajustes de planos de saúde. 5 (cinco) empresas lideram o ranking das reclamações recebidas. Verificou-se que as requeridas têm aplicado reajustes anuais de planos coletivos sem transparência/informação suficiente acerca das justificativas técnicas, em percentuais elevados e muito superiores aos índices aplicados a planos individuais. Ante possível onerosidade excessiva e prática de conduta abusiva (art. 39, incisos V e X, do CDC), o Procon-SP notificou as requeridas, operadoras e administradora de planos de saúde, para apresentarem informações e justificativas 26

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS. Reajustes de planos de saúde. O Procon-SP encaminhou requerimento à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), expondo as reclamações recebidas no âmbito da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor e apontando, entre outras questões, que não houve comprovação, pelas reclamadas notificadas, de sinistralidade ou de custos médicos que justificassem os reajustes nem de negociação transparente e fundamentada. Expondo tais razões, agravadas pelo quadro da pandemia da Covid-19, o Procon-SP pleiteou que a Agência tomasse medidas para a redução dos reajustes anuais de planos coletivos, tal como a aplicação, como índice subsidiário, dos percentuais máximos fixados pela ANS para os planos individuais65

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BARES E RESTAURANTES – ABRASEL NACIONAL e ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BARES E RESTAURANTES – SECCIONAL SÃO PAULO. Ação civil pública movida pela Associação Brasileira de Bares e Restaurantes em face do estado de São Paulo e de diversos municípios localizados nesta unidade da federação. Indenização por danos materiais ocasionados por restrições das atividades dos seus associados estabelecidas em razão da pandemia de Covid-19 111

APRESENTAÇÃO

A pandemia da Covid-19 impôs desafios nunca enfrentados pela sociedade e, ainda hoje, persistem seus efeitos deletérios, bem como o temor de novos fechamentos em razão de variantes da doença.

No âmbito jurídico, novas situações e teses surgiram, o que exigiu uma resposta rápida e eficaz da Procuradoria-Geral do Estado.

Parte das exitosas providências em defesa do estado de São Paulo integraram o Boletim nº 2, v. 44, do Centro de Estudos da PGE, que trouxe peças, decisões e nota técnica sobre o tema, a fim de auxiliar os procuradores no inédito cenário imposto pela pandemia.

Passados dois anos desde a descoberta do novo vírus, as questões jurídicas se renovaram, exigindo a atuação permanente da Procuradoria-Geral do Estado que, com perseverança e maestria, garantiu o bom funcionamento das políticas públicas.

Neste número, constam duas ações civis públicas propostas pela Fundação Procon-SP. A primeira, em apertada síntese, foi proposta contra cinco planos/operadoras de saúde, questionando o aumento do valor dos planos coletivos, sem a devida comprovação dos custos que justificassem o exacerbado reajuste.

A segunda ação foi proposta contra a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para obrigá-la a implementar mecanismos efetivos de acompanhamento de indicadores da pandemia da Covid-19, o impacto destes sobre os reajustes de planos coletivos; mecanismos efetivos e permanentes de identificação, prevenção e correção de reajustes anuais abusivos em planos coletivos; e previsão de percentuais máximos em relação aos reajustes anuais dos planos coletivos, pautados em informações de natureza econômico-financeira, como autorizado anualmente para planos individuais e familiares, tudo com o objetivo de promover a proteção ao consumidor.

Por fim, o Boletim contempla contestação à ação civil pública proposta pela Associação Brasileira de Bares e Restaurantes em face do estado de São Paulo e de diversos municípios localizados nesta unidade da federação, na qual se pretende

a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais ocasionados por restrições das atividades dos seus associados estabelecidas em razão da Covid-19.

Com votos de uma breve recuperação econômica e social de nosso país, desejamos a todos uma excelente leitura!

BRUNO MACIEL DOS SANTOS

Procurador do Estado Chefe
Centro de Estudos – Escola Superior

JOYCE SAYURI SAITO

Procuradora do Estado Assessora

MARIANA BEATRIZ TADEU DE OLIVEIRA

Procuradora do Estado Assistente

CURSOS E EVENTOS

II Ciclo de debates sobre a Nova Lei de Licitações

A NLLC e as contratações de serviços de TI

Palestrante:
Renato Ribeiro Fenili
(Secretário Adjunto de Gestão do Ministério da Economia, Doutor em Administração)

Debatedora:
Diana Loureiro de Castro (PGE/SP)

 **01/07**
10h



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ce_pge_sp Não percam o evento "A NLCC e as contratações de serviços de TI", com Renato Felini, que será realizado no dia 1º/7, pelo Microsoft-TEAMS. A palestra faz parte do Ciclo de Debates sobre a Nova Lei de Licitações organizado pelo Centro de Estudos da PGE/SP. O evento contará ainda com a presença de Rafael Bittencourt da AWS e Fabiana Ruas do TCU, que participarão dos debates, mediado por Diana Loureiro, procuradora do estado de São Paulo. Evento restrito para PGE.

#nllc#contratoadministrativo #contratodeti
#contratosadministrativos #serviçodeti #ti

22 sem

II Ciclo de debates sobre a Nova Lei de Licitações

O que podemos esperar para a NLCC?



Egon Bockmann Moreira

(Advogado. Professor da UFPR. Mestre e Doutor pela UFPR)

Sérgio Ferraz

(Advogado. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Professor titular de Direito Administrativo da PUC/RJ)



Debatedora: Eugenia Marolla (PGE/SP)



08/07

10h



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ce_pge_sp No dia 8/7, como encerramento do “II Ciclo sobre a Nova Lei de Licitações” promovido pelo Centro de Estudos da PGE, teremos os ilustres professores Sérgio Ferraz e Egon Bockmann Moreira tratando sobre “O que podemos esperar para a NLCC?” A Subprocuradora-Geral da Área da Consultoria-Geral da PGE/SP, Dra. Eugênia Cristina Cleto Marolla, será mediadora/debatedora. Não percam!

Obs: Evento para membros da PGE.

[#pge#cepge#nlcc#novaleidelicitacoes](#)

21 sem

Curso de ExtensãoCENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Contratações Públicas

atualizado com a NLLC

Início: 03/08/2021



Terças-feiras
08h-12h15



ce_pge_sp Estão abertas inscrições aos Procuradores do Estado para o Curso de Extensão “Contratações Públicas” que faz parte da Especialização em Direito do Estado da ESPGE.

O curso abordará as principais alterações promovidas pela NLLC nas licitações e contratos públicos, abordando também aspectos de equilíbrio econômico-financeiro, concessões e PPPs, controle externo e solução de conflitos.

Ao final o (a) aluno (a) estará plenamente atualizado no tema! Participe!

#pgesp #espge #nllc #direitodoestado

20 sem

Curso de Extensão



Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade

Início: 06/08/2021



Sextas-feiras
08h-12h15



ce_pge_sp Estão abertas aos Procuradores do Estado inscrições para o Curso de Extensão em Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade!

O curso é parte integrante da especialização em Direito do Estado e abordará temas como teoria dos princípios, reserva do possível, e sistemas de controle de constitucionalidade sob uma perspectiva atual e inovadora!

Inscrições abertas pelo site da ESPGE voltadas ao público interno.

[#pgesp](#) [#espge](#) [#direitosfundamentais](#)
[#controlededeconstitucionalidade](#)

20 sem

Núcleo de Estratégias de Litigância

Jurimetria e Legal Analytics

Data: 03/08
Horário: 17h30

Palestrante: Danilo Limoeiro

CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ce_pge_sp Na próxima semana como retomada das atividades o Núcleo de Pesquisas Empíricas e Estratégias de Litigância realizará Reunião Aberta com a participação do Prof. Danilo Limoeiro. Em debate a interface entre Jurimetria e Legal Analytics, com análise das espécies (macro, performance, data insight e preditiva), possibilidades e ferramentas possíveis com a IA. Podem participar os Procuradores do Estado interessados (as). #pgesp #cepge #jurimetria #legalanalytics

18 sem

Programa de Aperfeiçoamento e Formação
Continuada dos Servidores da PGE

Gestão e Planejamento Estratégicos



**Palestrante:
Andreza Benatti**

Datas: 12 e 26/08

Horário: 10h

Microsoft-TEAMS



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ce_pge_sp Na próxima semana terá início o Programa de Aperfeiçoamento e Formação Continuada dos Servidores da PGE/SP!

E para começar teremos dois dias de treinamento sobre gestão e planejamento estratégicos com a Profa. Andreza Benatti.

Os eventos estão sendo organizados em parceria com a Coordenadoria de Administração da PGE e estão abertos aos servidores interessados.

Participe!

#pgesp #cepge #planejamentoestrategico

16 sem

A LINDB na prática: o que tem sido feito?



Juliana Bonacorsi de Palma
(FGV)



José Vicente de Mendonça
(UERJ)

Mediador: Lucas Leite Alves
(PGE/SP)



20/08
09h
Microsoft-TEAMS



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ce_pge_sp Na próxima semana será realizado o seminário "A LINDB na prática: o que tem sido feito?". Com a participação da Profa. Juliana Palma (FGV) e do Prof. José Vicente Mendonça (UERJ) o evento debaterá a aplicação das alterações na LINDB no dia a dia e as dificuldades e aprendizados decorrentes do seu uso. O debate será mediado pelo Procurador do Estado de SP Lucas Leite Alves.

A participação está franqueada aos Procuradores do Estado.

#pgesp #cepge #lindb

16 sem

PRINCIPAIS NOTÍCIAS



pgespoficial O estado de São Paulo lançou o programa Dignidade Íntima, que estabelece e garante uso de recursos para compra e distribuição gratuita de absorventes para estudantes da rede estadual. A intenção dessa iniciativa é beneficiar, principalmente, meninas de 10 a 18 anos em situação de vulnerabilidade econômica e social.

A rede estadual de educação possui 1,6 milhão de alunas; destas, mais de 790 mil estão cadastradas em programas sociais. Os protocolos de distribuição garantem o cuidado e a privacidade das meninas, criando diversos canais de atendimento. Este mês, a Secretaria de Educação iniciará formações para orientar as equipes.

A Organização das Nações Unidas (ONU) estima que uma entre dez meninas no mundo sofrem com o impacto da pobreza menstrual durante a vida escolar. Estima-se que, no Brasil, esse número seja uma em quatro. A ONU reconhece o direito à higiene menstrual como uma questão de direito humano e à saúde pública em 2014.

21 sem

PAGUEI O DÉBITO MAS,
MESMO ASSIM, MEU
NOME FOI INSCRITO EM
DÍVIDA ATIVA. O QUE
DEVO FAZER?



   @pgespoficial



pgespoficial Se você possuir prova inequívoca do pagamento do imposto antes da sua inscrição em dívida ativa, poderá encaminhar requerimento ao Posto Fiscal mais próximo, solicitando baixa no débito.

 Consulte o site

<https://portal.fazenda.sp.gov.br/servicos/Paginas/Cidadao.aspx> para instruções.

20 sem



pgespoficial A Justiça Restaurativa é um conjunto de princípios e técnicas para a solução de conflitos, bem como um processo de aprendizagem coletiva sobre responsabilidades e justiça como valor humano. Ela opera coletivamente, por meio do diálogo, com base em contar histórias, no resgate do senso de dignidade e valor de cada um dos envolvidos.

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo é pioneira nesse assunto na seara disciplinar e já contribuiu com diversos órgãos na sua implantação. A PGE/SP abriga um programa intersecretarial, no qual realiza a reparação de conflitos interpessoais de servidores das Secretarias de Administração Penitenciária, Saúde, Educação e da própria PGE. Além disso, promove círculos e eventos para sensibilização e reflexão sobre o tema.

A resolução N° 225 de 31/05/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Para fortalecer essa prática, em 2019, a Resolução N° 300 acrescentou-lhe os artigos 28-A e 28-B, dispondo de um prazo de 180 dias para sua implantação da prática nos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais, além da criação do Fórum Nacional de Justiça Restaurativa.

[#justiçarestaurativa](#) [#pgesp](#) [#advocaciapublica](#)

20 sem



**ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
EDITAL DE CONVITE PGE Nº 09/2021**

PROCESSO GDOC Nº PGE-PRC-2021/01104

OBJETO: execução de serviços técnicos de engenharia, objetivando a elaboração do projeto básico, executivo e complementares para os serviços das redes elétricas, sistema de proteção contra descargas atmosféricas (SPDA) e climatização de todo o prédio.

Abertura: 03/08/2021

O Edital poderá ser obtido gratuitamente no endereço eletrônico <http://www.imprensaoficial.com.br>. A versão completa contendo as especificações, desenhos e demais documentos técnicos relacionados à contratação, poderá ser obtida na sede da Unidade Contratante, mediante simples requerimento ou por meio eletrônico, no endereço eletrônico teodora@sp.gov.br e/ou maaquino@sp.gov.br.

A sessão pública do convite, data de entrega e abertura dos envelopes ocorrerá no dia 03 de agosto de 2021, às 10:00hs, na Sede da Procuradoria Geral do Estado, à Rua Pamplona, nº 227, no 2º andar, sala 1, bairro Jardim Paulista, São Paulo/SP.



pgespoficial A Procuradoria Geral do Estado realizará licitação objetivando a elaboração de PROJETO básico, executivo e complementares para serviços das redes elétricas, sistema de proteção contra descarga atmosférica (SPDA) e climatização.

A licitação será processada na modalidade Convite na próxima terça-feira (03), os interessados em apresentar suas propostas podem visualizar o edital completo no site <http://www.imprensaoficial.com.br>, solicitar a versão completa por requerimento simples na sede da PGE ou por meio eletrônico nos e-mails: teodora@sp.gov.br ou maaquino@sp.gov.br.

17 sem



PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

Instagram, Facebook, and Twitter icons followed by @pgespoficial



pgespoficial 📄 O Decreto-Lei Estadual nº 18.018-A, de 23 de fevereiro de 1948, previa a regulamentação de Escritórios Jurídicos Regionais. A partir disso, iniciou-se a organização das Subprocuradorias Regionais e, a partir do Decreto Estadual nº 9.721/1977, foi proporcionado a descentralização da PGE permitindo a cobertura de todas as regiões, designando as Procuradorias Regionais.

🏢 Hoje, a Procuradoria Geral do Estado possui doze Procuradorias Regionais: Grande São Paulo (PR-1), Santos (PR-2), Taubaté (PR-3), Sorocaba (PR-4), Campinas (PR-5), Ribeirão Preto (PR-6), Bauru (PR-7), São José do Rio Preto (PR-8), Araçatuba (PR-9), Presidente Prudente (PR-10), Marília (PR-11) e São Carlos (PR-12).

⚠️ As funções das Regionais são as mesmas das especializadas, executam atribuições pela procurador geral, mas sem o exercício de função consultiva entre as atribuições regulares.

😊 Agora fala para a gente! Qual é a sua Regional?

#procuradoriasregionais #pgesp #advocaciapública

16 sem



@pgespoficial

PROCURADORIA GERAL
DO ESTADO DE SÃO PAULO

Atuação da PGE

**STF DETERMINA QUE GOVERNO
FEDERAL ASSEGURE REPOSIÇÃO
DE VACINAS CONTRA COVID-19
AO ESTADO DE SÃO PAULO**

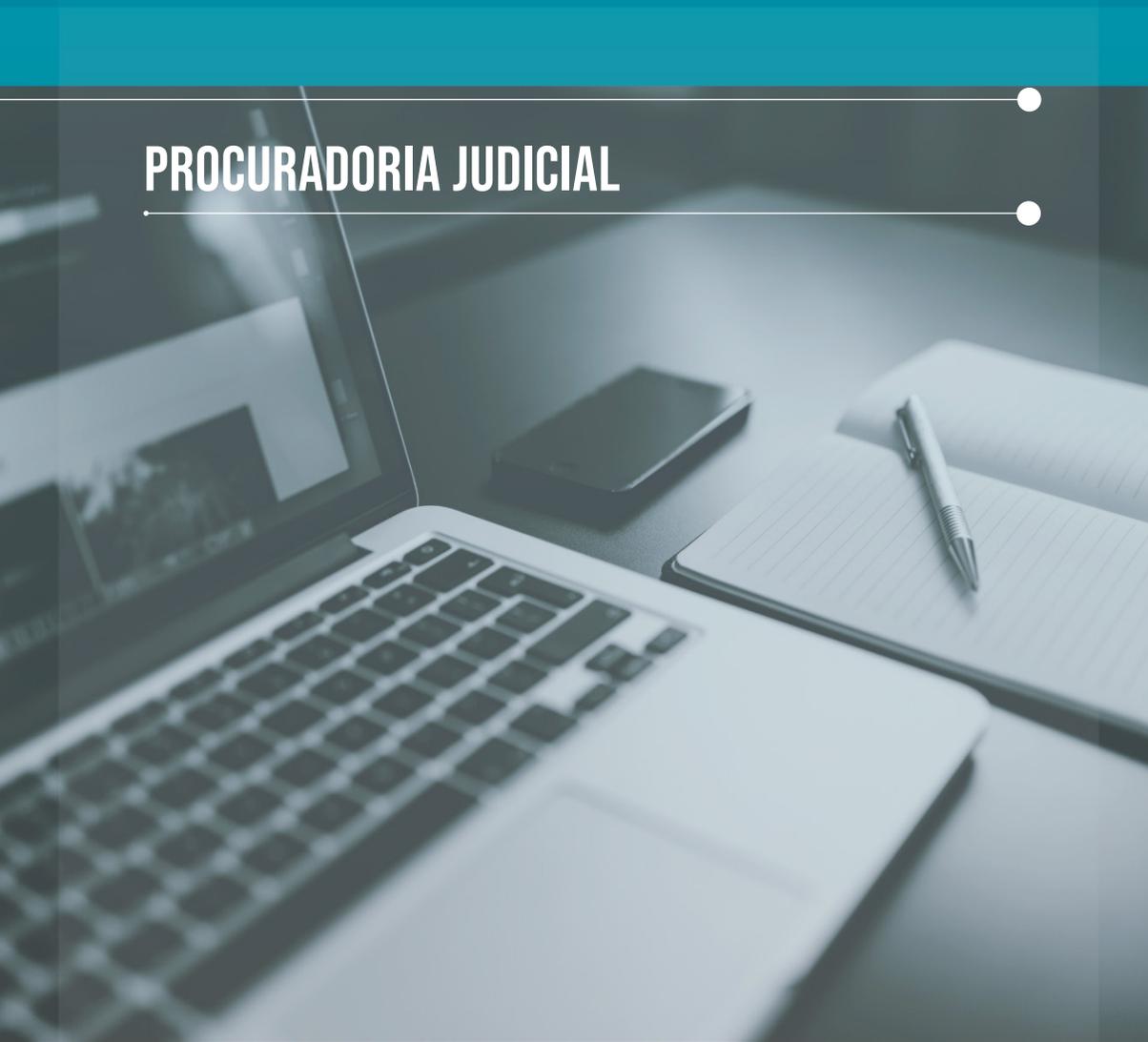


pgespoficial O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, nesta terça-feira (17), que o Ministério da Saúde restabeleça a distribuição de vacinas da Pfizer para o estado São Paulo. A decisão é assinada pelo relator do STF, Ministro Ricardo Lewandowski.

[#atuaçãodapge](#) [#advocaciapública](#) [#procuradoresdoestado](#)
[#procuradoriageraldoestado](#) [#vacinas](#)

15 sem

PROCURADORIA JUDICIAL



PROCURADORIA JUDICIAL

Ação Civil Pública nº 1024367-77.2021.8.26.0053 A

Ação Civil Pública nº 5006194-07.2021.4.03.6100 B

Ação Civil Pública nº 1034448-85.2021.8.26.0053

PEÇAS E JULGADOS

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA CAPITAL

A FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP, pessoa jurídica de direito público, inscrita no CNPJ sob o nº 57.659.583/0001-84, com sede na Rua Barra Funda, 930, São Paulo/SP, CEP 01152-000, representada pelo Diretor Executivo Fernando Capez e pelos Procuradores do Estado infra-assinados, comparecem, respeitosamente, perante Vossa Excelência para, com fundamento na Lei nº 7.347/85 e nos artigos 81 e 82, inciso III, ambos do Código de Defesa do Consumidor, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA, COM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA, em face de

AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S.A., pessoa jurídico de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 29.309.127/0001-79, com endereço na Rua Arquiteto Olavo Redig de Campos, nº 105, Andar 6 ao 21, Torre B, Empreendimento EZ Towers, Vila São Francisco, São Paulo-SP, CEP 04711-904;

BRADESCO SAÚDE S/A, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 92.693.118/0001-60, com endereço na Avenida Rio de Janeiro, nº 555, 19º andar, Caju, Rio de Janeiro-RJ, CEP 20931-675;

NOTRE DAME INTERMÉDICA SAÚDE S.A., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 44.649.812/0001-38, com endereço na Avenida Paulista, nº 867, Bela Vista, São Paulo-SP, CEP 01311-100;

SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 01.685.053/0001-56, com endereço na Rua Beatriz Larragoiti, número 121, Ala Sul, 2º andar, Cidade Nova, Rio de Janeiro-RJ, CEP 20211-903;

QUALICORP ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS S.A., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 07.658.098/0001-18, com endereço na Rua Doutor Plínio Barreto, nº 365, Bela Vista, São Paulo-SP, CEP 01313-020;

pelas razões de fato e fundamentos jurídicos que passa a expor:

1. BREVE SÍNTESE DOS FATOS

Em janeiro de 2021, a Fundação Procon-SP registrou o recorde de 962 (novecentos e sessenta e duas) reclamações de consumidores contra reajustes de planos de saúde, grande parte relacionada a **reajustes anuais de planos coletivos**, sendo que as **requeridas são as 5 (cinco) empresas que lideram o ranking das reclamações recebidas** (Documento nº 01).

Ante possível onerosidade excessiva e prática de conduta abusiva (art. 39, incisos V e X, do CDC¹), o Procon-SP notificou as requeridas, operadoras e administradora de planos de saúde, para apresentarem informações e justificativas, mas estas não se mostraram suficientes. As notificadas foram autuadas nos termos do artigo 55, § 4º do Código de Defesa do Consumidor², sendo-lhes aplicada multa (Documentos nº 02 a 08)³.

Pela análise dos dados que serão explorados ao longo desta inicial, verificou-se que as requeridas têm aplicado **reajustes anuais de planos coletivos sem transparência/informação suficiente acerca das justificativas técnicas, em percentuais elevados** e muito superiores aos índices aplicados a planos individuais.

Tal verificação foi confirmada por pesquisa jurisprudencial realizada em ações propostas por consumidores no estado de São Paulo em face das rés. Foram selecionados **100 (cem) recentes julgados relacionados a planos coletivos**, com enfrentamento de mérito, constatando-se que, **em nenhuma das ações judiciais, as requeridas, quando demandas em Juízo pelos consumidores, lograram êxito em justificar os percentuais de reajustes aplicados** (Documento nº 09).

1 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.

2 Art. 55 - A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços. [...] § 4º Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial.

3 Cabe destacar que a requerida Notre Dame requereu anulação da multa. De toda forma, independentemente do desfecho desta questão, a inicial traz elementos de sistemática afronta de direitos dos consumidores, inclusive reconhecida pelo Judiciário Paulista.

O Poder Judiciário Paulista, então, proferiu, em todos os casos da amostra, decisões protetivas ao consumidor ante a **abusividade de reajustes⁴ aplicados pelas rés em planos coletivos**.

Este cenário é corroborado pela **Auditoria Operacional n° TC 021.852/2014-6, realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em 2018**, que apontou, entre outras irregularidades, a ausência de informações suficientes prestadas pelas operadoras de planos de saúde relativamente aos cálculos que fundamentam os reajustes de planos de saúde coletivos (Documento n° 10)⁵.

Se à época do julgamento, em 2018, já era evidente a preocupação com abusividade de reajustes, atualmente, em um cenário como o da **pandemia da Covid-19**, que assola o país do ponto de vista sanitário, social e econômico, mostra-se ainda mais relevante que haja esta proteção ao consumidor dos planos de saúde coletivos.

Tendo em vista este cenário, o Procon-SP vem a Juízo visando **efetiva proteção aos consumidores paulistas, usuários de planos de saúde coletivos das rés**, buscando dar efetivo cumprimento do dever de informação e transparência, bem como a condenação em dano moral coletivo, que seja hábil à inibição da prática de outros atos antijurídicos por parte das requeridas.

2. DA INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A relação firmada em contrato de plano de saúde coletivo é consumerista e atrai a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que os beneficiários claramente se enquadram no conceito de consumidor, pois utilizam os serviços na condição de destinatários finais. Do mesmo modo, as empresas de planos de saúde se enquadram no conceito de fornecedores de serviços, uma vez que prestam assistência à saúde, mediante remuneração.

Vale ressaltar que a Lei Federal n° 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, prevê no art. 35-G:

-
- 4 Não foram incluídas decisões liminares, julgamentos de Agravo de Instrumento, tendo em vista seu caráter provisório. **Os julgados são, em sua maioria, do ano de 2020.**
 - 5 Vale destacar que, para verificar o cumprimento das determinações do Acórdão 679/2018, o TCU autuou o relatório de acompanhamento TC 039.246/2020-5, no qual já consta manifestação da equipe técnica (SecexSaúde), concluindo que os problemas ainda não foram sanados (Documento n° 11).

Art. 35-G. Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Assim, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde coletivos, independentemente de se tratar de um contrato por adesão ou empresarial.

Sobre o tema, é a Jurisprudência do E. TJSP:

Apelação cível. Plano de saúde coletivo por adesão. Ação declaratória de abusividade de reajuste anual com base na sinistralidade e variação dos custos médico-hospitalares. Sentença de parcial procedência. Inconformismo da ré. (Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Artigos 2º e 3º da Lei nº 8.078/1990).

Súmulas nº 100 deste Egrégio Tribunal de Justiça e nº 608 do Colendo Superior Tribunal de Justiça. Índice de reajuste anual. Inaplicabilidade, a priori, dos índices fixados pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar aos planos coletivos por adesão. Orientação da própria agência reguladora nesse sentido. Contudo, pelo simples fato de o reajuste financeiro anual ser válido, isso não autoriza a sua aplicação aos contratos coletivos de maneira desproporcional, ao alvedrio da operadora do plano de saúde. Beneficiário submetido a desvantagem exagerada, decorrente da incidência de índice excessivamente oneroso, o qual não se justifica, mormente em uma economia com inflação estabilizada Artigo 51, IV c.c. § 1º, III, da Lei nº 8.078/1990. Abusividade dos reajustes confirmada, mantidos apenas os índices permitidos pela ANS. Direito da parte autora à restituição dos valores pagos a maior. Vedação ao enriquecimento sem causa. Honorários advocatícios. Fixação da verba, por equidade. Regra § 8º do art. 85 do CPC que está restrita as situações expressamente previstas. Impossibilidade, no caso concreto. Sentença mantida. Recurso desprovido, com observação quanto aos honorários advocatícios de sucumbência, ora fixados em 11% do valor da causa para o patrono de cada parte, nos termos do § 2º do art. 85 do CPC. (TJSP; Apelação Cível 1006425-22.2020.8.26.0100; Relator(a): Rodolfo Pellizari; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível – 32ª Vara Cível; Data do Julgamento: 23/11/2020; Data de Registro: 23/11/2020).

Consolidando o entendimento pacífico de seus julgados, o TJSP aprovou a Súmula 100, cujo enunciado possui a seguinte redação:

Súmula 100 TJSP: O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei nº 9.656/98, ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais.

No mesmo sentido, é a Jurisprudência pacífica do STJ que editou a Súmula nº 608, *in verbis*:

Súmula 608: *Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.*

Ainda a respeito, o **Ministério da Justiça**, por meio da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), formulou a Nota técnica nº 19/CGEMM/DPDC/SENAICON/2012⁶, consignando o entendimento de que **há indubitável relação de consumo em todas as formas de contratação coletiva de planos de saúde**⁷.

Assim, não restam dúvidas sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações decorrentes da contratação de planos de saúde coletivos e da necessidade da observância deste pelas requeridas.

3. DO CENÁRIO DOS PLANOS DE SAÚDE COLETIVOS

Antes de adentrar nos fundamentos que impõe a proteção aos consumidores paulistas, essencial traçar um panorama acerca dos planos de saúde coletivos.

A Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, prevê três regimes ou tipos de contratação: a) individual ou familiar; b) coletivo empresarial; c) coletivo por adesão (art. 16, VII).

No estado de São Paulo, segundo dados obtidos no endereço eletrônico da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)⁸, o número de usuários de planos de saúde totalizou, em setembro de 2020, 17.119.833 (dezessete milhões, cento e

6 Disponível em: https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/notas_tecnicas/nota-tecnica-no-19-2012.pdf. Acesso em: 22 fev. 2020.

7 16. Ora, a relação de consumo é uma relação jurídica na qual se identificam, necessariamente, um consumidor e um fornecedor, e entre eles uma transação envolvendo a aquisição de produto ou serviço. De modo que em uma análise acurada da relação jurídica que se estabelece nos planos coletivos de saúde, verifica-se que a relação de consumo existente se dá entre o usuário de planos de saúde e a operadora de plano de saúde. O chamado terceiro elemento atua, na verdade, como intermediário nessa negociação, por meio de relações jurídicas, por um lado com a operadora e, por outro lado, com os consumidores, sem, no entanto, alterar a essência da relação jurídica principal entre a operadora e o consumidor. 17. No que se refere aos contratos utilizados na contratação coletiva de planos de saúde, a operadora é a responsável perante o consumidor pelos produtos e serviços que oferece, da mesma forma que o é no caso de planos de saúde individuais. De modo que a participação de intermediários na contratação coletiva não altera a caracterização da relação de consumo entre a operadora e o usuário, ainda que, em geral, tais intermediários figurem formalmente como contratantes.

8 Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>. Busca por Beneficiários de planos privados de saúde. Beneficiários por UF, região metropolitana e capital. Acesso em: 22 fev. 2021.

dezenove mil, oitocentos e trinta e três) consumidores. Destes, 79% são usuários de planos coletivos, tratados na presente ação:

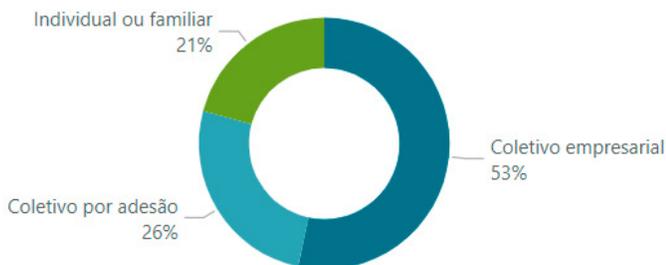
Beneficiários por UFs, Regiões Metropolitanas (RM) e Capitais

Assistência Médica segundo Competência
 UF: São Paulo
 Período: Set/2020

Competência	Assistência Médica
TOTAL	17.119.833
set/20	17.119.833

Data **Região** **Estado**

Distribuição por Tipo de Contratação



O quadro a seguir sintetiza as principais diferenças entre planos individuais e coletivos:

	Planos individuais	Planos coletivos empresariais e por adesão
Quem contrata	Qualquer pessoa física	Empresa empregadora, associação ou sindicato, oferecendo-os aos empregados/associados.
Reajustes anuais	Regulados pela Lei nº 9.659/1998 e limitados pela ANS.	Reajustes previstos no contrato e “negociados livremente” entre as partes.
Reajustes por alteração de faixa etária	Regulados pela Resolução Normativa nº 63/2003 da ANS.	Regulados pela Resolução Normativa nº 63/2003 da ANS.

	Planos individuais	Planos coletivos empresariais e por adesão
Rescisão Contratual Unilateral pela Operadora	É vedado pela Lei nº 9.656/1998, exceto em casos de fraude ou inadimplência superior a 60 dias após notificação.	Não há vedação legal, contudo deve haver notificação prévia ⁹ .
Percentual de participação no mercado	Cerca de 20% do total dos planos de saúde.	Cerca de 80% do total dos planos de saúde.

Cabe destacar que a oferta e contratação de planos individuais, em relação aos planos coletivos, diminuiu significativamente ao longo dos anos, chegando ao ponto de, atualmente, representarem apenas 20% (vinte por cento) do setor. Assim, a **maioria absoluta do mercado de saúde suplementar (80%) é formada pelos planos coletivos**¹⁰.

Nos planos individuais, há autorização de índice máximo para os reajustes, divulgados anualmente pela ANS. Já no âmbito dos **planos coletivos**, com 30 ou mais beneficiários, os reajustes anuais são determinados pela “livre negociação” entre entidade de classe ou empresa e a operadora de saúde¹¹. Nos planos coletivos com menos de 30 beneficiários, a operadora deve reunir em um grupo os contratos para aplicação de um mesmo percentual.

Dessa forma, **em tese, presume-se que há poder de negociação das pessoas jurídicas contratantes de planos de saúde coletivos, empresariais ou por adesão, perante as operadoras e administradoras de planos**, o que poderia levar à obtenção de percentuais de reajuste mais vantajosos.

Porém não é isso que se verifica na prática, como se extrai do número de reclamações perante o Procon-SP e da extensa pesquisa jurisprudencial anexa trazida nesta demanda, bem como tem sido denunciado em diversos veículos de comunicação e por instituições de defesa do consumidor.

9 Em caso de plano coletivo com menos de 30 beneficiários, o STJ justificativa idônea, em virtude da vulnerabilidade desse grupo de usuários, e em respeito aos princípios da boa-fé e da conservação dos contratos (REsp 1823727).

10 Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index.php/aans/quem-somos/227-dados-gerais>. Acesso em: 22 fev. 2021.

11 Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/6202-entenda-o-reajuste-do-plano-de-saude>. Acesso em: 22 fev. 2021.

Sobre a fragilidade da premissa da livre negociação de reajustes em planos coletivos, no âmbito da Auditoria Operacional nº TC 021.852/2014-6 realizada pelo Tribunal de Contas da União (Documento nº 10), em 2018, constatou-se insuficiência de mecanismos de prevenção, identificação e correção de reajustes abusivos em planos coletivos. Dentre outras conclusões, foi demonstrado que as pessoas jurídicas contratantes de planos de saúde coletivos não possuem, na prática, poder de livre negociação de reajuste com as operadoras¹².

E a situação no tocante às falhas relacionadas a planos de saúde coletivos perdura até os dias atuais, como concluiu a equipe técnica do TCU no relatório de acompanhamento TC 039.246/2020-5, em documento apresentado no dia 29/03/2021 (Documento nº 11).

Como decorrência, o que tem predominado é um cenário de desequilíbrio da relação consumerista, com consequente afronta aos direitos dos consumidores, como se verá a seguir.

4. DA SISTEMÁTICA AFRONTA AO DIREITO DOS CONSUMIDORES PELAS REQUERIDAS

4.1 Das reclamações dos consumidores junto ao PROCON

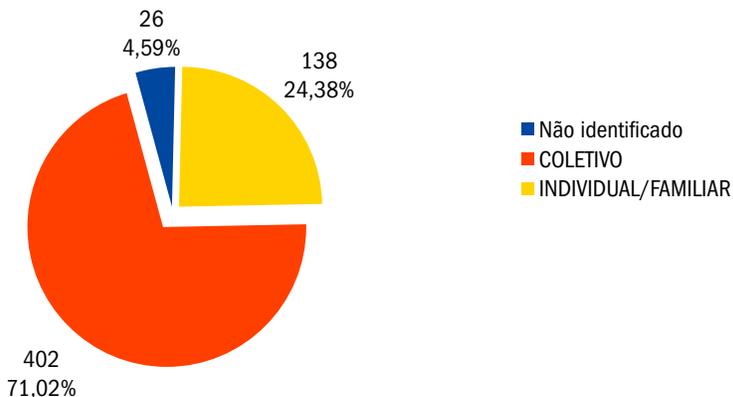
Como exposto na síntese dos fatos, em janeiro de 2021, a Fundação Procon-SP registrou o recorde de 962 (novecentos e sessenta e duas) reclamações de consumidores contra reajustes de planos de saúde, contrapondo-se a apenas nove reclamações no mesmo período no ano passado (Documento nº 01). Das reclamações apresentadas em janeiro deste ano, 566 (quinhentos e sessenta e seis) foram registradas, especificamente, em relação ao percentual de reajuste anual e reajuste por faixa etária, sendo 402 (quatrocentos e duas) relativas a planos coletivos¹³ (Documento nº 12):

12 Em conformidade com a citada auditoria do TCU: “140. Desta forma, por mais que as pessoas jurídicas contratantes de planos de saúde possam conseguir negociar com as operadoras os reajustes dos planos de saúde, elas sempre estarão em uma situação de vulnerabilidade, não constituindo esse fato uma alegação de suposta carência. Inclusive, a assimetria de informação é um dos motivos que justificam a existência de mercados regulados, devendo a sua redução sempre ser um foco de atuação das Agências Reguladoras. 141. [...] Contudo, não se sabe o resultado das negociações, se as negociações resultaram em índices de reajuste menores do que os inicialmente oferecidos, ou o que aconteceu com os contratos restantes (95,54% dos contratos com mais de trinta vidas), se negociaram durante o prazo de trinta dias, informado pela Agência, ou se, desde o início, aceitaram os índices de reajuste oferecidos pelas operadoras”.

13 Demandas que apresentaram juntada de documentos.

de 01 a 31/jan/2021

CIPS - Coletivos - com doctos



Nas 402 (quatrocentos e duas) reclamações classificadas como **planos coletivos**, foi verificada a seguinte **variação de percentual de reajuste anual**:

Variação Reajuste Anual	
	Qtde
De 5% a 10,0%	37
De 10,9% a 14,9%	87
De 15,1% a 20,0%	113
22,40%	2
Não foi possível identificar a variação	163
Total coletivos	402

Levantamento CIPS - Somente com doctos - Planos Coletivos

Para **planos individuais** ou familiares, em relação aos quais o percentual máximo de reajuste é definido pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o **índice estabelecido para o período de maio de 2020 a abril de 2021 foi de 8,14%¹⁴**.

Já no âmbito das reclamações registradas, relacionadas a planos coletivos, **a maior parte dos reajustes verificados superam o patamar dos planos individuais, aproximando-se do dobro deste (15,1 a 20%) em 113 das 402 reclamações**.

14 Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/6202-entenda-o-reajuste-do-plano-de-saude>. Acesso em: 22 fev. 2020.

O que se verificou, e será demonstrado a seguir, é que tais reajustes ocorrem sem transparência e justificativa técnica suficiente, em percentuais elevados, o que se agrava em uma época em que se enfrenta uma das maiores crises sanitárias e econômicas de todos os tempos.

Diante da onerosidade excessiva e da possível prática de conduta abusiva por partes das operadoras e administradora dos planos de saúde coletivos (art. 39, incisos V e X, do CDC), o Procon-SP notificou as requeridas para apresentarem informações e justificativas a seguir sistematizadas (Documentos nº 02 a 08):

NOTIFICAÇÃO PROCON-SP	RESPOSTA AMIL	RESPOSTA BRADESCO	RESPOSTA NOTREDAME	RESPOSTA SULAMÉRICA	RESPOSTA QUALICORP
No ano de 2020, os planos coletivos por adesão sofreram reajuste? Em caso afirmativo, prestar informações.	Aduz que, com exceção dos que sofreram a suspensão (adiado para 2021), os reajustes se deram em sua maioria com base em variação de custos médicos de 2019. Não informa o percentual.	Apenas os planos com aniversário até agosto sofreram reajuste (exceto os que tiveram os reajustes suspensos). Não informa o percentual e a metodologia.	Afirma, de forma genérica, que segue as regras da ANS, que suspendeu os reajustes finais de agosto, conforme determinado pela Agência. Não informa o percentual e a metodologia.	O reajuste calculado para os produtos de adesão comercializados em São Paulo foi de 15,33%.	Não respondeu de forma satisfatória. Diz ilegítima para responder; diz não possuir ingerência sobre a aplicação do reajuste, que isso caberia apenas às operadoras de saúde.
No ano de 2020, os planos coletivos empresariais sofreram reajuste? Em caso afirmativo, prestar informações.	Diz que a aplicação depende de definição entre as partes. Não informa o percentual.	Não informa o percentual e a metodologia.	Afirma, de forma genérica, que segue as regras da ANS, que suspendeu os reajustes no final de agosto, conforme determinado pela Agência. Não informa o percentual e a metodologia.	A SulAmérica afirma que esse tipo de contrato não está sujeito ao Código de CDC e não presta nenhuma informação a respeito.	Não respondeu de forma satisfatória. Diz ilegítima para responder; diz não possuir ingerência sobre a aplicação do reajuste, competência essa que seria apenas das operadoras de saúde.
Como se deu o cálculo de reajuste para os planos coletivos com até 29 vidas?	Índice de reajuste de 13,9%, respeitado eventual adiamento por conta da suspensão.	Não possui esse tipo de planos, salvo casos isolados decorrentes de decisão judicial. Não esclarece a metodologia e o percentual para fins de reajuste, salvo questões relacionadas à suspensão de reajustes determinados pela ANS.	Os contratos são agrupados podendo ou não se levar em conta a receita versus o sinistro. Se a sinistralidade ultrapassar o ponto de equilíbrio, é aplicado um percentual único a todos os contratos. Não informa o percentual.	Esses contratos só existem na modalidade empresarial; o reajuste segue as regras da ANS, mediante aplicação de um "Percentual de Reajuste Único - PRU" (composto por VCMH e sinistralidade), considerando o "pool" do contrato. O índice de reajuste era de 12,88%.	Não respondeu de forma satisfatória. Diz ilegítima para responder; diz não possuir ingerência sobre a aplicação do reajuste, competência essa que seria apenas das operadoras de saúde.
Como se deu o cálculo de reajuste para os planos coletivos empresariais com 30 ou mais vidas?	Diz que a aplicação depende de definição entre as partes. Não informa o percentual.	Esclarece que o reajuste anual expressa alterações de custos, de acordo com regras em cada contrato, a cada 12 meses. Não informa o percentual.	O reajuste é anual, no aniversário do contrato, utilizando-se por base o índice contratual; o reajuste anual é independente do reajuste técnico e por mudança de faixa etária. Não informa o percentual.	A SulAmérica afirma que esse tipo de contrato não está sujeito ao Código de CDC e não presta nenhuma informação a respeito.	Não respondeu de forma satisfatória. Diz ilegítima para responder; diz não possuir ingerência sobre a aplicação do reajuste, competência essa que seria apenas das operadoras de saúde.

NOTIFICAÇÃO PROCON-SP	RESPOSTA AMIL	RESPOSTA BRADESCO	RESPOSTA NOTREDAME	RESPOSTA SULAMÉRICA	RESPOSTA QUALICORP
Informar se houve diminuição da sinistralidade desde a decretação da quarentena em SP (22/03/2020) até 10/09/2020, para todos os planos e se tal fato foi considerado no cálculo dos reajustes dos planos coletivos por adesão e coletivos empresariais.	Alega que não houve redução de sinistralidade porque houve internações prolongadas e custosas causadas pelo coronavírus; que, apesar da suspensão dos procedimentos eletivos, outros itens tiveram incremento na utilização. Não informa o percentual.	Afirma que só houve redução no segundo e terceiro trimestre de 2020, que não influenciou a média final: 1º trim. 20 – 86,9%; 2º trim. 20 – 71,8%; 3º trim. 20 – 86,9%; 4º trim. 20 – 101,7% Total 2020 – 87,1%.	Não respondeu. Apenas afirma que cada contrato tem reajuste próprio.	Alega que a redução de despesas deve ser percebida no reajuste de 2021. Não respondeu à questão.	Não respondeu de forma satisfatória. Diz ilegítima para responder; diz não possuir ingerência sobre a aplicação do reajuste, competência essa que seria apenas das operadoras de saúde.
Informar a sinistralidade apurada para o ano de 2019 no mesmo período anteriormente indicado.	Não respondeu.	1º trim. 19 – 83,5%; 2º trim. 19 – 89,8%; 3º trim. 19 – 90,3%; 4º trim. 19 – 88,5% Total 2019 – 88,1%.	Não respondeu.	Afirma que a sinistralidade para 2020 se refere a 2019, anterior à pandemia e, portanto, sem qualquer correlação com o questionamento. Aduz que a sinistralidade geral de todos os produtos com beneficiários ativos em seu portfólio no ano de 2019 foi de 78,9%.	Não respondeu de forma satisfatória. Diz ilegítima para responder; diz não possuir ingerência sobre a aplicação do reajuste, competência essa que seria apenas das operadoras de saúde.
Informar o valor gasto com reembolso aos hospitais credenciados, nos mesmos períodos anteriormente indicados.	Não respondeu.	Aduz que, por ser seguradora, apenas realiza reembolsos. 2019 – R\$ 4.772.515.277,24; 2020 – R\$ 4.494.044.371,98	Pediu prorrogação de prazo.	As despesas com prestadores em setembro de 2020 atingiram o número de R\$ 9.455.977.634,51; enquanto, no mesmo período de 2019, era de R\$ 9.285.400.992,47.	Aduz que cabem às Operadoras prestarem os esclarecimentos por não deter rede credenciada e nem prestar atividades assistenciais.
Esclarecer e comprovar as negociações entabuladas entre a Qualicorp, as operadoras de saúde e entidades de classe, para definição dos reajustes de 2020 para os planos listados na notificação.	Não se aplica.	Não se aplica.	Não se aplica.	Não se aplica.	A administradora não comprovou a efetiva negociação, nem mesmo intenção de fazê-la; juntou apenas a comunicação das operadoras repassada aos clientes ("cartas de reajuste").

Verifica-se que, instadas a demonstrarem aumento de despesas médico-hospitalares e índice de sinistralidade¹⁵, as requeridas **limitaram-se a responder as notificações de forma evasiva**.

A **Qualicorp**, que atua como administradora de benefícios¹⁶, destaca, em sua página na rede mundial de computadores, que “cuida do relacionamento com o cliente e representa seus interesses frente à operadora de saúde” e, na hora do reajuste do plano, “negocia com a operadora o menor aumento possível”. Contudo não comprovou, quando notificada, a efetiva negociação realizada (Documento nº 07).

Como resta claro pela tabela acima, as explicações das requeridas a respeito dos reajustes anuais dos planos de saúde coletivos, objeto das notificações, mostraram-se insuficientes. Por essa razão, as notificadas foram autuadas nos termos do artigo 55, § 4º do Código de Defesa do Consumidor (Documento nº 08).

Em especial, chama atenção a ausência de informações sobre a média de reajustes anuais aplicados aos planos coletivos, de custos e de sinistralidade média a embasar estes, bem como ausência de comprovação de efetiva negociação entre os atores e informação suficiente ao consumidor.

Esta clara abusividade, como será demonstrado adiante, foi verificada não apenas no âmbito das reclamações recebidas pelo Procon-SP, mas também tem sido recorrentemente reconhecida em demandas perante este Egrégio Tribunal de Justiça Paulista.

4.2 Da sistemática abusividade ao direito dos consumidores atestada no âmbito do poder judiciário paulista

A judicialização relacionada a reajustes de planos de saúde coletivos é realidade de cada vez mais crescente no Judiciário brasileiro.

15 Sinistralidade (ou DM): “Índice de despesas assistenciais, ou despesas médicas, ou ainda, sinistralidade. Mostra a relação entre despesas assistenciais (acrescido do valor absoluto das contraprestações de corresponsabilidade cedida - CCT) e o total das receitas com operação de planos de saúde da operadora, acrescido do valor absoluto das contraprestações de corresponsabilidade cedida”. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>. Dados Financeiros e Publicações Relacionadas, Prisma Econômico-Financeiro da Saúde Suplementar. Acesso em: 22 fev. 2020.

16 A expressão “Administradora de Benefícios” designa as empresas que contratam e gerenciam planos de saúde e odontológico coletivos por adesão ou empresariais. Disponível em: <https://www.qualicorp.com.br/para-voce-e-sua-familia/o-que-e-uma-administradora-de-beneficios/>. Acesso em: 22 fev. 2020.

Nesse sentido, vale citar importante estudo feito por Rafael Robba sobre a judicialização de planos de saúde coletivos no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁷:

Os processos julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, no ano de 2015, representam um aumento de 364% quando comparado com os processos julgados no ano de 2010. Por outro lado, entre dezembro de 2010 e dezembro de 2015, o número de beneficiários em planos coletivos subiu de 33.821.056 (ANS, 2011), para 39.506.225 (ANS, 2016), o que significou um aumento de 16,8%.

Percebe-se com isso, grande desproporção entre o aumento de beneficiários dos planos de saúde coletivos e o aumento da judicialização desse setor entre os anos de 2010 e 2015.

[...] ¹⁸

Os questionamentos acerca do reajuste por aumento de sinistralidade baseiam-se, principalmente, na **falta de clareza para a sua apuração, favorecendo um aumento unilateral de preços pelas operadoras**, assim como os altos índices de reajuste que são aplicados em razão da sinistralidade, onerando excessivamente o consumidor. Justamente por não possuir limites ou parâmetros, o reajuste por sinistralidade, em determinadas situações, pode representar distorções e inviabilizar a continuidade do contrato. Um levantamento feito pelo IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec, 2013), sobre ações judiciais discutindo o reajuste por sinistralidade em tribunais de todo o país, identificou casos levados à justiça que discutiam aumentos que variavam de 11,78% a 583,27%¹⁹.

Em relação a planos coletivos comercializados ou administrados pelas requeridas, realizou-se, para a propositura da presente demanda, pesquisa de expressivos julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Foram selecionados **100 (cem) julgados, com enfrentamento de mérito (10 de cada Câmara de Direito Privado do TJSP), verificando-se que, em nenhuma demanda individual proposta por consumidor, houve demonstração que justificasse os percentuais de reajuste nos planos de saúde coletivos por parte das requeridas, nem mesmo quando realizada perícia específica** (Documento n^o 09).

17 ROBBA, Rafael. **Judicialização dos planos e seguros de saúde coletivos: casos do Tribunal de Justiça de São Paulo**. São Paulo: Sá Editora, 2019, p. 54-55.

18 A conclusão feita a partir da análise de julgados apenas do estado de São Paulo não é precipitada, uma vez que essa é a unidade da Federação com o maior número de beneficiários de planos privados de assistência médica. Segundo o autor, 44,4% da população do estado de São Paulo está vinculada a planos e seguros de saúde e 58% da população da Capital possui cobertura assistencial da saúde suplementar. Sobre o assunto, vale consultar os dados disponíveis no endereço eletrônico da Agência Nacional de Saúde Suplementar, disponível em: <https://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>.

19 Robba, Op. cit., p. 103-104.

Cabe destacar que a maioria dos julgados é do ano de 2020 e que não foram incluídas decisões liminares e julgamentos de Agravo de Instrumento, tendo em vista o caráter provisório destes.

A detalhada análise realizada, que segue anexa à presente inicial, com sistematização dos 100 acórdãos proferidos pelo E. TJSP, demonstra que, nas ações em que se discutia a legalidade dos reajustes de planos coletivos, as requeridas não lograram comprovar a lisura destes, que foram então considerados abusivos²⁰.

Dessa forma, verifica-se que, não apenas pelo número crescente de reclamações perante o Procon-SP, mas também pelas reiteradas decisões proferidas pelo E. TJSP em face das requeridas, há sistemática afronta aos direitos dos consumidores.

Ademais, nos termos das informações prestadas pela Diretoria de Atendimento e Orientação ao Consumidor do Procon-SP, as requeridas são as cinco empresas responsáveis pela comercialização de planos privados coletivos de assistência à saúde que lideram o *ranking* das reclamações recebidas.

Cabe destacar que, após ser notificada pelo Procon-SP, a requerida Qualicorp apresentou resposta no sentido de que, como administradora de plano de saúde, não teria legitimidade para atender aos questionamentos e solicitações feitas²¹.

Contudo a Qualicorp é administradora de benefícios²² registrada perante a ANS e legitimada a figurar na relação jurídica para contratação de plano coletivo, seja como

20 Resolução nº 623/2013 do TJ – Dispõe sobre a composição do Tribunal de Justiça, fixa a competência de suas Seções e dá outras providências: “Art. 5º - A Seção de Direito Privado, formada por 19 (dezenove) Grupos, numerados ordinalmente, cada um deles integrado por 2 (duas) Câmaras, em ordem sucessiva, é constituída por 38 (trinta e oito) Câmaras, também numeradas ordinalmente, e subdividida em 3 (três) Subseções, assim distribuídas: I – Primeira Subseção, composta pelas 1ª a 10ª Câmaras, com competência preferencial para o julgamento das seguintes matérias: I.23 – Ações e execuções relativas a seguro-saúde, contrato nominado ou inominado de plano de saúde, individual, coletivo ou empresarial, inclusive prestação de serviços a eles relativos”.

21 Com efeito, foi dito que “a Administradora de Benefícios não possui a competência atuarial para estipulação da formação de preços e reajustes aos contratos. [...] Neste sentido, resta patente a ilegitimidade da Administradora de Benefícios para responder às questões atreladas ao tema reajuste” (documento X, fls. 43).

22 Vejamos a Resolução Normativa nº 196/2009 da ANS a respeito das administradoras de benefícios: “Art. 2º - Considera-se Administradora de Benefícios a pessoa jurídica que propõe a contratação de plano coletivo na condição de estipulante ou que presta serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência à saúde coletivos, desenvolvendo ao menos uma das seguintes atividades: I – promover a reunião de pessoas jurídicas contratantes na forma do artigo 23 da RN nº 195,

estipulante, seja como prestadora de serviço, para firmar parceria com as entidades legitimamente constituídas de caráter profissional, classista ou setorial. E mais: é a empresa que lidera em primeiro lugar o número de reclamações feitas pelos consumidores junto à Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon-SP.

Dessa forma, é inegável a legitimidade de todas as requeridas, operadoras ou administradora de plano de saúde, para figurar no polo passivo da presente demanda, uma vez que todas integram a cadeia de consumo na condição de fornecedoras dos serviços, respondendo de forma solidária por abusos existentes em planos de saúde coletivos.

E, diante da verificação de sistemático desrespeito aos consumidores pelas requeridas, não resta alternativa ao Procon-SP senão comparecer perante o Poder Judiciário para garantir a proteção aos consumidores e prevenir maiores lesões aos usuários de planos de saúde coletivos, pleiteando as medidas a seguir expostas²³.

5. DAS MEDIDAS NECESSÁRIAS PARA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES

5.1 Do dever de informação e da necessidade de maior transparência nos reajustes anuais

Como exposto no item 4.1, as requeridas, instadas a prestar informações sobre os reajustes anuais aplicados aos planos coletivos que comercializam ou administram, bem como a comprovar as negociações relacionadas, quedaram-se inertes ou prestaram informações genéricas e evasivas.

Ora, além de diversos princípios que norteiam as relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, define alguns direitos básicos que devem, em qualquer relação de consumo, ser obrigatoriamente respeitados:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:[...]

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

de 14 de julho de 2009. II – contratar plano privado de assistência à saúde coletivo, na condição de estipulante, a ser disponibilizado para as pessoas jurídicas legitimadas para contratar; III – oferecimento de planos para associados das pessoas jurídicas contratantes; IV – apoio técnico na discussão de aspectos operacionais, tais como: a) negociação de reajuste; b) aplicação de mecanismos de regulação pela operadora de plano de saúde; e c) alteração de rede assistencial”.

23 Súmula nº 101 desse E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: “O beneficiário do plano de saúde tem legitimidade para acionar diretamente a operadora mesmo que a contratação tenha sido firmada por seu empregador ou associação de classe”.

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

O dispositivo destaca, portanto, o **direito à informação adequada** sobre os diferentes produtos, com especificação correta de suas características e qualidades, bem como a proteção contra a publicidade abusiva e os **métodos comerciais desleais**, e a prevenção pela reparação por danos morais e materiais sofridos, entre outros.

De acordo com o *caput* e inciso III, do artigo 4º, do Código de Defesa do Consumidor, as relações de consumo devem ser norteadas pelos princípios da **boa-fé objetiva, equidade e transparência**²⁴.

O **direito à informação adequada**, pautada nos princípios citados, tem a finalidade de garantir a autodeterminação e consciência do consumidor quanto ao conteúdo das contratações durante todas as fases desta.

No caso dos planos de saúde coletivos, a informação sobre o cálculo dos reajustes anuais, independentemente da base de cálculo destes (sinistralidade, variação de custos médicos hospitalares e outros), deveria ser eficiente o suficiente para garantir que o consumidor tivesse compreensão plena sobre as consequências e os deveres futuros dessa contratação.

A Lei nº 9.656/1998²⁵, seguindo os princípios do Código de Defesa do Consumidor, assim determinou:

Art. 16. Dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei devem constar dispositivos que indiquem com clareza:

24 Por **boa-fé objetiva** deve-se entender um comportamento leal, que visa não prejudicar a outra parte (dever de proteção), para atender a legítima expectativa que levou parceiro contratual a contratar. Por **transparência** deve-se entender a clareza no momento de prestar informações sobre os temas relevantes da futura relação contratual. Está, portanto, intimamente ligada ao dever de informação exigido em vários dispositivos do Código de Defesa do Consumidor. Este dever varia de acordo com as características do parceiro contratual, em obediência ao **princípio da equidade**. A transparência é informação sobre temas relevantes, e o Código de Defesa do Consumidor impõe um amplo dever aos fornecedores, de informar aos consumidores sobre as características do produto e do serviço que comercializa.

25 Lei dos Planos de Saúde.

[...]

XI – os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias.

Ocorre que a previsão do reajuste no contrato é apenas um dos passos de validade, que não dispensa a etapa seguinte, a de sua concretização, quando se mostra **indispensável que as operadoras e administradoras demonstrem, de forma clara e compreensível ao usuário, quais os lançamentos utilizados e como resultaram, matematicamente, no valor de reajuste aplicado**, de forma a assegurar que sejam conhecidos os elementos informativos que determinaram a majoração.

A Resolução Normativa 389/2015 da ANS dispõe sobre o direito dos usuários de acessar os documentos que embasam os reajustes anuais dos contratos coletivos²⁶. Porém a **mera comunicação da elevação do valor da prestação não significa cumprimento do dever de informação**.

A incidência da aludida norma regulamentar confirma a necessidade de demonstração efetiva do cálculo que embasa o aumento de custo dos planos de saúde, mas não tem se mostrado suficiente para a efetiva proteção ao consumidor, como, inclusive, concluiu o Tribunal de Contas da União na Auditoria Operacional nº TC 021.852/2014-6 (Documentos nº 10 e 11)²⁷.

É necessário destacar que os critérios de reajustes devem possibilitar o entendimento e a averiguação do consumidor de acordo com **dados técnicos e econômicos acessíveis ao leigo**. Porém, como a própria SulAmérica afirmou em resposta à notificação do Procon-SP, a variação de preços da operadora exige **“conhecimentos técnicos avançados”**²⁸.

26 Dispõe sobre a transparência das informações no âmbito da saúde suplementar, estabelece a obrigatoriedade da disponibilização do conteúdo mínimo obrigatório de informações referentes aos planos privados de saúde no Brasil, revoga a Resolução Normativa nº 360, de 3 de dezembro de 2014, e o parágrafo único do art. 5º, da RN nº 190 de 30 de abril de 2009, e dá outras providências.

27 “155. Entretanto, ainda há espaço para avanços em relação à normatização da Agência quanto ao assunto, pois as operadoras, por exemplo, não são obrigadas a fornecer às pessoas jurídicas contratantes informações sobre os gastos das carteiras com despesas como consultas, exames, terapias e internações. O conhecimento dessas informações pelas pessoas jurídicas contratantes permitiria que estas pudessem verificar e acompanhar a variação dos custos das carteiras”.

28 “O mercado de saúde suplementar é um dos setores regulados conforme legislação aplicável. Na esteira da regulação do mercado de saúde suplementar, dentre outras tantas regras e critérios, está controle de preços que serão cobrados daqueles que usufruem do serviço ou atividade final. O controle e

Ora, a forma de reajuste deveria ser de fácil compreensão dos consumidores, considerando o entendimento do homem médio. Nos dizeres de Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, deve ocorrer de forma a “preparar o consumidor para um ato de consumo verdadeiramente consentido, livre porque fundamentado em informações adequadas”²⁹.

O reajuste dos planos coletivos, sem cumprimento das formalidades legais, por elevar sem comprovada justa causa o preço das mensalidades dos planos coletivos, a ponto de comprometer o bem-estar dos beneficiários, é prática abusiva, nos termos do art. 39, inc. V, X e XIII do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, a idoneidade dos índices praticados com base na disposição contratual demanda a **devida demonstração da observância de seus critérios, para que seja assegurada informação transparente dos itens de sua composição e da real necessidade de sua ocorrência**, evitando-se abuso nos preços e consequente onerosidade aos consumidores.

Contudo, como se demonstra pela extensa pesquisa jurisprudencial anexa a esta inicial, o que se verifica no Poder Judiciário Paulista é que, demandadas em Juízo pelos consumidores, as requeridas são incapazes de demonstrar a legalidade dos reajustes anuais aplicados, julgando-se estes abusivos.

Também quando notificadas pelo Procon-SP, as requeridas não prestaram informações suficientes sobre os reajustes anuais nem sobre a composição destes, como valores dos custos médico-hospitalares, dados sobre a taxa de sinistralidade³⁰ e outros.

Ademais, no âmbito da Auditoria Operacional nº TC 021.852/2014-6, o Tribunal de Contas da União, entre outras irregularidades, apontou a ausên-

a aplicação destas regras e critérios são feitos pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Tal controle existe por um só motivo e isso é bastante relevante: **justamente porque tal variação de preço depende de lastro atuarial, cujo exame atravessa conhecimentos técnicos avançados**” (Documento 06, fls. 26-27, grifos no original).

29 GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio H. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentário pelos autores do anteprojeto – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 226.

30 Vale detalhar melhor o funcionamento do reajuste por sinistralidade: “O percentual máximo de sinistralidade, também conhecido como *breack even point* ou ponto de equilíbrio, deve estar previsto em contrato e é geralmente fixado pelas operadoras em 70% (setenta por cento) do valor da receita. Dessa forma, as operadoras podem reajustar os contratos coletivos, em percentual ilimitado, para manter as despesas desses contratos abaixo do break even point, garantindo uma razoável margem de lucro e eliminando o fator risco de sua atividade. Robba, Op.cit., p. 18-19.

cia de informações suficientes prestadas pelas operadoras de planos de saúde relativamente aos cálculos que fundamentam os reajustes de planos de saúde coletivos (Documento nº 10):

Os dados coletados evidenciaram que a ANS não dispõe de mecanismos para prevenção, identificação e correção de reajustes abusivos nos planos coletivos. Os dados não são analisados, criticados e confrontados com padrões de referência adequadamente construídos. Foi possível verificar que o Sistema de Comunicação de Reajuste de Planos Coletivos (RPC) não possui mecanismos suficientes de validação das informações inseridas pelas operadoras. Além disso, não foram encontrados registros de ações concretas da ANS para saneamento de erros e anormalidades encontrados nos comunicados de reajuste, salvo a exclusão dos comunicados com valores atípicos da base de cálculo do reajuste dos planos de saúde individuais. Observou-se que as operadoras de planos de saúde não são obrigadas pela regulamentação a descrever com suficiência de detalhes a memória de cálculo do percentual de reajuste anual aplicado nos planos coletivos e que a inclusão de um percentual de reajuste referente à atualização do rol de procedimentos médicos pode impactar em duplicidade dos reajustes dos planos individuais, uma vez que a atualização do rol também impacta na definição dos percentuais de reajuste dos planos de saúde coletivos, visto que acarreta o crescimento das despesas assistenciais das operadoras³¹.

O relatório do TCU compara a situação dos reajustes dos planos de saúde coletivos com a dos reajustes das mensalidades de escolas na década de 1990, que também era alvo de conflitos e litígios. E conclui que **a situação só melhorou quando os estabelecimentos de ensino passaram a fornecer planilhas de custos detalhadas, como pressuposto para realização do aumento:**

156. A atual situação dos reajustes dos planos de saúde coletivos pode ser comparada com a situação dos reajustes das mensalidades escolares na década de 90, quando eram frequentes as reclamações de reajustes abusivos pelos estabelecimentos escolares. Com o objetivo de reduzir os conflitos, a Lei 9.870/1999 determinou que o valor anual ou semestral, cobrado pelos estabelecimentos de ensino, deverá ter como base a última parcela da anuidade ou da semestralidade legalmente fixada no ano anterior, multiplicada pelo número de parcelas do período letivo, e que poderá ser acrescido ao valor total anual o montante proporcional à variação de custos a título de pessoal e de custeio, **comprovado mediante apresen-**

31 Diante das irregularidades apontadas na mencionada auditoria do TCU, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) ajuizou ação civil pública em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar, processo nº 5010777-40.2018.4.03.6100, questionando os reajustes em planos individuais e familiares, cuja limitação é feita pela citada Agência Reguladora. O processo ainda não possui decisão de mérito e, atualmente, está em fase de instrução processual.

tação de planilha de custo, mesmo quando esta variação resulte da introdução de aprimoramentos no processo didático-pedagógico.

157. A forma da planilha de custos citada foi definida por meio do Decreto 3.274/1999 e, de acordo com o normativo, os estabelecimentos escolares devem discriminar seus custos com pagamento de docentes e de funcionários técnico-administrativos, além dos encargos sociais correspondentes. Devem especificar os gastos com manutenção, material, aluguéis, depreciação e informar o número de alunos pagantes e não pagantes.

158. A transparência das informações foi essencial para a diminuição dos conflitos entre os responsáveis e os proprietários de estabelecimentos de ensino. A partir da entrada em vigor da mencionada lei, os responsáveis pelos alunos podem, sozinhos ou reunidos em associações ou com auxílio especializado, conferir as informações apresentadas, comparar com as de outros estabelecimentos e questionar as variações de custos.

A auditoria também ressalta que a exigência de amplos conhecimentos técnicos atuários somada à necessidade de acesso a dados que estão em poder das operadoras de planos de saúde (como despesas assistenciais da carteira, despesas administrativas e operacionais das operadoras, reajustes a serem aplicados aos contratos firmados com os prestadores de serviços) **REFORÇAM a vulnerabilidade técnica do consumidor** (Item 146, Documento nº 10).

Ora, a inexistência de clareza sobre a forma como os cálculos são efetuados e a ausência de comprovação da legalidade destes implica na transferência, por parte de operadoras e administradoras de planos de saúde, do risco inerente à atividade econômica para o consumidor, causando manifesto desequilíbrio na relação contratual.

Assim, o que se verifica é que, atualmente, a adesão a um plano de saúde coletivo para os consumidores significa a assinatura de um cheque em branco: como não há informação clara e suficiente e comprovação efetiva da base atuarial dos reajustes, o custo do risco da atividade econômica da comercialização de planos de saúde é transferido aos beneficiários, justamente a parte mais vulnerável da relação.

Segundo noticiado pelo jornal *Folha de São Paulo* em julho de 2019³²:

32 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/planos-de-saude-coletivos-sobem-quase-o-triplo-dos-individuais.shtml>. Acesso em: 22 fev. 2020.

O aumento de planos coletivos empresariais e por adesão chega a 20%, quase o triplo do reajuste anunciado [...] pela ANS [...] para os planos individuais, de 7,35% – abaixo dos 10% fixados em 2018. [...] Clientes da Qualicorp, que administra planos de 2,4 milhões de beneficiários de grandes operadoras como Amil, SulAmérica e Bradesco, receberam neste mês boletos com reajuste de 19,98%. O índice é bem acima do IPCA, a inflação oficial do país, que fechou 2018 em 3,75%. De 2012 a 2018, o acúmulo dos reajustes pelas operadoras nos planos coletivos chegou a 111,72%, ao passo que o acumulado pelos planos individuais alcançou 77,29%. (g.n)

Diante desse cenário, é manifesta a necessidade de maior proteção aos consumidores de planos coletivos no que se refere ao direito à informação e transparência nos reajustes anuais aplicados.

Em razão disso, requer-se seja determinado que as requeridas, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentem em Juízo a média dos reajustes anuais aplicados, nos últimos 3 (três) anos, nos planos de saúde coletivos empresariais e por adesão que comercializam e/ou administram no estado de São Paulo, bem como a forma como foram negociados e como os consumidores foram informados acerca de tais reajustes, sob pena de multa diária.

Ao final desta demanda, para permanente e efetiva proteção aos consumidores paulistas, requer-se sejam as requeridas condenadas em obrigação de fazer, consistente no fornecimento, diretamente aos consumidores, e previamente a cada reajuste anual a ser aplicado, de **planilhas de custos detalhadas, explicitando de forma clara e acessível toda a composição de cálculo do percentual do reajuste** (como despesas assistenciais da carteira, índices de sinistralidade considerados, custos médico-hospitalares efetivamente pagos, despesas administrativas e operacionais das operadoras, dentre outros).

5.2 Da maior proteção necessária diante da pandemia da covid-19

Se o direito à informação clara e transparente é direito básico do consumidor, não se pode olvidar que a pandemia da Covid-19, que assola o país não apenas do ponto de vista sanitário, mas também social e econômico, demanda ainda mais proteção nesse aspecto.

Após o início da pandemia, os reajustes anuais aplicados em 2020 foram suspensos pela ANS no último semestre, mas passaram a ser cobrados em 2021 com

retroatividade³³. Ou seja, no corrente ano, o consumidor arcará cumulativamente e de uma só vez com os reajustes de 2020 e 2021.

Além disso, há a sobrecarga dos reajustes que já foram suportados ao longo dos últimos anos pelos consumidores de planos coletivos. Como indicou a citada reportagem do jornal *Folha de São Paulo*, verificou-se, em média, reajustes que superaram 100% entre 2012 a 2018.

Como demonstra a extensa pesquisa jurisprudencial trazida na presente ação, pautada em demandas individuais propostas por consumidores de planos coletivos em face das requeridas, estas vêm estabelecendo reajustes anuais abusivos, não sendo capazes de apresentar documentos necessários para justificá-los tecnicamente, nem mesmo quando se conta com o auxílio de um perito especialista em cálculos atuariais³⁴.

Em diversas ações judiciais relacionadas aos planos coletivos, a ausência de prova do incremento da sinistralidade e/ou do aumento de custos médico-hospitalares a justificarem o patamar de reajuste aplicado invalida e torna este ineficaz.

No atual período de pandemia da Covid-19, em que a população vive uma das piores crises econômicas e sanitárias da história, diversos estudos, inclusive da própria ANS³⁵ e do Ministério da Economia, apontam efetiva redução de sinistralidade e de variação de custos médico-hospitalares, além de aumento de lucro das maiores operadoras de planos de saúde³⁶.

Indagadas a informar se houve diminuição da sinistralidade com o advento da pandemia, as requeridas ou não responderam ou deram informações evasivas, como indicado no item 4.1.

A ré Amil, em resposta, indicou que não houve redução de sinistralidade sob o fundamento não comprovado de que, apesar da suspensão dos procedimentos eletivos, outros itens tiveram incremento na utilização.

33 Comunicados nº 85 e 87 da ANS (Documentos nº 13 e 14).

34 Conforme análise dos julgados acostados.

35 Notas Técnicas nº 04/2020/DIRAD-DIOPE/DIOPE (Documento nº X) e nº 13/2020/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO (Documento nº X).

36 Disponível em: <http://plurall.com.br/plurall/planos-de-saude-lucram-mais-no-segundo-trimestre/>. Acesso em: 22 fev. 2020.

No mesmo sentido foi o Bradesco, que chegou a apontar a sinistralidade de mais de 100% nos últimos meses de 2020, bem acima da média para períodos anteriores ao da pandemia (geralmente 80%).

Ocorre que, de acordo com a Associação Nacional dos Hospitais Particulares, houve redução de 2% no total de internações entre janeiro e outubro de 2020, em comparação com o mesmo período de 2019 (Documento nº 15). Além disso, a taxa de ocupação de leitos dos hospitais associados também reduziu de 77,8%, de janeiro a outubro de 2019, para 66,5% no mesmo período de 2020.

Também houve sensível redução de internações das demais patologias. A taxa de pacientes submetidos a procedimentos cirúrgicos também caiu 4,2 pontos percentuais no terceiro trimestre de 2020, em comparação com o mesmo período de 2019.

Assim, as informações apontam que fatores externos determinantes no cálculo de reajuste das mensalidades por variação de custos não só não aumentaram como também diminuíram.

Vale citar quadro constante na Nota Técnica nº 04/2020/DIRAD-DIOPE/DIOPE da ANS, que fez análise dos indicadores das operadoras (Documento nº 16, fls. 3/4):

Figura 4 – Recebimentos de pagamentos dos beneficiários, valores pagos a fornecedores e prestadores e sinistralidade de caixa* (R\$ MM), com dados mensais

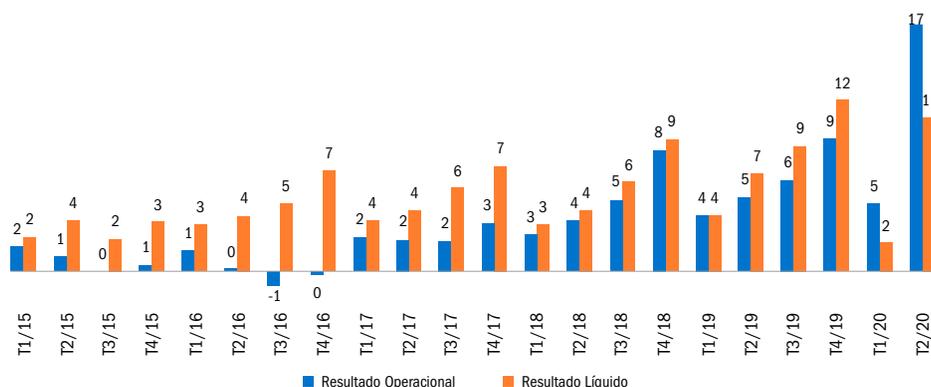


Fonte: Amostra de 100 operadoras respondentes de RI, agosto de 2020.

A figura acima é bastante rica e sintetiza diversos aspectos importantes na ótica econômico-financeira. Pela ótica da receita, destaca-se que não houve variação significativa desse montante durante a crise, um grande receio no início da pandemia. Para isso se destacam dois aspectos: base de beneficiários e nível de inadimplência. Frente à crise econômica observada, houve, relativamente, pequena redução nos últimos meses da base de beneficiários, considerando os dados até junho.

Além disso, vale colacionar o quadro com análise de resultados acumulados no ano, também constante da citada Nota Técnica (fl. 8):

Figura 12 – Total de Resultados Acumulado no Ano (em R\$ bilhões)



Fonte: DIOPS, T1/2015 até T2/2020.

[...] Observa-se que o valor do Resultado Operacional acumulado em T2/2020 é igual ao somatório do resultado operacional dos últimos dois anos (2018 e 2019), bem como que o montante do Resultado Líquido acumulado em T2/2020 já é próximo ao resultado líquido total de 2019.

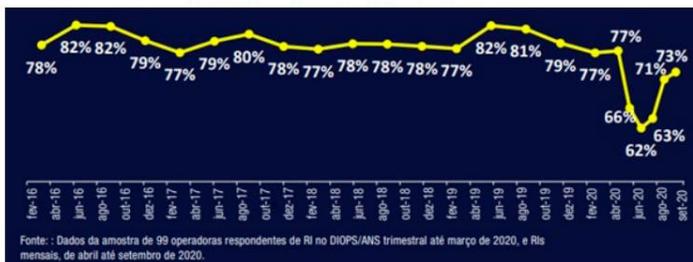
Por outro lado, a Nota Técnica nº 13/2020/GEFAP/GGREG/DIRAD-DIPRO/DIPRO da ANS, que analisa os indicadores das carteiras de usuários, constata:

[...] merece destaque que o cenário atual, com os resultados apresentados até o momento, aponta para forte possibilidade de variação negativa das despesas por beneficiário no ano de 2020. A despesa por beneficiário é a base para o cálculo dos reajustes anuais de planos de saúde. (Documento nº 17).

Nesse contexto de curva descendente do índice de sinistralidade, o Ministério da Economia, por meio da Nota Técnica SEI nº 49150/2020/ME (Documento nº 18), concluiu que houve mesmo um declínio no ano de 2020 e, ainda nos meses em que houve aumento relativo, os percentuais estiveram abaixo na média dos anos anteriores, o que deveria ser considerado no cálculo atuarial de planos coletivos:

58. Ainda segundo o Boletim COVID-19^[6] de outubro de 2020, com base nas informações enviadas por 99 operadoras, houve significativa redução no índice de sinistralidade do setor durante o período de pandemia, em relação a anos anteriores (Gráfico 03). A tendência de queda do índice começou a mudar em agosto, com a volta gradual dos atendimentos de procedimentos eletivos, mas ainda não alcançou a média dos anos anteriores.

Gráfico 03 – Índice de Sinistralidade de caixa



Fonte: ANS

Nesse sentido, o Ministério da Economia emitiu recomendação para que a ANS estime a probabilidade do reajuste em 2021 constar resultado negativo, com base no método dos planos individuais, bem como estime qual o efeito esperado sobre os planos coletivos:

61. Entretanto, considerando que houve queda significativa na média anual do índice de sinistralidade, recomenda-se à ANS estimar qual a probabilidade de o reajuste referente ao ano de 2020 ter resultado negativo, segundo a metodologia prevista para os planos individuais; bem como qual o efeito esperado sobre os planos coletivos, estabelecendo, a partir disso, recomendações e diretrizes sobre o valor do reajuste anual dos produtos com reajuste anual livre.

Em resposta, a ANS, por meio da Nota Técnica nº 03/2020 (Documento nº 19), reconheceu a manutenção da situação da baixa sinistralidade e despesas de assistência médica por usuário, apontando que, no que se refere aos planos coletivos, o reajuste para o ano de 2021 deverá ser definido entre as operadoras e as pessoas jurídicas contratantes.

Contudo, apesar da comprovada redução, não há garantia de que, em 2021, o reajuste anual dos planos coletivos das requeridas contemple este impacto, pois o que se observa, como já exposto, é a inexistência de livre negociação entre as partes e de efetiva transparência.

A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, geralmente defendida pelas empresas operadoras e administradoras de planos de saúde para justificar de forma genérica os altos índices de reajustes, parece não ser aplicada nas relações contratuais quando deveria se operar a favor do consumidor, justamente a parte mais vulnerável da relação contratual.

Sobre o assunto, vale citar recente artigo publicado por Rizzato Nunes:

Primeiramente, refiro o que é óbvio: depois que um contrato é firmado com o consumidor (qualquer que seja o contrato: de compra e venda de produto ou de prestação de serviço, para qualquer produto e para qualquer serviço) o preço não pode mais ser modificado. **Poder-se-ia aceitar a mudança para a diminuição do preço, mas nunca para seu aumento.** [...] Veja-se a que ponto chegamos. É a lei que tem de dizer: “após o fechamento do negócio, no qual se fixou as prestações das partes, o objeto da obrigação e o preço, uma delas – o vendedor ou prestador do serviço – não pode mais, sem o consentimento da outra, mudar (aumentar) o preço”. Isso devia ser pressuposto indiscutível, de tal forma embutido nas relações que ninguém se lembrasse de citá-lo. No entanto, o legislador foi obrigado a transformá-lo em norma! **A regra, é verdade, dirige-se aos casos em que o negócio já foi firmado, uma vez que, no sistema de liberdade de preços atualmente vigente no País, o valor inicialmente é fixado de forma livre pelo fornecedor. O que ele não pode fazer é modificá-lo para aumentá-lo após ter efetuado a transação.** [...] Ora, lembremos uma distinção importante: o “reajuste” de um preço é aceitável. Por exemplo, aplicando-se um índice prefixado e oficial de correção monetária. Isso é diferente de “aumento” puro e simples do preço. Uma revisão, no caso, implicaria numa necessidade de comprovação efetiva e até individualizada, a partir de critérios justos e objetivos conforme previsto na lei e, também, que estivessem em plena sintonia com o princípio da boa-fé objetiva (honestidade, lealdade, equilíbrio, dever de cooperação, dever de cuidado e equidade). **Na presente situação, ainda que as operadoras de planos de saúde queiram modificar seus preços, arguindo que sofreram aumento de custos, tudo indica que, no período da pandemia, houve diminuição desses custos.** Assim, se era para modificar algo, seria caso de diminuição. Pergunto: será que um dia assistiremos à redução do preço?³⁷

Em razão disso, essencial que as requeridas tragam em Juízo, sob pena de multa, informações efetivas sobre o impacto da comprovada queda de sinistralidade de 2020 nos reajustes dos planos coletivos que foram ou serão aplicados em 2021 aos produtos que comercializam ou administram em São Paulo, garantindo informação clara e transparência aos consumidores.

Trata-se de imposição de obrigação de fazer que, conjuntamente com a medida requerida no item 5.1, e somada à condenação de reparação de dano pleiteada a seguir, constituirá o conjunto de medidas necessárias ao resguardo dos direitos dos consumidores.

37 Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/abc-do-cdc/339885/aumento-abusivo-nos-planos-de-saude-coletivos--procon-sp-tem-razao>. Acesso em: 22 fev. 2020.

5.3 Dano moral coletivo

por todos os dados apresentados nesta demanda, verifica-se que os usuários de planos de saúde coletivos das requeridas, anualmente, estão sujeitos a reajustes que, em muito, superam a inflação e os índices dos planos individuais, sem a suposta negociação correlata, sem informação suficiente e tampouco comprovação da real base de cálculo, em um cenário de **sistemático desrespeito aos direitos dos consumidores**, o que se agrava neste contexto de Pandemia da Covid-19 e claramente enseja a condenação em danos morais.

A reparação do dano moral é direito consagrado no art. 5º, X, da Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor, no art. 6º, inciso VI, bem como pelo Código Civil, em seu artigo 186, que determina que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Assim, a reparação de dano deve levar em conta todas as esferas lesadas, sendo que os danos perpetrados pelas requeridas por práticas como as narradas nesta inicial suplantam o âmbito material.

Ora, a alta judicialização decorrente da ausência de transparência sobre os critérios de reajustes anuais em planos de saúde coletivos comercializados ou administrados pelas requeridas, bem como o crescimento de reclamações perante o Procon-SP, lideradas pelas réis, comprovam que, mesmo quando provocadas, não demonstram as justificativas de cálculos para subsidiar os reajustes, considerados abusivos em todos os 100 (cem) processos da amostra que pautam esta demanda.

Tão grave quanto o prejuízo econômico que os “indecifráveis” reajustes provocaram é o sentimento de milhares de consumidores de estarem em **permanente situação de impotência e desconfiança**.

Portanto deve-se tutelar o sofrimento causado, utilizando-se como base a efetiva proteção coletiva pretendida pelo novo ordenamento processual civil.

Elucidativa é a lição de Alberto Bittar Filho:

O dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu

aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*)³⁸.

A jurisprudência pátria reconhece a ocorrência de danos morais difusos por violação ao direito dos consumidores, especialmente quando configurada alteração relevante na ordem patrimonial coletiva, tal como a **causada por violação ao direito de informação e transparência**. O seguinte precedente do STJ é elucidativo:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA MOVIDA POR ASSOCIAÇÃO DE CONSUMIDORES. DIREITO A INFORMAÇÃO. PRINCÍPIO DA TRANSPARÊNCIA. VENDA A CRÉDITO DE VEÍCULOS SEM A DEVIDA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES AOS CONSUMIDORES. ARTS. 37, 38 E 52, CAPUT, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. JUROS EMBUTIDOS. PUBLICIDADE ENGANOSA. OCORRÊNCIA. DANO MORAL COLETIVO DE CONSUMO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO DO STJ. [...] DANO MORAL COLETIVO DE CONSUMO

6. O dano moral coletivo encarna lesão a bens imateriais de grupo de pessoas, determinado ou não, causada por afronta a valores ético-jurídicos primordiais da sociedade, entre os quais se incluem dignidade humana, paz e tranquilidade sociais, tratamento isonômico, respeito à diversidade, boa-fé nas relações jurídicas, proibidade administrativa e cuidado com o patrimônio público, integridade do processo eleitoral, conservação das bases ecológicas da vida, verdade na produção e veiculação de informações.

7. Não se trata de dano hipotético ou fictício, pois reconhecido pelo ordenamento jurídico. Equivocado afastá-lo em reação à força retórica da crítica fácil à banalização e indústria do dano moral. Se trivialidade ou massificação ocorre, é no desrespeito a direitos básicos dos consumidores pelos agentes econômicos privados - sem falar do próprio Estado. Permissividade e tolerância que, historicamente, se apelidaram de ousadia empreendedora, exatamente o tipo de “normalidade” que identifica o capitalismo selvagem e predatório, sem ética nem freio - a antítese da verdadeira economia de mercado -, patologias que levaram precisamente à edição do CDC.

[...]

9. Enganar o consumidor ou dele abusar vai muito além de dissabor irrelevante ou aborrecimento desprezível, de natural conduta cotidiana, aceitável na vida em sociedade. Reagir judicialmente contra o engano e o abuso na relação de consumo não revela faniquito exaltado ou mimimi ético, mas sim corresponde a acreditar em direitos conferidos pelo legislador - por meio de norma cogente de ordem pública e interesse social - e a judicializá-los quando desrespeitados.

38 Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/30881-33349-1-PB.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2020.

10. A intangibilidade e a impossibilidade de cálculo milimétrico ou matemático não descaracterizam a lesão moral coletiva. Entre seus atributos principais estão independe-
quer de identificação com nome e RG de vítimas individualizadas, quer de prévia recla-
mação por elas apresentadas perante órgãos estatais. Dispensa tanto a demonstração
de dor, repulsa e indignação coletiva, quanto a prova documental, a perícia e outros
meios probatórios típicos de prejuízos materiais e individuais. Precedentes do STJ.

[...]

12. Assim, o acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência do STJ no sentido do cabimento de indenização por dano moral coletivo em Ação Civil Pública, sobretudo quando há clara violação do direito de informação previsto no CDC, diante de oferta e anúncios publicitários, não se exigindo, para tanto, dolo ou culpa na conduta, consoante a índole do microssistema. Precedentes: AgInt no AREsp 1.074.382/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe de 24.10.2018; REsp 1.487.046/MT, Rel. Mi-
nistro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 16.5.2017; AgRg no AgRg no REsp 1.261.824/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 9.5.2013.

13. Recursos Especiais não providos. (Resp 1828620/RO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 05/10/2020).

No presente caso, não há dúvidas de que o dano causado pelas requeridas atinge uma esfera transindividual, configurando-se como difuso, pois agride bem jurídico de forma indivisível.

Cabe destacar que “o dano extrapatrimonial coletivo prescinde da comprovação de dor, de sofrimento e de abalo psicológico, suscetíveis de apreciação na esfera do indivíduo, mas inaplicável aos interesses difusos e coletivos”³⁹.

Quanto aos critérios de arbitramento do valor a ser indenizado a título de danos morais, a condenação deve ter tríplice finalidade: **satisfativo para a vítima, dissuasório para o ofensor e de exemplaridade para a sociedade.**

O valor a ser arbitrado, a título de danos morais, portanto, deve situar-se em patamar que represente inibição à prática de outros atos antijurídicos e imorais por parte das requeridas, sob pena de se cancelar e estimular o comportamento infringente.

Assim, entende-se que a indenização por danos morais difusos não pode ser inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) para cada requerida, revertendo-

39 REsp 1057274/RS.

se para o Fundo Estadual de Direito Difusos (FID), vinculado à Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo (art. 13 da LACP).

Além da condenação em danos morais, visando inibição à prática de outros atos antijurídicos por parte das requeridas, mostra-se necessário, para a devida proteção aos consumidores paulistas, também impor às requeridas as obrigações de fazer expostas nos itens 5.1 e 5.2, com correspondente concessão de tutela provisória.

6. DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

Por todo o exposto, os requisitos para concessão de tutela de urgência restam evidenciados.

Conforme dispõe o art. 300, a tutela de urgência, que é objeto de interesse na presente exordial, deve ser concedida quando houver elementos que **evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo**. Poderá ser **concedida liminarmente, como é o caso dos autos**, ou após justificação prévia.

A **probabilidade do direito** é indubitável devido a toda a argumentação jurídica expendida ao longo desta inicial, especialmente pela extensa pesquisa jurisprudencial apresentada que, somada às reclamações perante o Procon-SP, demonstram a sistemática afronta aos direitos dos consumidores nos reajustes anuais de planos coletivos praticados pelas requeridas.

Por isso é essencial que, em sede de liminar, estas sejam compelidas a apresentar em Juízo a média dos reajustes anuais aplicados, nos últimos 3 (três) anos, nos planos de saúde coletivos empresariais e por adesão que comercializam e/ou administram no estado de São Paulo, bem como a forma como foram negociados e como os consumidores foram informados acerca de tais reajustes, sob pena de multa diária.

Além disso, diante de estudos técnicos elaborados pelas áreas especializadas da ANS e do Ministério da Economia, apontando a redução de sinistralidade e variação de custos médico-hospitalar em 2020 durante a pandemia da Covid-19, que acaba de completar um ano no Brasil e deve impactar nos reajustes aplicados no ano de 2021⁴⁰, é essencial que as requeridas tragam em Juízo, com urgência, informações efetivas sobre o impacto da comprovada queda de sinistralidade aos reajustes dos planos coletivos que foram ou serão aplicados no corrente ano.

40 Que se referem a dados de 2020.

Por fim, fica evidente o *periculum in mora* no caso em comento, estando claro o risco de lesão a consumidores de planos de saúde coletivos pela possível implementação nos próximos meses de reajustes anuais sem a devida transparência sobre a metodologia dos cálculos utilizados, bem como sem a devida consideração dos impactos da pandemia da Covid-19.

Iminente, pois, por tudo o que foi relatado nesta inicial, a necessidade da concessão, liminarmente, de tutela provisória de urgência.

7. DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Deferida a tutela provisória requerida, aplica-se, para o julgamento do feito, a inversão do ônus da prova.

A inversão, quando comprovada a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência técnica, nos termos do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor⁴¹, é considerada direito básico no âmbito consumerista.

A presença de verossimilhança de alegações ou hipossuficiência técnica são requisitos alternativos, podendo o juiz inverter quando apenas um dos requisitos estiver presente.

Neste caso, ambas as situações estão presentes. Em relação à verossimilhança das alegações, é incontestável a sistemática afronta aos direitos dos consumidores, bem como clara insuficiência de informações e desequilíbrio da relação consumerista nos reajustes anuais de planos coletivos praticados pelas requeridas. Tal desequilíbrio é agravado no contexto da pandemia mundial da Covid-19, no qual houve redução do uso de serviços médicos na maior parte dos meses do ano passado, o que deve ser considerado nos reajustes aplicados em 2021⁴².

41 Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do Juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

42 Como já decidido pelo TJSP: “não faz sentido atribuir à beneficiária o ônus de provar a inoccorrência do incremento da sinistralidade ou do aumento das despesas médico-hospitalares, diante da completa ausência de elementos em mãos a demonstrar tal fato. Razoável tal ônus seja incumbido à ré, operadora de saúde, que, além de possuir expertise na área médica, tem em mãos todos os documentos clínicos capazes de comprovar o efetivo incremento da utilização do plano de saúde, e de seus custos” (Apelação cível nº 1000044-05.2017.8.26.0358, Relator Desembargador Francisco Loureiro, 1ª Câmara de Direito Privado, julgado em 29/7/2019).

Quanto à hipossuficiência, esse requisito deve ser analisado de forma técnica, e não econômica, como aponta a doutrina.

Note-se que a partícula “ou” bem esclarece que, a favor do consumidor, pode o juiz inverter o ônus da prova quando apenas uma das duas hipóteses está presente no caso. Não há qualquer outra exigência no CDC, sendo facultado ao juiz inverter o ônus da prova inclusive quando esta prova é difícil mesmo para o fornecedor, parte mais forte e expert na relação, pois o espírito do CDC é justamente de facilitar a defesa dos direitos dos consumidores e não o contrário, impondo provar o que é em verdade o “risco profissional” ao – vulnerável e leigo – consumidor. [...] **Exigir uma prova negativa do consumidor é imputar a este pagar duas vezes pelo lucro do fornecedor com atividade de risco pago e no dano sofrido.**⁴³

Cabe destacar que não há obstáculo à autorização da inversão de ônus da prova a favor de substitutos processuais em ações coletivas, conforme lição de Hugo Nigro Mazzilli:

Ao autorizar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor (CDC, art. 6º, VIII), a lei quer alcançar não apenas o consumidor individual, mas também e com mais razão o consumidor considerado sob o aspecto coletivo. Assim, seus substitutos processuais podem beneficiar-se com a inversão do ônus probatório (são os colegitimados ativos à ação civil pública ou coletiva, que litigam em benefício de consumidores, como as associações, os Procons, o Ministério Público)⁴⁴.

Nesses termos, incumbe às requeridas o ônus da prova, não podendo, para tal, se basear em elementos meramente teóricos ou desprovidos de elementos concretos.

8. DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, o Procon-SP requer a Vossa Excelência o quanto segue:

a) a concessão de tutela provisória de urgência, *inaudita altera pars*, para:

i. Determinar que as requeridas, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentem em Juízo informações efetivas sobre o impacto da comprovada queda de sinistralidade de 2020 nos reajustes dos planos coletivos que foram ou serão aplicados em 2021 aos produtos que comercializam ou administram em São Paulo, garantindo informação clara e transparência aos consumidores, sob pena de multa diária.

43 MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno (org.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 346-347.

44 Op. cit., fl. 722.

ii. Determinar que as requeridas, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentem em Juízo a média dos reajustes anuais aplicados, nos últimos 3 (três) anos, nos planos de saúde coletivos empresariais e por adesão que comercializam e/ou administram no estado de São Paulo, bem como a forma como foram negociados e como os consumidores foram informados acerca de tais reajustes, sob pena de multa diária;

b) a intimação do Ministério Público;

c) a citação das requeridas para que, no prazo legal, apresentem defesa, sob pena de sofrer os efeitos da revelia;

d) a inversão do ônus da prova;

e) ao final da demanda:

i. Condenação das requeridas, a título de danos morais coletivos, ao pagamento da quantia de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) cada, revertendo-se para o Fundo Estadual de Defesa dos Interesses Difusos (FID), vinculado à Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo, nos termos do art. 13 da Lei nº 7.347/1985.

ii. Confirmação das tutelas provisórias requeridas e condenação final em obrigação de fazer, consistente no fornecimento, diretamente aos consumidores, e previamente a cada reajuste anual a ser aplicado, de planilhas de custos detalhadas, explicitando de forma clara e acessível toda a composição de cálculo do índice de reajuste.

f) a condenação das requeridas nos ônus de sucumbência e no pagamento das despesas processuais.

Atribui-se à causa o valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões).

Termos em que pede e espera deferimento.

São Paulo, 21 de abril de 2021.

FERNANDO CAPEZ

Diretor Executivo do Procon

FREDERICO JOSÉ F. DE ATHAYDE

Subprocurador-Geral do Estado Contencioso Geral OAB/SP nº 270.368

FLORENCE ANGEL G. MARTINS

Procuradora do Estado OAB/SP nº 341.188

RELAÇÃO DE DOCUMENTOS

Documento nº 01 – MEMO/FP/DAOC/005-2021 – informa total de demandas relacionadas a reajuste de planos de saúde registradas no Procon-SP em janeiro de 2021.

Documento nº 02 – Autos de Notificação – Amil Assistência Médica Internacional S.A: Auto de Notificação nº 06081-D8 (fls. 01/03) e nº 04686-D8 (fls. 08/09); Bradesco Saúde S/A: Auto de Notificação nº 06486-D8 (fls. 04/05); Sul América Companhia de Seguro Saúde: Auto de Notificação nº 06320-D8 (fls. 06/07); Qualicorp Administradora de Benefícios S.A: Auto de Notificação nº 06084-D8 (fls. 10/12); Notre Dame Intermédica Saúde S.A: Auto de Notificação nº 06030-D8 (fls. 13/15).

Documento nº 03 – Auto de Notificação 06081-D8 – Amil – completo;

Documento nº 04 – Auto de Notificação nº 06486-D8 – Bradesco – completo;

Documento nº 05 – Auto de Notificação nº 06030-D8 – Notre Dame – completo;

Documento nº 06 – Auto de Notificação 06320-D8 – Sul América – completo;

Documento nº 07 – Auto de Notificação 06084-D8 – Qualicorp – completo;

Documento nº 08 – Autos de Infração;

Documento nº 09 – Pesquisa de 100 recentes julgados relacionados a planos coletivos, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Documento nº 10 – Auditoria Operacional TCU 021.852/2014-6 e Acórdão 679/2018;

Documento nº 11 – Relatório de Monitoramento TC 039.246/2020-5;

Documento nº 12 – MEMO/FP/DAOC/014/021 – levantamento das demandas referentes a reajustes aplicados em planos de saúde no mês de janeiro de 2021;

Documento nº 13 – Comunicado nº 85, de 31 de agosto de 2020, da ANS;

Documento nº 14 – Comunicado nº 87, de 26 de novembro de 2020, da ANS;

Documento nº 15 – Nota Técnica ANAHP;

Documento nº 16 – Nota Técnica nº 04/2020/DIRAD-DIOPE/DIOPE;

Documento nº 17 – Nota Técnica nº 13/2020/GEFAP/GGREG/DIRAD-DIPRO/DIPRO;

Documento nº 18 – Nota Técnica SEI nº 49150/2020/ME do Ministério da Economia;

Documento nº 19 – Nota Técnica nº 03/2020/COREF/GEFAP/GGREP/
DIRAD- IPRO/DIPRO;

Documento nº 20 – Termo de Convênio celebrado pelo estado de São Paulo, por
intermédio da Procuradoria-Geral do Estado e Procon-SP;

Documento nº 21 – Resolução PGE nº 19, de 7 de agosto de 2020.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL – FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar – sala 907, Centro – CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333 r2037, São Paulo-SP – E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

DECISÃO

PROCESSO DIGITAL Nº: 1024367-77.2021.8.26.0053

CLASSE – ASSUNTO: Ação Civil Pública Cível - Contratos de Consumo

REQUERENTE: PROCON - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

REQUERIDO: Qualicorp Administradora de Benefícios S.A. e outros

Aos 26 de abril de 2021

Eu, Paulo Roberto Frezzatti, faço conclusos estes autos ao(à) M.M. Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Adriano Marcos Laroca**

Vistos.

Concedo a tutela antecipada requerida para que as rés apresentem as informações solicitadas pelo PROCON no prazo da defesa.

Citem-se, servindo a presente como mandado.

Intime-se.

São Paulo, 26 de abril de 2021.

ADRIANO MARCOS LAROCA

Juiz (a) de Direito



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

12ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Paulina, 80, 9º andar - sala 907, Centro - CEP 01501-020,

Fone: 3242-2333 r2037, São Paulo-SP - E-mail: sp12faz@tjsp.jus.br

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

DECISÃO

PROCESSO DIGITAL Nº: 1024367-77.2021.8.26.0053

CLASSE - ASSUNTO: Ação Civil Pública Cível - Contratos de Consumo

REQUERENTE: PROCON - FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

REQUERIDO: Amil Assistência Médica Internacional LTDA e outros

Aos 10 de junho de 2021

Eu, Adriano Marcos Laroca, faço conclusos estes autos ao(à) M.M. Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Adriano Marcos Laroca**

Vistos.

O PROCON move ação civil pública em face da AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL LTDA., BRADESCO SAÚDE S/A, NOTRE DAME INTERMÉDICA ADMINISTRADORA DE BENEFÍCIOS S/A objetivando, em resumo, a condenação das rés ao pagamento de dano moral coletivo no importe de dez milhões de Reais, e também à obrigação de fazer consistente no fornecimento, prévio ao reajuste e diretamente, aos consumidores, das planilhas de custo do reajuste anual, explicando de forma clara e acessível a composição de cálculo do índice de reajuste. Pede tutela de urgência para que as rés apresentem "informações efetivas sobre o impacto da comprovada queda de sinistralidade de 2020 nos reajustes dos planos coletivos que foram ou serão aplicados em 2021 aos produtos que comercializam ou administram em São Paulo, garantindo informação clara e transparência aos consumidores" e, ainda, "a média dos reajustes anuais aplicados, nos últimos 3 (três) anos, nos planos de saúde coletivos empresariais e por adesão que comercializam e/ou administram no estado de São Paulo, bem como a forma como foram negociados e como os consumidores foram informados acerca de tais reajustes".

Fundamenta tais pedidos na suposta ausência de transparência na informação das rés aos consumidores sobre a justificativa técnica para o reajuste anual dos planos coletivos. Menciona que as empresas sequer quando acionadas judicialmente apresentaram essa informação. Aduz que os planos de saúde coletivos se submeteriam ao CDC (súmula 100 do Egrégio TJSP e súmula 608 do STJ) e, portanto, essa conduta omissiva, em tese, seria abusiva e onerosa excessivamente aos usuários consumidores dos serviços, com afronta aos artigos 4º, *caput*, III, 6º, incisos III a V, ambos do CDC e ao artigo 16, XI, da Lei Federal nº 9.656/1998.

Foi concedida a tutela para apresentação das informações solicitadas pelo PROCON no prazo da defesa.

A corrê AMIL apresentou embargos de declaração (fls. 1507/1519), alegando que haveria demanda idêntica que tramite perante a 19ª Vara Cível Federal de São Paulo, movida pelo PROCON em face da ANS e que, por isso, por conexão, estes autos deveriam ser remetidos à Justiça Federal, nos termos do artigo 55, *caput*, ou parágrafo 3º, do CPC. Pede ainda para declarar o interesse jurídico da ANS na demanda.

A corrê Qualicorp contestou e também alegou em preliminar a conexão com a mesma ação.

Intimado, o PROCON se manifestou às fls. 3870/3879.

É o sucinto relatório. Fundamento e decido.

Recebo e acolho os embargos da declaração para rejeitar os pedidos de reconhecimento de interesse na ANS na presente demanda e de conexão entre esta e a que tramita na Justiça Federal, movida pelo PROCON em face da ANS. Vejamos.

Primeiro, como é sabido, uma ação é idêntica à outra quando contiver ambas as mesmas partes, o mesmo pedido (mediato e imediato) e a mesma causa de pedir (próxima e remota).

No caso em testilha, há divergência de partes, de causa de pedir próxima e pedido.

Aqui, ainda, por evidente, que não cabe a este juízo *ex officio* reconhecer o interesse jurídico da ANS na presente demanda, que se fundamenta inteiramente no CDC, não narrando na inicial (causa de pedir próxima) qualquer ação ou omissão da ANS.

Segundo, embora haja conexão entre esta demanda e a que tramita perante a Justiça Federal, evidentemente, não há prorrogação ou modificação de competência pela conexão, pois se trata de competência absoluta (artigo 54, *caput*, CPC).

Em outros termos, somente a competência territorial e em razão do valor da causa (competência relativa) admitem a modificação de competência (conexão e continência). As competências pessoal e material, como são o caso, por serem absolutas não a admitem. No máximo, prejudicialidade externa, se for o caso, o que será analisado melhor oportunamente (artigo 313, V, a, parágrafo 4º, CPC).

Por fim, de qualquer forma, intime-se pessoalmente ANS no endereço constante do site da Agência Nacional de Saúde Suplementar para manifestar se tem interesse jurídico na demanda, no prazo de quinze dias. Servirá a presente como mandado.

No mais, aguarde-se a vinda das demais defesas.

Ciência ao MPE.

Intime-se.

São Paulo, 10 de junho de 2021.

ADRIANO MARCOS LAROCA

Juiz (a) de Direito

PEÇAS E JULGADOS

EXCELENTÍSSIMO(A) SENHOR(A) DOUTOR(A) JUIZ(A) FEDERAL DA VARA CÍVEL FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO

A FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON-SP, pessoa jurídica de direito público, inscrita no CNPJ sob o nº 57.659.583/0001-84, com sede na Rua Barra Funda, nº 930, São Paulo/SP, CEP 01152-000, representada pelo Diretor Executivo Fernando Capez e pelos Procuradores do Estado infra-assinados, comparecem, respeitosamente, perante Vossa Excelência para, com fundamento na Lei nº 7.347/85 e artigos 81 e 82, inciso III, ambos do Código de Defesa do Consumidor, propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDO DE LIMINAR, em face da

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS, pessoa jurídica de direito público, autarquia federal, inscrita no CNPJ sob o nº 03.589.068/0001-46, com endereço para citação na Av. Bela Cintra, nº 986, São Paulo/SP, CEP 01415-000, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

1. BREVE SÍNTESE DOS FATOS

Em janeiro de 2021, a Fundação Procon-SP registrou o recorde de 962 (novecentos e sessenta e duas) reclamações de consumidores contra reajustes de planos de saúde, grande parte relacionada a **reajustes anuais de planos coletivos** (Documento nº 01).

Ante possível onerosidade excessiva e prática de conduta abusiva (art. 39, incisos V e X, do CDC¹), o Procon-SP notificou operadoras e administradoras de planos de saúde para informações e justificativas, mas estas não se mostraram suficientes.

1 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.

As notificadas foram autuadas nos termos do artigo 55, § 4º do Código de Defesa do Consumidor², sendo-lhes aplicada multa (Documentos nº 02 a 06).

Pela análise dos dados que serão explorados ao longo desta inicial, verificou-se que **os reajustes anuais de planos coletivos têm ocorrido sem transparência/informação suficiente acerca das justificativas técnicas, em percentuais elevados e muito superiores aos índices aplicados a planos individuais.**

Tal verificação foi confirmada por pesquisa jurisprudencial realizada em ações propostas por consumidores no estado de São Paulo. Foram selecionados **100 (cem) recentes julgados relacionados a planos coletivos**, com enfrentamento de mérito, constatando-se que, **em nenhuma demanda individual proposta, as operadoras de saúde demandadas lograram êxito em justificar os percentuais de reajustes aplicados.**

O Poder Judiciário Paulista, então, proferiu, em todos os casos da amostra, decisões protetivas ao consumidor ante a **abusividade de reajustes** (Documento nº 08)³, **determinando-se, em substituição, a aplicação dos reajustes fixados pela ANS para os planos individuais.**

Diante desse cenário, o Procon-SP encaminhou requerimento à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), expondo as reclamações recebidas no âmbito da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor e apontando, entre outras questões, que não houve comprovação, pelas reclamadas notificadas, de sinistralidade ou de custos médicos que justificassem os reajustes, nem de negociação transparente e fundamentada.

Expondo tais razões, agravadas pelo quadro da pandemia da Covid-19, o Procon-SP pleiteou que a Agência tomasse medidas para a redução dos reajustes anuais de planos coletivos, tal como a aplicação, como índice subsidiário, dos percentuais máximos fixados pela ANS para os planos individuais (Documento nº 07, fls. 02/08).

2 Art. 55 - A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços. [...] § 4º Os órgãos oficiais poderão expedir notificações aos fornecedores para que, sob pena de desobediência, prestem informações sobre questões de interesse do consumidor, resguardado o segredo industrial.

3 Não foram incluídas decisões liminares, julgamentos de Agravo de Instrumento, tendo em vista seu caráter provisório. **Os julgados são, em sua maioria, do ano de 2020.**

Em resposta, a ANS limitou-se a apresentar dados genéricos, citando os atos normativos que regulamentam os reajustes dos planos coletivos e o monitoramento destes (Documento nº 07, fls. 78/88).

A generalidade da resposta apresentada pela ANS confirma o entendimento adotado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) nos idos de 2018. No âmbito do TCU, a questão dos reajustes de planos de saúde coletivos foi enfrentada na Auditoria Operacional nº TC 021.852/2014-6, na qual se verificou insuficiência da atuação da ANS na prevenção, identificação e correção de reajustes abusivos em planos coletivos (Documento nº 09).

Em sessão realizada em 28/03/2018, o TCU determinou que a Agência elaborasse “**plano de providências** contemplando a instituição de mecanismos de atuação que permitam a **efetiva aferição da fidedignidade e a análise crítica das informações econômico-financeiras** comunicadas à autarquia pelas operadoras de planos de saúde, mormente [...] ao tratamento dos casos em que identificadas **práticas abusivas contra os consumidores**” (g. n.).

Se à época do julgamento, em 2018, já era evidente a preocupação com abusividade de reajustes, atualmente, em um cenário como o da **pandemia da Covid-19**, que assola o país dos pontos de vista sanitário, social e econômico, mostra-se ainda mais relevante que haja esta proteção ao consumidor dos planos de saúde coletivos.

Em 2020, a ANS chegou a suspender os reajustes de planos de saúde e, para tanto, realizou estudos, especialmente a Nota Técnica nº 04/2020/DIRAD-DIOPE/DIOPE (Documento nº 10) e a Nota Técnica nº 13/2020/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO (Documento nº 11).

Desses trabalhos técnicos da própria ANS, vale destacar as seguintes conclusões: 1) queda das despesas das empresas, de uma forma geral, pela redução de realização de procedimentos, consultas e sinistralidade, o que, somado à manutenção da média de receitas, implicou no aumento de resultados positivos do setor⁴; 2) aplicação regular dos reajustes como possível fator de agravamento do desequilíbrio dos contratos, pois contribuirá para o aumento da inadimplência, dada a falta de capacidade financeira dos beneficiários e contratantes.

4 “Merece destaque que o cenário atual com os resultados apresentados até o momento aponta para forte possibilidade de variação negativa das despesas por beneficiário no ano de 2020. Essa despesa por beneficiário é a base para o cálculo dos reajustes anuais de planos de saúde.”

Com base em tais estudos, a ANS emitiu o COMUNICADO n° 85, que suspendeu os reajustes dos planos privados de saúde, no período de setembro a dezembro de 2020 (Documento n° 12). Porém, pouco depois, o COMUNICADO n° 87 estabeleceu a forma de recomposição dos efeitos dessa suspensão, por meio da cobrança de 12 (doze) parcelas iguais e sucessivas, de janeiro a dezembro de 2021 (Documento n° 13).

Nesse contexto, o **Ministério da Economia** emitiu a Nota Técnica SEI n° 49150/2020/ME, destacando que houve **queda de sinistralidade e custos médicos no ano de 2020**, recomendando à ANS que **estime a probabilidade do reajuste em 2021 constar resultado negativo, com base no método dos planos individuais, bem como que estime o efeito esperado sobre os planos coletivos, estabelecendo recomendações e diretrizes** sobre o valor do reajuste anual destes produtos (Documento n° 14).

Em resposta, a ANS, em aparente contradição com os motivos que levaram à suspensão dos reajustes⁵, emitiu a Nota Técnica n° 03/2020/COREF/GEFAP/GGREG/DIRAD-DIPRO/DIPRO, na qual, apesar de reconhecer a queda da despesa assistencial médica por beneficiário, diz não ser possível estimar o impacto em planos coletivos e que o aumento será definido pela “livre negociação entre as operadoras e as pessoas jurídicas contratantes” (Documento n° 15), não estabelecendo as diretrizes recomendadas pelo Ministério da Economia.

Tendo em vista este cenário, o Procon-SP vem a Juízo visando **efetiva proteção aos usuários de planos de saúde coletivos**, dever da requerida, que pode ser cumprido por mecanismos já recomendados pelo próprio Tribunal de Contas da União e pelo Ministério da Economia, como será explorado desta demanda.

2. DA NECESSIDADE DE PROTEÇÃO PELA ANS DOS DIREITOS DOS CONSUMIDORES

É inegável que a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) figura como parte legítima a responder a presente demanda, em razão da condição de responsável pela regulação, pelo controle e pela fiscalização das operadoras do mercado de

5 Consubstanciados nas Notas Técnicas n° 04/2020/DIRAD-DIOPE/DIOPE e Nota Técnica n° 13/2020/GEFAP/GGREG/DIRAD-DIPRO/DIPRO.

saúde complementar nas relações com consumidores e prestadores, visando a promoção do interesse público.

Nesse sentido, vale citar o art. 3º da Lei nº 9.961/2000, que criou a referida Agência Reguladora:

Art. 3º - A ANS terá por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência complementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas reações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País.

Dessa forma, uma das finalidades institucionais da ANS é promover a **defesa do interesse público na assistência complementar à saúde, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores** (art. 3º da Lei nº 9.961/00).

Além disso, segundo o art. 4º da Lei nº 9.961/2000, compete à ANS autorizar os reajustes dos planos privados de assistência e homologá-los, bem como monitorar a evolução dos preços:

XVII- **autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias** dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda;

XVIII – **expedir normas e padrões** para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à **homologação de reajustes e revisões**;

[...]

XXI – **monitorar a evolução dos preços** de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos;

XXXI – requisitar o fornecimento de informações às operadoras de planos privados de assistência à saúde, bem como da rede prestadora de serviços a elas credenciada;

XXXVI – articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

O art. 4º da citada lei também atribuiu à ANS o dever de fiscalizar a atuação das operadoras de planos de saúde e punir irregularidades e descumprimentos à Lei nº 9.656/98, com vistas à proteção e defesa dos interesses dos usuários consumidores dos serviços privados de assistência à saúde.

Como afirma Maria Stela Gregori:

Distintas são as competências das Agências Reguladoras. **O foco de sua atuação não está em resolver conflitos pontuais**, agindo sobre os agentes de mercado sob a perspectiva de solução de casos concretos. A regulação se processa sobre o setor

regulado como um todo, na busca de um modelo que privilegie a ética e as boas práticas empresariais, com respeito ao direito dos consumidores.

[...]

A defesa dos interesses dos consumidores para as Agências Reguladoras é prospectiva e preventiva, englobando ações de regulamentação da atividade econômica das empresas, de monitoramento e acompanhamento do mercado e de fiscalização e controle do cumprimento das normas erigidas para o setor, sob as premissas da defesa da concorrência e da proteção do consumidor, princípios que se inscrevem como vetores da ordem econômica brasileira⁶.

Ademais, a Lei nº 13.848/19, Lei Geral das Agências Reguladoras Federais, determina que **incumbe às agências zelar pelo cumprimento da legislação de defesa do consumidor**, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor regulado, com indicação, inclusive, da possibilidade de articulação com os órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC):

Art. 31 - No exercício de suas atribuições, e em articulação com o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) e com o órgão de defesa do consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública, **incumbe às agências reguladoras zelar pelo cumprimento da legislação de defesa do consumidor**, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor regulado.

§ 1º - As agências reguladoras **poderão articular-se com os órgãos e as entidades integrantes do SNDC**, visando à **eficácia da proteção e defesa do consumidor** e do usuário de serviço público no âmbito das respectivas esferas de atuação.

§ 2º - As agências reguladoras poderão firmar convênios e acordos de cooperação com os órgãos e as entidades integrantes do SNDC para colaboração mútua, sendo vedada a delegação de competências que tenham sido a elas atribuídas por lei específica de proteção e defesa do consumidor no âmbito do setor regulado.

Dessa forma, pode-se concluir que **o respeito aos direitos dos consumidores e defesa do interesse público são pressupostos da atividade estatal de regulamentação e da exploração do mercado de saúde suplementar**. Nesse sentido, a ANS deve atuar para, entre outras coisas, coibir abusos das operadoras e administradoras de plano de saúde.

Muito embora este fosse seu dever legal e constitucional, a ANS editou ato normativo em sentido diametralmente oposto a essa finalidade institucional, qual

6 GREGORI, Maria Stella. Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 69.

seja, a Resolução Normativa nº 363, de 11 de dezembro de 2014 (art. 12, §3º), autorizando que as operadoras de planos de saúde coletivos (empresariais e por adesão) estabelecessem reajustes anuais em livre negociação com as pessoas jurídicas contratantes, sem a necessidade de qualquer justificativa, critério ou método.

Em outras palavras, a ANS isentou-se de qualquer fiscalização ou regulamentação, deixando o setor ao sabor dos interesses das operadoras de planos de saúde.

Os consumidores se viram ao total desamparo. A ANS, ao isentar-se de qualquer responsabilidade ou supervisão, partiu da falsa premissa de que os consumidores estariam bem representados pelas pessoas jurídicas contratantes.

A premissa, como será explorado ao longo desta demanda, mostrou-se de fato falsa. **Na prática, a pessoa jurídica contratante não possui poder de livre negociação de reajuste com as operadoras.**

Com isso, afetou-se diretamente a parte vulnerável no contrato, ou seja, o consumidor, aquele quem realmente paga os reajustes e que de nada participa.

Não é só.

A ANS permitiu a livre negociação como critério de reajuste, quando não possuía e não possui, até a presente data, nenhum mecanismo efetivo de monitoramento e acompanhamento das práticas do setor regulado.

Em outras palavras, deixou o mercado absolutamente livre para as empresas operadoras fazerem o que bem entendessem, sem que exista qualquer sistema minimamente eficaz de supervisão e regulação.

Com efeito, em auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União, como adiante será demonstrado em detalhes, constatou-se que **“a ANS não dispõe de mecanismos para prevenção, identificação e correção de reajustes abusivos nos planos coletivos. Os dados não são analisados, criticados e confrontados com padrões de referência adequadamente construídos”**.

Ora, restou evidenciado que a ANS não possui mecanismos para identificar se de fato houve negociação e se referido ajuste foi livre⁷.

7 Conforme confirma a citada auditoria do TCU: “140. Desta forma, por mais que as pessoas jurídicas contratantes de planos de saúde possam conseguir negociar com as operadoras os reajustes dos planos de saúde, elas sempre estarão em uma situação de vulnerabilidade, não constituindo esse fato

É pressuposto da negociação a existência de bilateralidade nas tratativas pré-contratuais, o que depende de conhecimento pleno por ambas as partes dos dados técnicos que justificam o pretendido reajuste, para que, de forma livre, as partes façam a melhor escolha. Entretanto a realidade tem demonstrado que referida livre negociação está travestida em verdadeira emulação, uma vez que esses dados técnicos são complexos e de conhecimento e domínio exclusivo das operadoras de planos de saúde, o que impede a parte contratante de negociar.

É por essa razão que, em relação aos **reajustes praticados nos planos de saúde coletivos**, a premissa de respeito aos direitos dos consumidores, especialmente no que se refere ao necessário monitoramento pela requerida para resguardar equilíbrio da relação consumerista e evitar abusividade, não está sendo atendida, o que se agrava na atual situação de pandemia da Covid-19, como será explorado na presente demanda.

3. DOS FUNDAMENTOS DA DEMANDA

3.1. DO CENÁRIO DOS PLANOS DE SAÚDE COLETIVOS

Antes de adentrar nos fundamentos que impõem a proteção aos consumidores, é essencial traçar um panorama acerca dos planos de saúde coletivos.

A Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, prevê três regimes ou tipos de contratação: a) individual ou familiar; b) coletivo empresarial; e c) coletivo por adesão (art. 16, VII). No estado de São Paulo, segundo dados obtidos no endereço eletrônico da ANS⁸, o número de usuários de planos de saúde totalizou, em setembro de 2020, 17.119.833 (dezesete milhões, cento e dezenove mil, oitocentos e trinta e três) consumidores. Destes, 79% são usuários de planos coletivos, tratados na presente ação.

uma alegação de suposta carência. Inclusive, a assimetria de informação é um dos motivos que justificam a existência de mercados regulados, devendo a sua redução sempre ser um foco de atuação das Agências Reguladoras. 141. [...] Contudo, não se sabe o resultado das negociações, se as negociações resultaram em índices de reajuste menores do que os inicialmente oferecidos, ou o que aconteceu com os contratos restantes (95,54% dos contratos com mais de trinta vidas), se negociaram durante o prazo de trinta dias, informado pela Agência, ou se, desde o início, acertaram os índices de reajuste oferecidos pelas operadoras”.

8 Disponível em: <http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-e-indicadores-do-setor>. Acesso em: 22 fev. 2021. Busca por Beneficiários de planos privados de saúde. Beneficiários por UF, região metropolitana e capital.

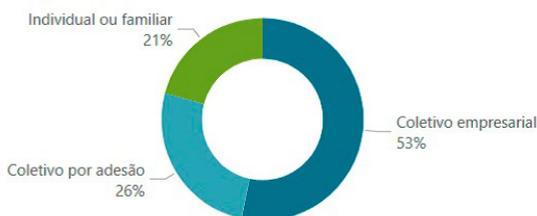
Beneficiários por UFs, Regiões Metropolitanas (RM) e Capitais

Assistência Médica segundo Competência
 UF: São Paulo
 Período: Set/2020

Competência	Assistência Médica
TOTAL	17.119.833
set/20	17.119.833

Data: Região: Estado:

Distribuição por Tipo de Contratação



O quadro a seguir sintetiza as principais diferenças entre planos individuais e coletivos:

	Planos individuais	Planos Coletivos empresariais e por adesão
Quem contrata	Qualquer pessoa física	Empresa empregadora, associação ou sindicato
Reajustes anuais	Regulados pela Lei nº 9.659/98 e limitados pela ANS	Reajustes previstos nos contratos e “negociados livremente” entre as partes
Reajustes por alteração de faixa etária	Regulados pela Resolução Normativa nº 63/2003 da ANS	Regulados pela Resolução Normativa nº 63/2003 da ANS
Rescisão Contratual Unilateral pela Operadora	É vedado pela Lei nº 9.656/98, exceto em casos de fraude ou inadimplência superior a 60 dias, após notificação	Não há vedação legal, contudo deve haver notificação prévia ⁹
Percentual de participação no mercado	Cerca de 20% do total dos planos de saúde	Cerca de 80% do total dos planos de saúde

9 Em caso de plano coletivo com menos de 30 beneficiários, o STJ exige justificativa idônea, em virtude da vulnerabilidade desse grupo de usuários e em respeito aos princípios da boa-fé e da conservação dos contratos (REsp 1823727).

Cabe destacar que a oferta e contratação de planos individuais, em relação aos planos coletivos, diminuíram significativamente ao longo dos anos, chegando ao ponto de, atualmente, representarem apenas 20% (vinte por cento) do setor. Assim, **a maioria absoluta do mercado de saúde suplementar (80%) é formada pelos planos coletivos**¹⁰.

Nos planos individuais, a ANS atua na autorização de índice máximo para os reajustes, divulgados anualmente. Já no âmbito dos planos coletivos, a Instrução Normativa nº 13/2006 prevê que as operadoras devem informar à Agência os índices de reajuste, com a respectiva fundamentação técnica. Diante das informações prestadas, **cabe à ANS, nos termos do já mencionado art. 4º da Lei nº 9.961/2000, realizar monitoramento dos reajustes, observando-se, entre outros aspectos, a proteção ao consumidor**, de maneira a coibir abusos.

Nos planos coletivos com menos de 30 beneficiários, a operadora deve reunir em um grupo os contratos para aplicação de um mesmo percentual (“agrupamento de contratos”). Já nos planos coletivos com 30 ou mais beneficiários, os reajustes anuais são determinados pela “livre negociação” entre entidade de classe ou empresa e a operadora de saúde¹¹.

Em tese, presume-se que há poder de negociação das pessoas jurídicas contratantes de planos de saúde coletivos perante as operadoras, o que poderia levar à obtenção de percentuais de reajuste mais vantajosos. Porém não é isso que se verifica na prática.

Como mencionado na síntese dos fatos, reclamações recebidas pelo Procon-SP e extensa pesquisa jurisprudencial anexa a esta demanda acerca da abusividade de reajustes de planos coletivos, bem como auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), apontam para **recorrentes danos aos consumidores em reajustes abusivos de planos coletivos**, como será explorado nesta demanda.

Além dos danos aos consumidores, não se pode olvidar que há **danos gerados à própria coletividade**.

10 Disponível em: <http://www.ans.gov.br/index.php/aans/quem-somos/227-dados-gerais>. Acesso em: 10 fev. 2021.

11 Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/6202-entenda-o-reajuste-do-plano-de-saude>. Acesso em: 10 fev. 2021.

Em recente estudo, realizado pelo Professor Mário Scheffer, do Grupo de Estudos sobre Planos de Saúde – Departamento de Medicina Preventiva da Universidade de São Paulo (USP), no período de 2011 a 2019, foi demonstrado que, desde 2014, há declínio do número de usuários de planos de assistência médico-hospitalar no estado de São Paulo (Documento n° 16):

QUADRO 1 Número de usuários de planos de assistência médico-hospitalar no Estado de São Paulo, 2011 a 2019.

Ano	Usuários
2011	17.552.622
2012	17.929.663
2013	18.436.586
2014	18.666.937
2015	18.245.590
2016	17.542.563
2017	17.157.790
2018	17.141.929
2019	17.089.249

Fonte: Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS)

OBS: Dados de setembro de cada ano

Aumentos abusivos, somados à crise econômica que o Brasil está atravessando, fizeram que mais de três milhões de brasileiros deixassem de ter planos de saúde¹².

Por outro lado, estudos apontam que, apesar da constante redução do número de contratos de plano de saúde na rede suplementar, **não houve queda de receitas para as empresas privadas**. Nesse sentido:

Como vimos acima, a situação atual do mercado de planos de saúde é de redução do número de vínculos ativos, o que poderia implicar queda das receitas. Porém não é isso que ocorre. Como mostra a Tabela 20, a receita total dos planos de saúde tem crescido de forma sustentada por toda a série, chegando a R\$182 bilhões de reais em 2017 (valores constantes de 2015). Além disso, os dois últimos valores da série apresentam um crescimento ainda maior em relação ao período precedente, o que indica que a estratégia para lidar com a perda de beneficiários foi bem-sucedida do ponto de vista das receitas. [...] Como já discutimos anteriormente, a trajetória

12 GREGORI, op. cit., p. 51.

recente dos planos de saúde se destaca pela capacidade de manter receitas crescentes mesmo num cenário de crise econômica e perda de clientes¹³.

A própria ANS, em recente nota técnica, apontou que o atual cenário da pandemia de Covid-19 foi economicamente positivo para as operadoras de planos de saúde (Nota Técnica nº 04/2020/DIRAD-DIOPE/DIOPE, Documento nº 10):

Embora como destacado na seção anterior o País enfrente uma situação econômica crítica, observa-se que, apesar do temor inicial do setor, a atual crise ainda não atingiu da forma que se receava as operadoras de planos de saúde como detalhado nesta e na próxima seção. **Antecipa-se que até o momento o setor apresenta valores e indicadores significativamente melhores que o histórico observado.** [...]

Os motivos para a manutenção dos bons números do setor até o momento, elencados em reuniões e demais análises são: em primeiro lugar, o esforço das famílias e empresas em manter os planos de saúde devido à atual crise ser uma emergência de saúde, ou seja, tais agentes postergam outros pagamentos, porém mantêm até onde possível o pagamento das contraprestações dos planos; em segundo lugar a redução de procedimentos eletivos devido ao distanciamento social, que gerou significativa redução das despesas assistenciais do setor durante esses primeiros meses da pandemia. [...]

Por fim, uma importante comparação para contextualizar o atual número do segundo trimestre é comparar tal montante com o calculado para o segundo trimestre de 2019. O valor deste ano é R\$ 12 bilhões contra R\$ 1 bilhão no ano anterior para o resultado operacional, e de R\$ 9 bilhões contra R\$ 3 bilhões no resultado líquido trimestral. Já para os valores acumulados, o valor deste ano é R\$ 17 bilhões contra R\$ 5 bilhões no ano anterior para o resultado operacional e R\$ 11 bilhões contra R\$ 7 bilhões no resultado líquido.

Dessa forma, o que tem predominado é um cenário de desequilíbrio, danoso à coletividade e aos consumidores, que pleiteiam cada vez mais proteção perante o Procon-SP e o Poder Judiciário Paulista, como será exposto a seguir.

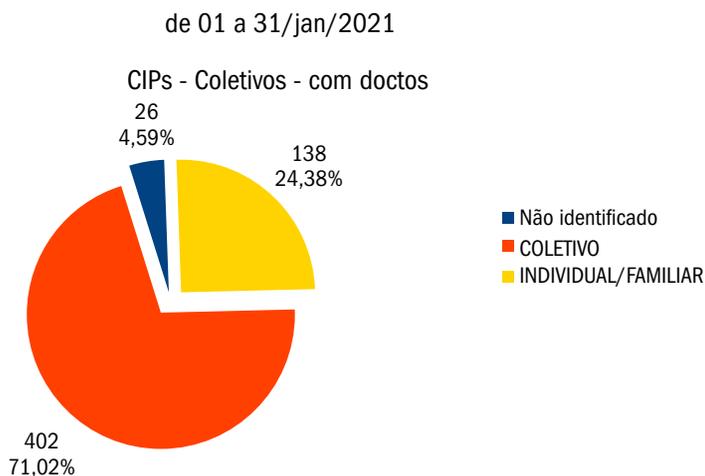
3.2. DAS RECLAMAÇÕES DOS CONSUMIDORES PERANTE O PROCON-SP E DA SISTEMÁTICA ABUSIVIDADE ATESTADA NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO PAULISTA

Como já mencionado, em janeiro de 2021, a Fundação Procon-SP registrou o recorde de 962 (novecentos e sessenta e duas) reclamações de consumidores

13 ANDRIETTA, Lucas Salvador. *Acumulação de capital na saúde brasileira: estudo exploratório de empresas e setores selecionados (2008-2015)*. 2019. 142 f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Econômico). Universidade Estadual de Campinas, São Paulo, 2019, p. 150-151. Disponível em: <https://sites.usp.br/geps/download/297/>. Acesso em: 24 fev. 2021.

contra reajustes de planos de saúde, contrapondo-se a apenas 9 (nove) reclamações no mesmo período no ano passado (Documento nº 01).

Das reclamações recebidas apenas no primeiro mês do corrente ano, 566 (quinhentos e sessenta e seis) foram registradas, especificamente, em relação ao percentual de reajuste anual e reajuste por faixa etária, sendo 402 (quatrocentos e duas) relativas a planos coletivos¹⁴ (Documento nº 17):



Nas 402 (quatrocentos e duas) reclamações classificadas como planos coletivos foi verificada a seguinte variação de percentual de reajuste anual:

Variação Reajuste anual	
	Qtde
De 5% a 10,0%	37
De 10,9% a 14,9%	87
De 15,1% a 20,0%	113
22,40%	2
Não foi possível identificar a variação	163
Total coletivos	402

Levantamento CIPs - Somente com doctos - Planos Coletivos

¹⁴ Considerando-se as reclamações nas quais houve juntada de documentos.

Vale destacar que, no âmbito dos **planos individuais ou familiares**, em relação aos quais o percentual máximo de reajuste é definido pela ANS, o índice estabelecido para o período de maio de 2020 a abril de 2021 foi de **8,14%**¹⁵.

Já no âmbito das reclamações registradas, relacionadas a **planos coletivos**, **a maior parte dos reajustes verificados supera o patamar dos planos individuais, aproximando-se do dobro deste (15,1% a 20,0%) em 113 das 402 reclamações.**

Também se verificou que, em razão desses elevados patamares de reajustes de planos coletivos, os consumidores têm acionado cada vez mais o Poder Judiciário.

Visando traçar um panorama atualizado desta judicialização, realizou-se, para apresentação nesta demanda, pesquisa de recentes julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Foram selecionados **100 (cem) acórdãos, com enfrentamento de mérito (10 de cada Câmara de Direito Privado do E. TJSP), verificando-se que, em nenhuma demanda individual proposta por consumidor, houve demonstração por parte das operadoras demandadas que justificasse os percentuais de reajuste aplicados em planos de saúde coletivos, nem mesmo quando realizada perícia específica** (Documento nº 08).

Cabe destacar que a maioria dos julgados é do ano de 2020, e que não foram incluídas decisões liminares e julgamentos de Agravo de Instrumento, tendo em vista o caráter provisório destes.

A detalhada análise realizada, que segue em anexo à presente inicial com sistematização dos 100 (cem) acórdãos, demonstra que, nas ações em que se discutia a legalidade dos reajustes de planos coletivos, as operadoras não lograram comprovar a sua lisura, sendo então considerados abusivos.

A judicialização do tema, com entendimento predominantemente favorável ao consumidor, indica que a “livre negociação” das partes nos planos coletivos, sem controle e limite máximo de reajustes, contando apenas com suposto monitoramento pela ANS, não tem se mostrado efetiva e equilibrada, gerando danos aos consumidores, bem como que a ANS não tem atuado no sentido de coibir abusos.

15 Disponível em: <http://www.ans.gov.br/aans/noticias-ans/consumidor/6202-entenda-o-reajuste-do-plano-de-saude>. Acesso em: 24 fev. 2020.

Por tudo isto é que o Poder Judiciário Paulista, em todos os julgados, aplicou aos planos coletivos os índices de reajustes individuais divulgados pela ANS, para devida proteção ao consumidor.

Essa crescente judicialização de questões relacionadas aos planos coletivos tem gerado número cada vez maior de críticas à atuação da ANS, como se verifica a seguir:

É possível supor que a regulação e a atuação da ANS não espelharam algumas de suas finalidades institucionais, pois não promoveram melhorias na relação das operadoras com os consumidores a fim de contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país, tampouco visaram a eficácia da proteção e defesa do consumidor¹⁶.

O Procon-SP, com razão, notificou à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS requerendo que ela determine a suspensão dos aumentos autorizados para os planos de saúde coletivos e aplique apenas o reajuste implementado nos planos de saúde individuais (de 8,14%). Nos planos coletivos os aumentos foram muito acima desse percentual, com índices de 32%, 40%, 70% etc. Primeiramente, refiro o que é óbvio: depois que um contrato é firmado com o consumidor (qualquer que seja o contrato: de compra e venda de produto ou de prestação de serviço, para qualquer produto e para qualquer serviço) o preço não pode mais ser modificado. Poder-se-ia aceitar a mudança para a diminuição do preço, mas nunca para seu aumento. [...]

Veja-se a que ponto chegamos. É a lei que tem de dizer: “após o fechamento do negócio, no qual se fixou as prestações das partes, o objeto da obrigação e o preço, uma delas – o vendedor ou prestador do serviço – não pode mais, sem o consentimento da outra, mudar (aumentar) o preço”. Isso devia ser pressuposto indiscutível, de tal forma embutido nas relações que ninguém se lembrasse de citá-lo. No entanto, o legislador foi obrigado a transformá-lo em norma!

A regra, é verdade, dirige-se aos casos em que o negócio já foi firmado, uma vez que, no sistema de liberdade de preços atualmente vigente no País, o valor inicialmente é fixado de forma livre pelo fornecedor. O que ele não pode fazer é modificá-lo para aumentá-lo após ter efetuado a transação. [...]

Ora, lembremos uma distinção importante: o “reajuste” de um preço é aceitável. Por exemplo, aplicando-se um índice prefixado e oficial de correção monetária. Isso é diferente de “aumento” puro e simples do preço.

Uma revisão, no caso, implicaria numa necessidade de comprovação efetiva e até individualizada, a partir de critérios justos e objetivos conforme previsto na lei e, também, que estivessem em plena sintonia com o princípio da boa-fé objetiva (honestidade, lealdade, equilíbrio, dever de cooperação, dever de cuidado e equidade).

16 ROBBA, Rafael, *Judicialização dos planos e seguros de saúde coletivos*. Casos do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo: Sá Editora, 2019, p. 54-55.

Na presente situação, ainda que as operadoras de planos de saúde queiram modificar seus preços, arguindo que sofreram aumento de custos, tudo indica que, no período da pandemia, houve diminuição desses custos.

Assim, se era para modificar algo, seria caso de diminuição, pergunto: será que um dia assistiremos à redução do preço?¹⁷

Dessa forma, o que se visualiza é que, nos planos coletivos, há patente vulnerabilidade do consumidor e sistemático reconhecimento de abusividade de reajustes por parte do Poder Judiciário, o que demonstra que não tem ocorrido efetivo monitoramento por parte da requerida para proteção dos consumidores, como será exposto adiante.

3.3. DA NECESSIDADE DE MONITORAMENTO EFETIVO PELA ANS DOS REAJUSTES APLICADOS

Como se demonstrou pela extensa pesquisa jurisprudencial explorada, o que se verifica no Poder Judiciário Paulista é que, demandadas em Juízo pelos consumidores, as operadoras de saúde não demonstram a legalidade dos reajustes anuais aplicados.

Também quando notificadas pelo Procon-SP, operadoras e administradoras não prestaram informações suficientes sobre os reajustes anuais nem sobre a composição destes.

A Agência Reguladora, também quando provocada, apenas faz menção às normas existentes, dentre as quais a **Resolução Normativa nº 389/2015**.

A mencionada Resolução dispõe sobre o direito dos usuários de acessar os documentos que embasam os reajustes anuais dos contratos coletivos¹⁸. Porém tal acesso não tem se mostrado suficiente para a efetiva proteção ao consumidor, como entendeu o Tribunal de Contas da União na Auditoria Operacional n. TC 021.852/2014-6 (Documento nº 09):

17 NUNES, Rizzato. Aumento abusivo nos planos de saúde coletivos – Procon/SP tem razão. *Migalhas*, [s. l.], 4 fev. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/339885/aumento-abusivo-nos-planos-de-saude-coletivos--procon-sp-tem-razao>. Acesso em: 22 fev. 2020.

18 *Dispõe sobre a transparência das informações no âmbito da saúde suplementar, estabelece a obrigatoriedade da disponibilização do conteúdo mínimo obrigatório de informações referentes aos planos privados de saúde no Brasil, revoga a Resolução Normativa nº 360 de 3 de dezembro de 2014, e o parágrafo único do art. 5º, da RN nº 190 de 30 de abril de 2009, e dá outras providências.*

155. Entretanto, ainda há espaço para avanços em relação à normatização da Agência quanto ao assunto, pois as operadoras, por exemplo, não são obrigadas a fornecer às pessoas jurídicas contratantes informações sobre os gastos das carteiras com despesas como consultas, exames, terapias e internações. O conhecimento dessas informações pelas pessoas jurídicas contratantes permitiria que estas pudessem verificar e acompanhar a variação dos custos das carteiras.

Assim, a mera comunicação da elevação do valor da prestação não significa cumprimento do dever de informação, sendo necessário possibilitar ao consumidor a averiguação de acordo com dados técnicos e econômicos acessíveis ao leigo.

Nesse sentido, afirmou o relatório do TCU:

161. Desta forma, propõe-se recomendar que a ANS estabeleça a obrigatoriedade de as operadoras de planos de saúde disponibilizarem à pessoa jurídica contratante a memória de cálculo do percentual de reajuste proposto, incluindo extrato de utilização dos planos de saúde contratados, com a discriminação pelos procedimentos utilizados, como consultas, exames, cirurgias, internações e dos valores pagos aos prestadores de serviço, vedada a divulgação dos beneficiários responsáveis pelas despesas assistenciais realizadas ou de qualquer informação que possa comprometer a privacidade dos beneficiários.

162. Como benefício decorrente da implementação da recomendação proposta, espera-se que haja mais transparência nas propostas de reajustes apresentadas pelas operadoras às pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos, reduzindo a assimetria de informações e reduzindo o risco de reajustes abusivos.

Ademais, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.961/2000, as operadoras são obrigadas a apresentar informações à ANS, que deve exercer efetivo monitoramento, evitando-se abuso nos preços e conseqüente onerosidade aos consumidores.

Ocorre que o Tribunal de Contas da União apontou, na auditoria em questão, ausência de atuação da ANS para correção de reajustes abusivos nos planos coletivos¹⁹:

Os dados coletados evidenciaram que a ANS não dispõe de mecanismos para prevenção, identificação e correção de reajustes abusivos nos planos coletivos. Os dados não são analisados, criticados e confrontados com padrões de referência adequadamente construídos. Foi possível verificar que o Sistema de Comunicado de Reajuste de Planos Coletivos (RPC) não possui mecanismos suficientes de validação das informações inseridas pelas operadoras. Além disso, não foram encontrados registros de ações concretas da ANS para saneamento de erros e anormalidades encontrados nos comunicados de reajuste, salvo a exclusão dos

19 Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDown1oad.jsp?fileId=8A81881E-644809100164A9B40F3920B8>. Acesso em: 17 fev. 2021.

comunicados com valores atípicos da base de cálculo do reajuste dos planos de saúde individuais. **Observou-se que as operadoras de planos de saúde não são obrigadas pela regulamentação a descrever com suficiência de detalhes a memória de cálculo do percentual de reajuste anual aplicado nos planos coletivos e que a inclusão de um percentual de reajuste referente à atualização do rol de procedimentos médicos pode impactar em duplicidade os reajustes dos planos individuais, uma vez que a atualização do rol também impacta na definição dos percentuais de reajuste dos planos de saúde coletivos, visto que acarreta o crescimento das despesas assistenciais das operadoras²⁰.**

Ora, a inexistência de clareza sobre a forma como os cálculos são efetuados e a ausência de efetivo monitoramento destes pela ANS implica na transferência, por parte de operadoras e administradoras de planos de saúde, do risco inerente à atividade econômica para o consumidor, **causando manifesto desequilíbrio nas relações contratuais em planos coletivos.**

O Ministro Benjamin Zymler assim consignou no voto proferido após a mencionada auditoria do TCU (g.n.):

Ouvida a respeito, a ANS observa que, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.961/2000, insere-se em seu rol de competências:

“XVII – autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ouvido o Ministério da Fazenda;

XVIII – expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões;
[...]

XXI – monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos”.

8. Enfatizando a gradação “monitorar”, “homologar” e “autorizar”, legalmente prevista, argumenta a autarquia que, a bem do interesse público, lhe é facultado modificar o modelo de regulação dos reajustes conforme a dinâmica do mercado. Hoje, esclarece, “realiza seu mister regulatório, nos planos coletivos, através do monitoramento da evolução dos preços” (peça 80, p. 6).

9. Na realidade, o problema, aqui, a meu sentir, não é a opção atual da Agência pelo monitoramento dos preços, mas sua virtual incapacidade de até mesmo identificar eventuais abusos.

²⁰ Diante das irregularidades apontadas na mencionada auditoria do TCU, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) ajuizou ação civil pública em face da ANS, processo nº 5010777-40.2018.4.03.6100, questionando os reajustes em planos individuais e familiares, cuja limitação é feita pela citada Agência Reguladora. O processo ainda não possui decisão de mérito e, atualmente, está em fase de instrução processual.

10. Nesse ponto, causa especial preocupação a notícia, aduzida pela própria Auditoria Interna da entidade, de que a ANS deixou de realizar verificações *in loco* para aferir a fidedignidade das informações econômico-financeiras que lhe são comunicadas pelas operadoras, inclusive quando encontrados indícios de inconsistências nessas informações (item 287-289 do relatório). Na mesma linha, não há registro de ações concretas da autarquia para saneamento dos “erros e anormalidades” encontrados nos comunicados de reajuste, salvo a exclusão dos “valores atípicos” da base de cálculo do “índice ANS”, ou seja, do percentual máximo de reajuste autorizado para os planos individuais (peça 90, p. 26-28).

11. Naturalmente, a simples alimentação de bancos de dados não pode ser tomada como monitoramento do mercado. Para tanto, a par da prévia aferição de sua confiabilidade, é preciso criticar, analisar e confrontar esses dados com padrões de referência adequadamente construídos. Os desvios, então, assim identificados, devem ser investigados de forma mais detida e, se for o caso, submetidos às ações corretivas pertinentes.

Assim, o que se verifica é que, atualmente, a adesão a um plano de saúde coletivo para os consumidores significa a assinatura de um cheque em branco: como não há informação clara e suficiente e comprovação efetiva da base atuarial dos reajustes, tampouco devido monitoramento da ré para evitar abusos, o custo do risco da atividade econômica da comercialização de planos de saúde é transferido aos beneficiários, justamente a parte mais vulnerável da relação²¹.

Segundo noticiado pelo jornal *Folha de São Paulo* em julho de 2019²²:

O aumento de planos coletivos empresariais e por adesão chega a 20%, quase o triplo do reajuste anunciado [...] pela ANS [...] para os planos individuais, de 7,35% – abaixo dos 10% fixados em 2018.

[...]

Clientes da Qualicorp, que administra planos de 2,4 milhões de beneficiários de grandes operadoras como Amil, SulAmérica e Bradesco, receberam neste mês boletos com reajuste de 19,98%. O índice é bem acima do IPCA, a inflação oficial do país, que fechou 2018 em 3,75%. De 2012 a 2018, o acúmulo dos reajustes pelas operadoras nos planos coletivos chegou a 111,72%, ao passo que o acumulado pelos planos individuais alcançou 77,29%. (g. n.)

21 Cabe destacar que o reajuste dos planos coletivos, sem cumprimento das formalidades legais, por elevar sem comprovada justa causa o preço das mensalidades dos planos coletivos, a ponto de comprometer o bem-estar dos beneficiários, é prática abusiva, nos termos do art. 39, inc. V, X e XIII do Código de Defesa do Consumidor.

22 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/planos-de-saude-coletivos-sobem-quase-o-triplo-dos-individuais.shtml>. Acesso em: 22 fev. 2020.

Dessa forma, os usuários de planos de saúde coletivos, anualmente, estão sujeitos a reajustes que, em muito, superam a inflação e os índices dos planos individuais, sem monitoramento apto a evitar abusividade, em um cenário de **desrespeito aos direitos dos consumidores**.

A esse respeito, cabe explorar a seguir a mencionada Auditoria Operacional realizada pelo TCU, que traz importantes elementos para o julgamento desta demanda em face da ANS.

3.4. DA INSUFICIÊNCIA DE MECANISMOS PARA PREVENÇÃO, IDENTIFICAÇÃO E CORREÇÃO DE REAJUSTES ABUSIVOS EM PLANOS COLETIVOS – AUDITORIA DO TCU

A já mencionada Auditoria Operacional nº TC 021.852/2014-6, realizada em 2018 pelo Tribunal de Contas da União (TCU), teve como objetivo *“avaliar as ações da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) referentes aos reajustes dos planos privados de assistência suplementar à saúde”*.

No relatório da auditoria, destacaram-se os seguintes “achados” e respectivas recomendações técnicas em relação aos planos de saúde coletivos:

TIPO DE CONTRATO	ACHADOS	RECOMENDAÇÕES DA ÁREA TÉCNICA
PLANOS DE SAÚDE COLETIVOS	I) insuficiência dos instrumentos adotados pela Agência para prevenção, identificação e correção de reajustes abusivos em planos coletivos;	Elaborar plano de providências contemplando a instituição de mecanismos de identificação, prevenção e correção de reajustes abusivos em planos coletivos;
	II) disponibilização de informações insuficientes às pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos para adequada avaliação dos reajustes propostos pelas operadoras;	Avaliar a veracidade da premissa de que pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos têm paridade de forças com as operadoras nas negociações de reajustes;

Para melhor análise, importante explorar os dois itens abordados como “achados”, iniciando-se pelo segundo em razão do maior detalhamento que envolve o primeiro:

3.4.1. ACHADO II: Insuficiência de informações para adequada avaliação dos valores de reajustes propostos pelas operadoras

O relatório da auditoria realizada pelo TCU indicou que as operadoras de planos de saúde não são obrigadas a descrever com detalhes a memória de cálculo do percentual de reajustes anuais aplicados em planos coletivos, o que inviabiliza

a análise suficiente pela pessoa jurídica contratante de forma a evitar eventuais reajustes abusivos²³.

Apontou-se também no relatório que a Resolução Normativa nº 389/2015, já citada no item anterior desta petição, não exige informações suficientes para instruir o consumidor. As operadoras não estão obrigadas, por exemplo, a fornecer às pessoas jurídicas contratantes informações sobre gastos das carteiras com despesas como consultas, exames, terapias e internações, **embora tais dados sejam essenciais para o cálculo dos reajustes anuais.**

A recomendação da área técnica, no sentido de que a ANS avaliasse “a veracidade da premissa de que pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos têm na prática paridade de forças nas negociações de reajustes com as operadoras”, não foi adotada no julgamento final.

De toda forma, considerou-se que o papel da ANS é “não só atuar sobre a legislação, mas também monitorar estratégias e implementar mecanismos de correção no mercado”, sendo reconhecida a “existência de assimetrias e falhas na dinâmica do mercado que justifica a criação e a atuação dos órgãos reguladores”.

Acerca deste monitoramento, essencial explorar o “achado I” da auditoria.

3.4.2. ACHADO I: Insuficiência de mecanismos para prevenção, identificação e correção de reajustes abusivos em planos coletivos

A auditoria do TCU apontou não haver mecanismos para efetiva prevenção, identificação e correção de reajustes abusivos, colocando em risco os consumidores contratantes de planos coletivos, que, pela condição de vulnerabilidade, não possuem meios de se proteger.

Nesse ponto, a fiscalização concluiu que o modelo atual é inefetivo, com mero **acompanhamento** da ANS, consistente na obrigatoriedade de envio pelas operadoras à Agência de comunicados acerca dos percentuais de reajuste praticados, sempre no intuito de coibir abusos.

23 A auditoria assim dispõe: “150. A professora Lígia Bahia, em seu livro Planos e Seguros de Saúde, de 2010, afirma que as planilhas de custos detalhadas dos planos de saúde seriam ‘verdadeiras caixas-pretas’. Não se saberia, por exemplo, a real participação dos profissionais médicos nas despesas assistenciais dos planos de saúde, e o lucro do setor também não aparece nas contabilidades disponíveis”.

Ora, como já exposto, nos termos do art. 4º da Lei nº 9.961/2000, compete à ANS **autorizar, homologar e monitorar** reajustes e revisões em planos de saúde.

Ocorre que, nos reajustes dos planos coletivos, o monitoramento, por meio da comunicação feita pelas operadoras à ANS, é, **conforme concluiu o TCU, “insuficiente para prevenção, identificação e correção de eventuais ajustes abusivos”** (Documento 9, item 110).

No mesmo sentido, um estudo elaborado pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo (Cremesp), em conjunto com o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec), já em 2007, atestou que o modelo atual de regulação dos reajustes nos planos coletivos é insuficiente para tanto²⁴.

Como já ressaltado, a ideia de que pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos possuiriam maior poder de negociação junto às operadoras não se concretiza na prática, uma vez que nem os contratantes de planos coletivos tampouco os consumidores possuem o mesmo nível de especialização técnica na área atuarial e em saúde suplementar tal como as empresas do setor, sendo manifesta a assimetria de informação.

A tal abismo de conhecimento, soma-se a falta de transparência dos critérios de reajuste utilizados, bem como o deficiente monitoramento constatado pelo TCU.

Diante disso, como citado no relatório da auditoria, o **Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça** entendeu, **“ser necessário que haja transparência dos dados econômicos de planilhas de custo das operadoras de planos de saúde, em especial aqueles motivadores de reajuste”**.

Porém a Resolução Normativa nº 389/2015 da ANS, que dispõe sobre a transparência das informações no âmbito da saúde suplementar, **não é hábil para tanto, tal como aponta o mencionado estudo técnico: “o modelo atual de regulação dos reajustes de contraprestações de planos coletivos é inefetivo, pois consiste em mero monitoramento efetuado por meio da obrigatoriedade de que as operadoras enviem à agência comunicados informando os percentuais de reajuste praticados”**.

24 CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Planos de saúde: nove anos após a Lei nº 9.656/98. São Paulo: Cremesp, 2007. Disponível em: http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes&cod_publicacao=36. Acesso em: 17 fev. 2021.

O relatório do TCU compara a situação dos reajustes dos planos de saúde coletivos com a dos reajustes das mensalidades de escolas na década de 1990, que também era alvo de conflitos e litígios. E conclui que a situação só melhorou quando os estabelecimentos de ensino passaram a fornecer, obrigatoriamente, para efetivar o reajuste, planilhas de custos detalhadas:

156. A atual situação dos reajustes dos planos de saúde coletivos pode ser comparada com a situação dos reajustes das mensalidades escolares na década de 90, quando eram frequentes as reclamações de reajustes abusivos pelos estabelecimentos escolares. Com o objetivo de reduzir os conflitos, a Lei 9.870/1999 determinou que o valor anual ou semestral, cobrado pelos estabelecimentos de ensino, deverá ter como base a última parcela da anuidade ou da semestralidade legalmente fixada no ano anterior, multiplicada pelo número de parcelas do período letivo, e que poderá ser acrescido ao valor total anual o montante proporcional à variação de custos a título de pessoal e de custeio, **comprovado mediante apresentação de planilha de custo, mesmo quando esta variação resulte da introdução de aprimoramentos no processo didático-pedagógico.**

157. A forma da planilha de custos citada foi definida por meio do Decreto 3.274/1999 e, de acordo com o normativo, os estabelecimentos escolares devem discriminar seus custos com pagamento de docentes e de funcionários técnico-administrativos, além dos encargos sociais correspondentes. Devem especificar os gastos com manutenção, material, aluguéis, depreciação e informar o número de alunos pagantes e não pagantes.

158. A transparência das informações foi essencial para a diminuição dos conflitos entre os responsáveis e os proprietários de estabelecimentos de ensino. A partir da entrada em vigor da mencionada lei, os responsáveis pelos alunos podem, sozinhos ou reunidos em associações ou com auxílio especializado, conferir as informações apresentadas, comparar com as de outros estabelecimentos e questionar as variações de custos.

A auditoria também ressalta que **a exigência de amplos conhecimentos técnicos atuariais, somada à necessidade de acesso a dados que estão em poder das operadoras de planos de saúde** (como despesas assistenciais da carteira, despesas administrativas e operacionais das operadoras, reajustes a serem aplicados aos contratos firmados com os prestadores de serviços), **REFORÇAM a vulnerabilidade técnica do consumidor e justificam a intervenção da Agência Reguladora, apresentando-se a seguinte conclusão:**

146. Diante do exposto, buscando mitigar os riscos de que haja percentual elevado de reajustes abusivos em planos coletivos e considerando que as informações apresentadas por meio dos comentários dos gestores não foram suficientes para alterar as propostas constantes do relatório preliminar de auditoria, **propõe-se emitir**

recomendação à ANS para que envie plano de providências para criação de mecanismos de identificação, prevenção e correção de reajustes abusivos em planos coletivos. Propõe-se também recomendar à ANS que realize estudo para avaliar a veracidade da premissa, admitida pela Agência, de que pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos tenham na prática paridade de forças nas negociações de reajustes com as operadoras, remetendo o resultado ao TCU em 120 dias.

3.4.3. Do julgamento pelo TCU, da recomendação exarada e das medidas necessárias ao resguardo do consumidor

Uma questão que chamou a atenção dos Ministros do TCU, durante o julgamento realizado com base no relatório da auditoria, foi a constatação de que a ANS “deixou de realizar verificações *in loco* para aferir a fidedignidade das informações econômico-financeiras que lhe são comunicadas pelas operadoras, inclusive quando encontrados indícios de inconsistências nessas informações (item 287-289 do relatório)”.

Também foi objeto de destaque que “não há registro de ações concretas da autarquia para saneamento dos ‘erros e anormalidades’ encontrados nos comunicados de reajuste, salvo a exclusão dos ‘valores atípicos’ da base de cálculo do ‘índice ANS’, ou seja, do percentual máximo de reajuste autorizado para os planos individuais” (peça 90, p. 26-28).

Ressaltou-se, no julgamento, que a mera alimentação de banco de dados não é medida suficiente para realizar o “monitoramento de mercado”. Em outras palavras, a ANS deveria ter uma postura ativa de criticar, analisar e confrontar os dados fornecidos pelas empresas atuantes no mercado de saúde suplementar.

Após tais ponderações, os Ministros assim decidiram, em sessão realizada em 28/03/2018 (nº 679/2018):

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, com fulcro nos arts. 1º, inciso II, 41, inciso II, e 43 da Lei 8.443/1992, c/c os arts. 230, 239 e 250 do Regimento Interno, e diante das razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar à Agência Nacional de Saúde Suplementar que:

9.1.1. elabore e envie a esta Corte, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, se ainda não o fez, plano de providências contemplando a instituição de mecanismos de atuação que permitam a efetiva aferição da fidedignidade e a análise crítica das informações econômico-financeiras comunicadas à autarquia pelas operadoras de planos de saúde, mormente no que se refere à retomada das visitas técnicas às

empresas e ao tratamento dos casos em que identificadas práticas abusivas contra os consumidores;

9.1.2. reavalie a metodologia atualmente utilizada para definição do índice máximo de reajuste anual dos planos de saúde individuais/familiares, de modo a prevenir, com segurança, os efeitos de possível cômputo em duplicidade da variação associada à atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde, haja vista tal variação, presumivelmente, já ser levada em conta pelas operadoras na definição dos reajustes dos planos coletivos;

9.2. recomendar à Agência Nacional de Saúde Suplementar que avalie a conveniência e a oportunidade de passar a exigir das operadoras de planos de saúde, por ocasião dos reajustes de preços, a disponibilização, aos respectivos contratantes, de informações que permitam a aferição do correspondente índice de sinistralidade verificado no período anterior, como a discriminação e os quantitativos de procedimentos efetivamente demandados pelos beneficiários e os valores pagos aos prestadores de serviços.

Após o julgamento, a ANS editou, em relação aos planos individuais e familiares, novas regras de reajuste a partir de 2019, por meio da RN 441/2018.

Já para os planos coletivos, a ANS chegou a editar a RN 433/2018, que previa mecanismos financeiros como coparticipação e franquia, mas, após diversas críticas de entidades da sociedade e ajuizamento de ADPF perante o STF em face do ato normativo, houve sua revogação pela Agência Reguladora²⁵.

Até o presente momento, não se tem notícia de medida eficiente que tenha sido adotada pela requerida para solucionar a falta de transparência dos critérios de reajustes anuais dos planos de saúde coletivos, nem mesmo controle efetivo da veracidade das informações utilizadas como justificativas para imposição dos citados aumentos.

Pelo contrário, os fatos narrados demonstram a elevação no número de conflitos e litígios entre consumidores e empresas responsáveis pela comercialização de planos de saúde coletivos.

A falta de informação, transparência e a ausência de mecanismos da ANS para coibir abusos, somados aos altos índices de reajustes aplicados nos últimos anos, expõem a absurda situação de insegurança a que estão expostos os consumidores.

25 ADPF 532, cuja liminar foi deferida e, depois da revogação da RN 433/2018, foi extinta pela perda superveniente do objeto.

Lamentavelmente, diante da falta de clareza sobre a composição dos reajustes aplicados nos planos coletivos, os consumidores continuam a buscar os órgãos de defesa do consumidor e se socorrem ao Judiciário para pleitear a limitação desses aumentos abusivos, o que tem levado a decisões judiciais pela aplicação, de forma substitutiva, dos índices autorizados pela ANS para os planos individuais.

Traçado este panorama, uma vez ultrapassados os 180 (cento e oitenta) dias estabelecidos para a ANS atender às determinações do TCU no Acórdão 679/2018, e constatado que os consumidores continuam a procurar o Procon-SP e Judiciário em busca de informações claras sobre a metodologia de cálculo aplicada nos reajustes anuais de planos coletivos, mostra-se essencial que, na presente demanda, a ANS apresente, em Juízo, em 30 (trinta) dias, informações sobre a implementação de “plano de providências contemplando a instituição de mecanismos de identificação, prevenção e correção de reajustes abusivos em planos coletivos”.

Ao final, impõe-se a condenação da ré em obrigação de fazer, sob pena de multa, consistente na implementação de tais mecanismos de forma permanente e efetiva.

Dentre os mecanismos possíveis, a previsão de reajustes máximos é medida hábil à proteção do consumidor e tem sido sistematicamente adotada pelo Poder Judiciário, como demonstram as decisões judiciais trazidas e exploradas na presente demanda.

Se por um lado a Lei de Planos de Saúde (Lei nº 9.656/1998) determina a prévia autorização da ANS para aplicação de reajustes em contratos individuais (art. 35-E, §2º)²⁶, os já citados incisos XVII, XVIII e XXI, do art. 4º da Lei nº 9.961/2000 preveem que cabe à ANS autorizar, homologar e monitorar os reajustes dos planos de saúde, sejam individuais ou coletivos, não havendo óbice à previsão de patamares máximos nestes, especialmente destacando-se a competência para “expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões” (inciso XVIII).

Tais medidas se mostram há muito tempo necessárias e, agora, diante da atual conjuntura de pandemia da Covid-19, tornam-se ainda mais urgentes, visando assegurar especial proteção ao consumidor.

Não se pode admitir a aplicação de monitoramento que não tem se demonstrado como adequado e efetivo, especialmente quando existem vários estudos, inclusive elaborado pela própria requerida, apontando que “Há fortes indícios de que a variação das despesas assistenciais encerrará o ano de 2020 em queda, oca-

26 Vide ADI nº 1.931.

sionando alta probabilidade de se observar necessidade de aplicação de reajuste negativo para o período de 2021/2022²⁷ ao planos individuais, proteção essa que também é devida aos usuários de planos coletivos, como será a seguir exposto.

3.5. PANDEMIA DA COVID-19 E DA NECESSÁRIA PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES NOS REAJUSTES RELACIONADOS

Não se pode olvidar que a pandemia da Covid-19, que assola o país não apenas do ponto de vista sanitário, mas também social e econômico, demanda maior proteção ao consumidor e, por consequência, ao sistema de saúde.

Como visto, os reajustes anuais aplicados em 2020 foram suspensos pela ANS no último semestre, em razão da pandemia, mas passaram a ser cobrados em 2021 com retroatividade. Ou seja, **no corrente ano, o consumidor arcará cumulativamente e de uma só vez com os reajustes de 2020 e 2021.**

Além disso, há a **sobrecarga dos reajustes que já foram suportados ao longo dos últimos anos** pelos consumidores de planos coletivos. Como indicou a citada reportagem do jornal *Folha de São Paulo*, verificou-se, em média, reajustes que superaram 100% entre 2012 a 2018.

Como demonstra a extensa pesquisa jurisprudencial trazida na presente ação, pautada em demandas individuais propostas por consumidores de planos coletivos, as operadoras de planos de saúde vêm estabelecendo **reajustes anuais abusivos, não sendo capazes de apresentar documentos necessários para justificá-los tecnicamente**, nem mesmo quando se conta com o auxílio de um perito especialista em cálculos atuariais²⁸.

Em diversas ações judiciais, relacionadas aos planos coletivos, a **ausência de prova do incremento da sinistralidade e/ou do aumento de custos médico-hospitalares a justificarem o patamar de reajuste aplicado invalida e torna este ineficaz.**

No atual período de pandemia da Covid-19, estudos apontam efetiva redução de sinistralidade e de variação de custos médico-hospitalares, além de aumento de lucro das maiores operadoras de planos de saúde²⁹.

27 Nota Técnica nº 13/2020/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO (Documento nº 11, p. 10).

28 Conforme análise dos julgados acostados.

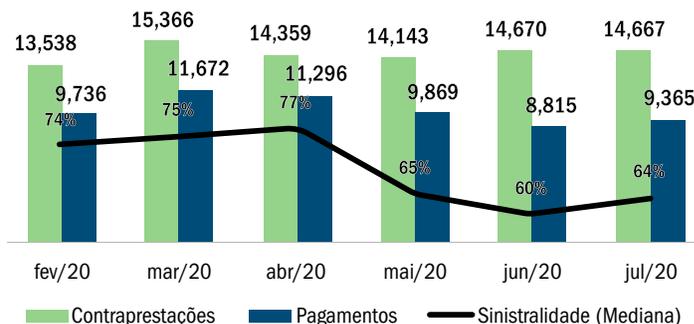
29 Disponível em: <http://p1urall.com.br/plura11/planos-de-saude-lucram-mais-no-segundo-trimestre/>. Acesso em: 24 fev. 2021.

De acordo com a Associação Nacional dos Hospitais Particulares, houve redução de 2% no total de internações entre janeiro e outubro de 2020; diminuição de 77,8% para 66,5% na taxa de ocupação de leitos dos hospitais associados em relação ao mesmo período anteriormente citado; queda da taxa de procedimentos cirúrgicos em 4,2 pontos percentuais no terceiro trimestre de 2020, em comparação com o mesmo período de 2019; e, por fim, sensível redução de internações das demais patologias (Documento nº 18). A própria ANS, para subsidiar a decisão de suspensão dos reajustes em 2020, elaborou as Notas Técnicas nº 04/2020/DIRAD-DIOPE/DIOPE (Documento nº 10) e nº 13/2020/GEFAP/GGREG/DIRAD-DIPRO/DIPRO (Documento nº 11), a primeira para analisar os indicadores das operadoras, e a segunda dos usuários. Ambas atestaram a situação econômico-financeira mais favorável para o setor de saúde suplementar do que anteriormente ao início da crise, diferentemente dos demais setores produtivos do país.

Segundo explicam as notas, ocorreu “*queda expressiva dos valores pagos a fornecedores e prestadores de saúde*”, com a **manutenção de despesas assistenciais abaixo do patamar histórico**, consequência da redução de procedimentos eletivos causada pelo distanciamento social. Por outro lado, houve manutenção da receita arrecadada e baixas taxas de inadimplência.

Vale citar quadro constante na Nota Técnica nº 04/2020/DIRAD-DIOPE/DIOPE, que fez análise dos indicadores das operadoras (Documento nº 10, fls. 3/4):

Figura 4 – Recebimentos de pagamentos dos beneficiários, valores pagos a fornecedores e prestadores e sinistralidade de caixa* (R\$ MM), com dados mensais

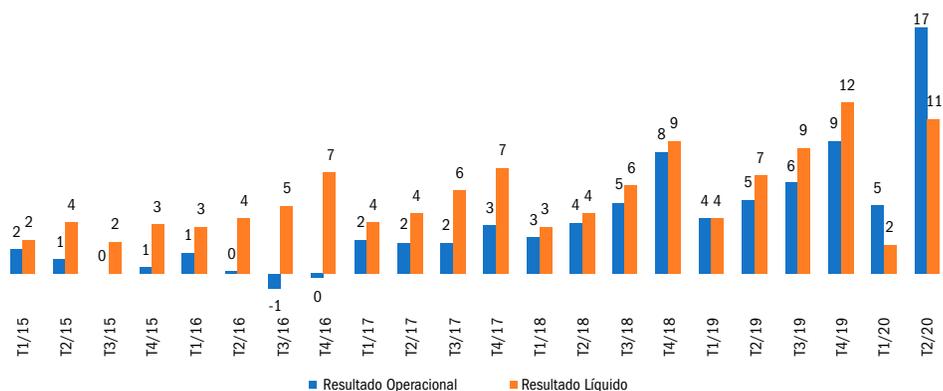


Fonte: Amostra de 100 operadoras respondentes de RI, agosto de 2020.

A figura acima é bastante rica e sintetiza diversos aspectos importantes na ótica econômico-financeira. Pela ótica da receita, destaca-se que não houve variação significativa desse montante durante a crise, um grande receio no início da pandemia. Para isso se destacam dois aspectos: base de beneficiários e nível de inadimplência. Frente à crise econômica observada, houve, relativamente, pequena redução nos últimos meses da base de beneficiários, considerando os dados até junho.

Além disso, vale colacionar o quadro com análise de resultados acumulados no ano, também constante da citada Nota Técnica (fl. 8):

Figura 12 – Total de Resultados Acumulado no Ano (em R\$ bilhões)



Fonte: DIOPS, T1/2015 até T2/2020.

[...] observa-se que o valor do Resultado Operacional acumulado em T2/2020 é igual ao somatório do resultado operacional dos últimos dois anos (2018 e 2019), bem como que o montante do Resultado Líquido acumulado em T2/2020 já é próximo ao resultado líquido total de 2019.

Após apontar uma economia de cerca de R\$ 10 bilhões, o documento conclui que “*em resumo, no aspecto econômico-financeiro, de forma agregada, o setor se mantém sólido e no geral em condições melhores do que antes da pandemia*”.

Já a Nota Técnica nº 13/2020/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO, que analisa os indicadores das carteiras de usuários, por sua vez, constata: “**merece destaque que o cenário atual, com os resultados apresentados até o momento, aponta para forte possibilidade de variação negativa das despesas por beneficiário no ano de 2020. A despesa por beneficiário é a base para o cálculo dos reajustes anuais de planos de saúde**”.

E detalha (fl. 8):

Diante destes resultados cabe observar que, com o resultado da receita por beneficiário do primeiro semestre de 2020 (sem reajustes adicionais no segundo semestre), assumindo-se que o nível de despesas por beneficiário retornasse ao patamar do segundo semestre de 2019 (ou seja, sem qualquer impacto da pandemia) e mantendo-se constante o total de beneficiários do final de junho até o final do ano:

1. A despesa média por beneficiário encerraria o ano de 2020 com queda de 3,5% em relação ao ano anterior.

2. A sinistralidade total do ano ficaria 5,8 pontos percentuais abaixo do resultado de 2019, fechando o ano de 2020 em 76,6%. Cabe salientar que uma eventual redução no total de beneficiários pode ser minimizada por uma suspensão dos reajustes, considerando os efeitos duradouros no cenário de recessão econômica que se desenha.

Entende-se ainda que, mesmo que haja uma eventual redução na quantidade de beneficiários, tal fato reduziria o montante do resultado do setor, porém não pioraria o quadro da sinistralidade total do ano. Esta afirmação é válida apenas se a sinistralidade do segundo semestre tende a ser menor do que a do primeiro semestre.

Na ocasião da análise dos dados indicativos sobre a pandemia de COVID-19, a ANS entendeu que “quanto à abrangência da suspensão dos reajustes, conforme pontuado no item 3.3.2, os efeitos econômicos são observados consistentemente em **todos os tipos de carteira**. Portanto, justifica-se a aplicação de medidas de suspensão de reajuste em **todos os tipos de contratação**”, destacando “a necessidade de dar continuidade ao trabalho de acompanhamento dos indicadores, permitindo, deste modo, aferir e incorporar em tempo oportuno novos impactos relevantes que venham a se revelar sobre o setor regulado” (Nota Técnica nº 13/2020/GEFAP/GGREG/DIRAD-DIPRO/DIPRO, Documento nº 11, fl. 10).

Foram então emitidos os COMUNICADOS nº 85 e nº 87. O primeiro suspendeu os reajustes dos planos privados de saúde, individuais e coletivos, e o segundo estabeleceu a forma de recomposição dos efeitos dessa suspensão, por meio da cobrança de 12 (doze) parcelas iguais e sucessivas, de janeiro a dezembro de 2021.

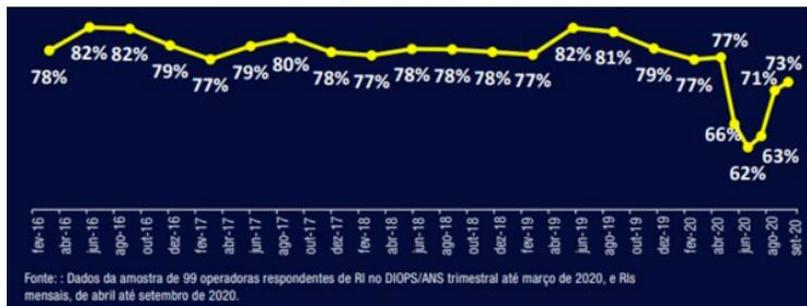
Porém as notas técnicas deixaram de analisar o impacto da cobrança retroativa decorrente da suspensão dos reajustes em relação aos consumidores, **justamente a parte mais vulnerável e afetada pela crise econômica**.

Nesse sentido, o **Ministério da Economia**, por meio da Nota Técnica SEI nº 49150/2020/ME (Documento nº 14), analisando a suspensão dos reajustes (Comunicado nº 85 de 2020), ressaltou a “**falta de clareza sobre a forma em que as cobranças voltarão a ser feitas em 2021, resultando em possível impacto sobre os consumidores, que estarão sujeitos à aplicação de reajuste de dois anos consecutivos**”.

Além disso, o Ministério da Economia destacou a **queda de sinistralidade e custos médicos no ano de 2020**, fatores em geral considerados em cálculos atuariais de planos coletivos:

58. Ainda segundo o Boletim COVID-19^[6] de outubro de 2020, com base nas informações enviadas por 99 operadoras, houve significativa redução no índice de sinistralidade do setor durante o período de pandemia, em relação a anos anteriores (Gráfico 03). A tendência de queda do índice começou a mudar em agosto, com a volta gradual dos atendimentos de procedimentos eletivos, mas ainda não alcançou a média dos anos anteriores.

Gráfico 03 – Índice de Sinistralidade de caixa



Fonte: ANS

Tendo em vista tais dados, o Ministério da Economia recomendou que a Agência Reguladora estime a probabilidade do reajuste em 2021 constar resultado negativo, com base no método dos planos individuais, bem como que estime o efeito esperado sobre os planos coletivos, estabelecendo-se recomendações sobre o valor do reajuste anual destes (fls. 14/15):

61. Entretanto, considerando que houve queda significativa na média anual do índice de sinistralidade, recomenda-se à ANS estimar qual a probabilidade de o reajuste referente ao ano de 2020 ter resultado negativo, segundo a metodologia prevista para os planos individuais; bem como qual o efeito esperado sobre os planos coletivos, estabelecendo, a partir disso, recomendações e diretrizes sobre o valor do reajuste anual dos produtos com reajuste anual livre.

Em resposta, a ANS (Nota Técnica nº 03/2020, Documento nº 15), apesar de reconhecer a manutenção da situação da baixa sinistralidade e despesas de assistência média por usuário, não avalia o impacto da cobrança retroativa e indica que o reajuste para o ano de 2021 de planos coletivos deverá ser definido pelas partes, não resguardando, assim, os direitos dos consumidores (fls. 03/04):

As projeções considerarão os dados já publicados na Nota Técnica nº 13/2020/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO que serviu de fundamento para a decisão de suspensão dos reajustes. [...] Já em relação aos planos coletivos, também há uma desaceleração da despesa assistencial média por beneficiário, conforme se verifica na tabela 6 da Nota Técnica nº 13/2020/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO. Porém não é possível estimar um cenário de reajustes negativos. Explica-se, na maioria dos contratos, as cláusulas de reajuste preveem duas condições

para sua aplicação, a saber: sinistralidade e índice financeiro, como IGPM, IPCA, Índice da ANS, entre outros. Isto significa que, ainda que a operadora apresente variações de despesas negativas, ela poderá aplicar reajustes (positivos) baseados nos índices financeiros a que o contrato estiver atrelado. Entretanto, a forma como efetivamente se dará o reajuste será definida pela livre negociação entre as operadoras e as pessoas jurídicas contratantes, com exceção dos contratos agrupados, que têm índice único e devem obedecer a uma cláusula única de reajuste por operadora.

Ora, como já outrora exposto nesta inicial, não se verifica na prática efetiva negociação entre as partes hábil à proteção dos consumidores. Além disso, nas últimas Notas Técnicas nº 4/2020 e 13/2020 da própria ANS, a análise da variação negativa de despesas por beneficiário foi analisada como fator geral e determinante para extensão da suspensão do reajuste para todos os planos de saúde, individuais e coletivos. Ainda, em relação a ambos, reconheceu-se a necessidade de monitoramento com acompanhamento de indicadores:

Destaca-se novamente que este documento se limitou à apresentação das informações oficiais disponíveis, ou seja, não foram feitas projeções, com exceção de alguns comentários pontuais em relação à conclusão de desdobramento futuros que foram julgados relevantes e devidamente indicados ao longo do texto. [...] Porém devem continuar a ser monitorados mediante os possíveis desdobramentos da crise e a concretização de novos cenários. (Nota Técnica nº 04/2020/DIRAD-DIOPE/DIOPE)

Ademais, destacamos a necessidade de dar continuidade ao trabalho de acompanhamento dos indicadores, permitindo, deste modo, aferir e incorporar em tempo oportuno novos impactos relevantes que venham a se revelar sobre o setor regulado. (Nota Técnica nº 13/2020/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO)

Dessa forma, diante de estudos técnicos a respeito do impacto da pandemia da Covid-19 nos custos das operadoras, e do dever da ANS de monitorar os reajustes para evitar abusividade, **mostra-se essencial que a ré apresente em Juízo, no prazo de 30 (trinta) dias, no que se refere aos planos coletivos: i) informações acerca da “continuidade ao trabalho de acompanhamento dos indicadores”, como consta nas Notas Técnicas nº 04 e 13 de 2020 da própria ANS³⁰; bem como ii) estimativa do efeito da queda significativa na média anual do índice**

30 “necessidade de dar continuidade ao trabalho de acompanhamento dos indicadores, permitindo, deste modo, aferir e incorporar em tempo oportuno novos impactos relevantes que venham a se revelar sobre o setor regulado”.

de sinistralidade sobre os planos coletivos, com respetivas “recomendações e diretrizes sobre o valor do reajuste anual dos produtos”, como exposto em recomendação exarada pelo Ministério da Economia.

Ao final, impõe-se a condenação da ré em obrigação de fazer, sob pena de multa, consistente na implementação de mecanismos efetivos de monitoramento sobre o impacto da pandemia da Covid-19 nos reajustes anuais dos planos coletivos, que sejam hábeis à proteção do consumidor.

4. DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

Os requisitos para concessão de tutela provisória de urgência restam evidenciados.

Conforme dispõe o art. 300, a tutela de urgência deve ser concedida quando houver elementos que evidenciam a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Poderá ser concedida liminarmente, como é o caso dos autos, ou após justificação prévia.

A probabilidade do direito é indubitável devido a toda a argumentação expendida ao longo desta inicial, especialmente pelos estudos técnicos elaborados pelas áreas especializadas do Tribunal de Contas da União, da própria ANS e do Ministério da Economia, o primeiro apontando a ausência de atuação suficiente para identificação, prevenção e correção de reajustes em planos de saúde, e os últimos apontando a redução de sinistralidade e variação de custos médico-hospitalares durante a pandemia da Covid-19, que acaba de completar um ano no Brasil e deve impactar nos reajustes aplicados no ano de 2021, que se referem a dados de 2020.

Por outro lado, também se encontra presente o *periculum in mora* no caso em comento. Restou evidente ao longo desta petição, em razão dos fatos e fundamentos nela aduzidos, o risco de lesão a consumidores de planos de saúde coletivos, pela possível implementação em 2021 de reajustes anuais sem a devida consideração dos impactos da pandemia da Covid-19, agravada pela sobreposição de reajustes anteriores, também prejudiciais ao consumidor.

Iminente, pois, por tudo o que foi relatado nesta inicial, a necessidade da concessão, liminarmente, da tutela provisória de urgência, sob pena de multa diária, nos termos a seguir requeridos.

5. DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, o Procon-SP requer a Vossa Excelência o quanto segue:

- a) a concessão de tutela provisória de urgência, *inaudita altera pars*, para:
 - i. Determinar que a ANS, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária, apresente em Juízo informações sobre o cumprimento das recomendações do TCU acerca do “*plano de providências contemplando a instituição de mecanismos de identificação, prevenção e correção de reajustes abusivos em planos coletivos*”;
 - ii. Determinar que a ANS, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de multa diária, apresente, em relação aos planos coletivos: ii. 1) informações acerca da “*continuidade ao trabalho de acompanhamento dos indicadores*” relacionados ao impacto da pandemia da Covid-19, como consta nas Notas Técnicas nº 04 e 13 de 2020 da própria ANS; ii. 2) a estimativa do efeito da queda significativa na média anual do índice de sinistralidade em razão da pandemia da Covid-19, com respectivas “*recomendações e diretrizes sobre o valor do reajuste anual dos produtos*”, como exposto em recomendação exarada pelo Ministério da Economia;
- b) a intimação do Ministério Público Federal;
- c) a citação da requerida para que, no prazo legal, apresente defesa, sob pena de sofrer os efeitos da revelia;
- d) a inversão do ônus da prova;
- e) ao final da demanda, requer-se a confirmação da tutela provisória e a condenação da ré em obrigação de fazer, sob pena de multa, para:
 - i. implementar mecanismos efetivos de acompanhamento de indicadores da pandemia da Covid-19 e impacto destes sobre os reajustes de planos coletivos, estabelecendo diretrizes hábeis à proteção do consumidor;
 - ii. implementar mecanismos efetivos e permanentes de identificação, prevenção e correção de reajustes anuais abusivos em planos coletivos, hábeis à proteção do consumidor;
 - iii. implementar, em cumprimento aos deveres estabelecidos pelo art. 4º da Lei nº 9.961/2020, notadamente os incisos XVII, XVIII, XXI, XXIII, XXIX,

XXXI e XXXVI, a previsão de percentuais máximos em relação aos reajustes anuais dos planos coletivos, pautados em informações de natureza econômico-financeira, como autorizado anualmente para planos individuais e familiares, visando a proteção do consumidor;

- f) a condenação da requerida nos ônus de sucumbência e no pagamento das despesas processuais.

Atribui-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para fins meramente fiscais.

Termos em que, pede e espera deferimento.

São Paulo, 17 de março de 2021.

FERNANDO CAPEZ

Diretor Executivo do PROCON

FREDERICO JOSÉ F. DE ATHAYDE

Subprocurador-Geral do Estado Contencioso Geral OAB/SP nº 270.368

FLORENCE ANGEL G. MARTINS

Procuradora do Estado OAB/SP Nº 341.188

RELAÇÃO DE DOCUMENTOS

Documento nº 01 – MEMO/FP/DAOC/005/2021 – informa total de demandas relacionadas a reajuste de planos de saúde registradas no Procon-SP em janeiro de 2021;

Documento nº 02 – Autos de Notificação – Amil Assistência Médica Internacional S.A: Auto de Notificação nº 06081-D8 (fls. 01/03); Sul América Companhia de Seguro Saúde: Auto de Notificação nº 06320-D8 (fls. 04/07); Qualicorp Administradora de Benefícios S.A: Auto de Notificação nº 06084-D8 (fls. 08/10); Notre Dame Intermédica Saúde S.A: Auto de Notificação nº 06030-D8 (fls. 11/13);

Documento nº 03 – Auto de Notificação 06081-D8 – Amil – completo;

Documento nº 04 – Auto de Notificação 06084-D8 – Qualicorp – completo;

Documento nº 05 – Auto de Notificação 06320-D8 – SulAmérica – completo;

Documento nº 06 – Autos de Infração;

Documento nº 07 – Expediente de notificação da ANS com a respectiva resposta;

Documento nº 08 – Pesquisa de 100 recentes julgados relacionados a planos coletivos, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo;

Documento nº 09 – Auditoria Operacional TCU 021.852/2014-6 e Acórdão 679/2018;

Documento nº 10 – Nota Técnica nº 04/2020/DIRAD-DIOPE/DIOPE;

Documento nº 11 – Nota Técnica nº 13/2020/GEFAP/GGREP/DIRADDIPRO/DIPRO;

Documento nº 12 – Comunicado nº 85, de 31 de agosto de 2020, da ANS;

Documento nº 13 – Comunicado nº 87, de 26 de novembro de 2020, da ANS;

Documento nº 14 – Nota Técnica SEI nº 49150/2020/ME do Ministério da Economia;

Documento nº 15 – Nota Técnica nº 03/2020/COREF/GEFAP/GGREP/DIRADDIPRO/ DIPRO;

Documento nº 16 – Estudo Prof. Mário Scheffer GEPS USP;

Documento nº 17 – MEMO/FP/DAOC/014/021 – levantamento das demandas referentes a reajustes aplicados em planos de saúde no mês de janeiro de 2021;

Documento nº 18 – Nota Técnica ANAHP;

Documento nº 19 – Termo de Convênio celebrado pelo Estado de São Paulo, por intermédio da Procuradoria-Geral do Estado e Procon-SP;

Documento nº 20 – Resolução PGE nº 19, de 7 de agosto de 2020.



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU

AÇÃO CIVIL PÚBLICA CÍVEL (65) Nº 5006194-07.2021.4.03.6100/19ª VARA CÍVEL

FEDERAL DE SÃO PAULO

AUTOR: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON

ADVOGADO DO(A) AUTOR: FLORENCE ANGEL GUIMARÃES MARTINS DE SOUZA – SP341188

RÉU: AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

DECISÃO

Vistos.

Trata-se de Ação Civil Pública ajuizada pela FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON-SP, em face da AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR – ANS, com pedido de tutela provisória de urgência, objetivando a parte autora obter provimento judicial que determine à ré que

(i) apresente em Juízo informações sobre o cumprimento das recomendações do TCU acerca do “plano de providências contemplando a instituição de mecanismos de identificação, prevenção e correção de reajustes abusivos em planos coletivos”;

(ii) apresente, em relação aos planos coletivos: (ii.1) informações acerca da “continuidade ao trabalho de acompanhamento dos indicadores”, relacionadas ao impacto da pandemia da Covid-19, como consta nas Notas Técnicas nº 04 e 13 de 2020 da própria ANS; (ii.2) a estimativa do efeito da queda significativa na média anual do índice de sinistralidade em razão da pandemia da Covid-19, com respectivas “recomendações e diretrizes sobre o valor do reajuste anual dos produtos”, como exposto em recomendação exarada pelo Ministério da Economia. Ao final, requer a confirmação da tutela provisória e a condenação da ré em obrigação de fazer, sob pena de multa, para: i. implementar mecanismos efetivos de acompanhamento de indicadores da pandemia da Covid-19 e impacto destes sobre os reajustes de planos coletivos, estabelecendo diretrizes hábeis à proteção do consumidor; ii. implementar mecanismos efetivos e permanentes de identificação, prevenção e correção de reajustes anuais abusivos em planos coletivos, hábeis à proteção do consumidor; iii. implementar, em cumprimento aos deveres estabelecidos pelo art. 4º da Lei nº 9.961/2020, notadamente os incisos XVII, XVIII, XXI, XXIII, XXIX, XXXI e XXXVI, a previsão de percentuais máximos em relação aos reajustes anuais dos planos coletivos, pautados em informação de natureza eco-

nômico-financeira, como autorizado anualmente para planos individuais e familiares, visando a proteção do consumidor.

Afirma que, em janeiro de 2021, registrou o recorde de 962 (novecentos e sessenta e duas) reclamações de consumidores contra reajustes de planos de saúde, grande parte relacionada a reajustes anuais de planos coletivos e, ante possível onerosidade excessiva e prática de conduta abusiva (art. 39, incisos V e X, do CDC1), notificou as operadoras e administradoras de planos de saúde para apresentarem informações e justificativas, as quais não se mostraram suficientes.

Relata que as notificadas foram autuadas nos termos do artigo 55, § 4º do Código de Defesa do Consumidor, sendo-lhes aplicada multa.

Sustenta que os reajustes anuais de planos coletivos têm ocorrido sem transparência/informação suficiente acerca das justificativas técnicas, em percentuais elevados e muito superiores aos índices aplicados a planos individuais, e que tal verificação foi confirmada por pesquisa jurisprudencial realizada em ações propostas por consumidores no estado de São Paulo, na qual foram selecionados 100 (cem) recentes julgados relacionados a planos coletivos, com enfrentamento de mérito, constatando-se que, em nenhuma demanda individual proposta, as operadoras de saúde lograram êxito em justificar os percentuais de reajustes aplicados.

Aponta que o Poder Judiciário Paulista proferiu, em todos os casos da amostra, decisões protetivas ao consumidor ante a abusividade de reajustes, determinando-se, em substituição, a aplicação dos reajustes fixados pela ANS para os planos individuais.

Narra que, diante desse cenário, o Procon-SP encaminhou requerimento à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), expondo as reclamações recebidas no âmbito da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor e apontando, entre outras questões, que não houve comprovação, pelas reclamadas notificadas, de sinistralidade ou de custos médicos que justificassem os reajustes nem de negociação transparente e fundamentada, pleiteando que a Agência tomasse medidas para a redução dos reajustes anuais de planos coletivos, tal como a aplicação, como índice subsidiário, dos percentuais máximos fixados pela ANS para os planos individuais.

Relata que, no âmbito do TCU, a questão dos reajustes de planos de saúde coletivos foi enfrentada na Auditoria Operacional n. TC 021.852/2014-6, na qual se verificou a insuficiência de atuação da ANS na prevenção, identificação e correção de reajustes abusivos em planos coletivos e, em sessão realizada em 28/03/2018,

determinou que a Agência elaborasse “plano de providências contemplando a instituição de mecanismos de atuação que permitam a efetiva aferição da fidedignidade e a análise crítica das informações econômico-financeiras comunicadas à autarquia pelas operadoras de planos de saúde, mormente [...] ao tratamento dos casos em que identificadas práticas abusivas contra os consumidores”.

Alega que, atualmente, em um cenário como o da pandemia da Covid-19, que assola o país do ponto de vista sanitário, social e econômico, mostra-se ainda mais relevante que haja esta proteção ao consumidor dos planos de saúde coletivos.

Argumenta que, em 2020, a ANS chegou a suspender os reajustes de planos de saúde e, para tanto, realizou estudos, especialmente a Nota Técnica nº 04/2020/DIRAD-DIOPE/DIOPE e a Nota Técnica nº 3/2020/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO, destacando as seguintes conclusões:

1) queda das despesas das empresas, de forma geral, pela redução de realização de procedimentos, consultas e sinistralidade, o que, somado à manutenção da média de receitas, implicou aumento de resultados positivos do setor; 2) aplicação regular de reajustes como possível fator de agravamento de desequilíbrio dos contratos, pois contribuirá para o aumento da inadimplência, dada a falta de capacidade financeira dos beneficiários e contratantes.

Aduz que, nesse contexto, o Ministério da Economia emitiu a Nota Técnica SEI nº 49150/2020/ME, destacando ter havido queda de sinistralidade e custos médicos no ano de 2020, recomendando à ANS que estimasse a probabilidade do reajuste em 2021 constar resultado negativo, com base no método dos planos individuais, bem como que estimasse o efeito esperado sobre os planos coletivos, estabelecendo recomendações e diretrizes sobre o valor do reajuste anual destes produtos.

Expõe que, em resposta, a ANS, “*em aparente contradição com os motivos que levaram à suspensão dos reajustes, emitiu a Nota Técnica nº 03/2020/COREF/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO, na qual, apesar de reconhecer a queda da despesa assistencial médica por beneficiário, diz não ser possível estimar o impacto em planos coletivos, e que o aumento será definido pela livre negociação entre as operadoras e as pessoas jurídicas contratantes, não estabelecendo as diretrizes recomendadas pelo Ministério da Economia*”.

A análise do pedido de tutela de urgência foi postergada para após a vinda de manifestação prévia.

A Defensoria Pública da União requereu seu ingresso no feito, na condição de litisconsorte no polo ativo, sustentando sua legitimidade para propositura de Ação Civil Pública para a proteção de direitos coletivos e difusos, sobretudo, no presente caso, daqueles que tiveram a condição de vulnerabilidade potencializada em razão da pandemia da Covid-19 (ID 48207670).

A ANS se manifestou previamente arguindo, preliminarmente, a ilegitimidade ativa do Procon-SP, afirmando que *“a parte autora não possui legitimidade para a execução do acórdão proferido pelo TCU na Auditoria Operacional TC 021.852/2014-6. Embora se trate de questão relacionada à legitimidade ativa da parte autora, este tema afeta os fundamentos de direito que dão suporte ao pedido provisório do autor, portanto, não pode ser desprezado ao tempo do exame da tutela provisória”*. No tocante ao pedido liminar, sustenta não ter restado demonstrada a urgência e o *periculum in mora*, haja vista que as medidas pretendidas não possuem impacto direto e imediato no reajuste de planos de saúde coletivos. Assinala que *“já existe ação judicial com idêntica causa de pedir em curso na 2ª Vara Cível Federal de São Paulo, proposta pelo IDEC, que alega descumprimento por parte da ANS de recomendações contidas em idêntica Auditoria Operacional do Tribunal de Contas da União, no caso, a ação civil pública nº 5010777-40.2018.4.03.6100”*. No mérito, alega que a autorização expressa da ANS é exigida apenas nos casos de aplicação do reajuste anual por variação de custos dos planos individuais/familiares regulamentados ou adaptados à Lei nº 9.656/98, e não aos planos de contratação coletiva (XVII, art. 4º, Lei nº 9.961/00 c/c § 2º, art. 35-E, Lei nº 9.656/98)³¹. Registra que os parâmetros para o reajuste anual por variação de custos, nos planos coletivos, são estipulados nas cláusulas contratuais, decorrentes da livre negociação entre as partes celebrantes, de modo que o critério de cálculo, bem como o percentual apurado pela operadora, podem ser negociados entre esta e a pessoa jurídica contratante, desde que obedecidas as regras acordadas no instrumento contratual referentes às cláusulas de reajuste anual por variação de custos, não se podendo apontar, a princípio, a existência de abusividade ou irregularidade nos índices e nos métodos utilizados para o reajuste do valor da mensalidade desses planos. Ressalta que a ANS avalia a regularidade dos reajustes de acordo com a regra aplicável a cada tipo de contrato; que a ANS não possui competência legal para autorizar o reajuste de plano de saúde coletivo, diferentemente do que ocorre com o reajuste de plano coletivo individual. No tocante ao primeiro pedido liminar, sobre o cumprimento das recomenda-

31 Vide ADI nº 1.931.

ções do TCU acerca do “plano de providências contemplando a instituição de mecanismos de identificação, prevenção e correção de reajustes abusivos em planos coletivos, a ré afirma que, por meio do DESPACHO N° 431/2020/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO, atualizou o Tribunal de Contas da União sobre: a) informações atualizadas da execução do plano de providências adotado pela ANS em cumprimento à determinação contida no item 9.1.1 do Acórdão 679/2018-TCU-Plenário; b) regras de reajustamento dos valores dos planos de saúde suplementar individual e coletivo atualmente em vigor, com indicação dos normativos correspondentes comprovando que não se manteve silente em relação ao Acórdão do TCU, ao contrário, as medidas adotadas pela ANS foram comunicadas pelo Tribunal de Contas da União, que não visualizou qualquer descumprimento por parte da ANS. Aponta que também encaminhou ao TCU o DESPACHO N° 455/2020/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO, de 4 de janeiro de 2021. Quanto às visitas técnicas, alega que *“foi informado e ressaltado no Despacho 455 que, quanto à elaboração de Nota Técnica dispendo das operadoras que seriam objeto da visita no ano de 2020 e à realização de visita técnica propriamente dita, a situação de pandemia global observada, além de impor o isolamento social, foi fato impeditivo da realização de visitas ‘in loco’, além de deslocar os esforços da ANS para ações emergenciais para o enfrentamento da pandemia”*. Argumenta que *“não obstante a não realização das visitas técnicas, as demais atividades de monitoramento do reajuste dos planos coletivos são atividades contínuas desse órgão. Tão logo a situação retome a normalidade, o plano de visita técnica propriamente dito será implementado”*. Quanto aos efeitos da pandemia nos reajustes, defende que, como a sinistralidade é a razão entre as despesas e as receitas assistenciais e o reajuste anual reflete a variação das despesas assistenciais de um ano para o outro, a desaceleração das despesas ao longo de 2020 como efeito da pandemia tende a impactar os reajustes de 2021, tanto dos planos individuais quanto dos planos coletivos, de modo que os efeitos da redução das despesas poderão ser percebidos no reajuste referente a 2021. Ao final, pugnou pelo indeferimento do pedido de tutela provisória.

O Procon-SP peticionou assinalando que a existência da ação n° 5010777-40.2018.4.03.6100 foi citada na petição inicial pelo Requerente (nota de rodapé, às fls. 20), a fim de esclarecer a distinção das demandas, uma vez que a ação anteriormente ajuizada pelo IDEC tem como objetivo planos de saúde individuais e a presente demanda tem como objeto planos coletivos de saúde. Sustenta sua legitimidade para a propositura da ação, uma vez que *“a menção ao trabalho do TCU é realizada como fundamento técnico para atestar a insuficiência de monitoramento*

efetivo dos reajustes de planos coletivos, em prejuízo aos consumidores. Portanto, a causa de pedir não se confunde com o pedido da ação. Por outro lado, o Procon-SP é uma fundação pública estadual, instituída pela Lei Estadual Paulista nº 9.192/95, dotada de personalidade jurídica própria e com o objetivo de elaborar e executar a política estadual de proteção e defesa do consumidor, nos termos do artigo 2º da referida Lei. Atende, portanto, aos requisitos necessários para figurar como legitimado para a propositura de ações coletivas destinadas à tutela de direitos difusos e coletivos relacionados a interesse de consumidores, com fundamento na Lei nº 7.347/85, art. 5º, caput e inciso IV c/c Lei nº 8.078/90, art.81 e 82, inc. III”. Argumenta que não foram cumpridos pela ANS satisfatoriamente os itens 9.1.1 1 e 9.2 2 do Acórdão 679/2018-TCU-PLÊNÁRIO, que tratam especificamente de questões relacionadas a planos coletivos. Reitera os pedidos de tutela de urgência.

Vieram os autos conclusos.

É O RELATÓRIO. DECIDO.

Defiro a inclusão da DPU no polo ativo do presente feito, haja vista o disposto no § 2º do art. 5º da Lei nº 7.347/85: “Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes”. **Retifique-se** a autuação.

Rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa, eis que a Ação Civil Pública pode ser ajuizada para a defesa de interesses difusos ou coletivos, bem como para a proteção de danos patrimoniais causados ao consumidor (art. 1º, incisos II e IV, da Lei nº 7.347/85).

Destaco que a Fundação Procon-SP e a DPU têm legitimidade para propor ACP, uma vez que se enquadram no disposto no art. 5º, V, b, da Lei nº 7.347/85:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

[...]

II – a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

[...]

V – a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Redação dada pela Lei nº 13.004, de 2014)

Ademais, a pretensão veiculada na inicial desta ação não objetiva a execução de Acórdão do TCU.

Passo à análise do pedido de tutela de urgência.

Consoante se infere dos fatos articulados na inicial, pretende a parte autora obter provimento judicial que determine à ré que (i) apresente em Juízo informações sobre o cumprimento das recomendações do TCU acerca do “plano de providências contemplando a instituição de mecanismos de identificação, prevenção e correção de reajustes abusivos em planos coletivos”; (ii) apresente, em relação aos planos coletivos: (ii.1) informações acerca da “continuidade ao trabalho de acompanhamento dos indicadores” relacionados ao impacto da pandemia da Covid-19, como consta nas Notas Técnicas nº 04 e 13 de 2020 da própria ANS; (ii.2) a estimativa do efeito da queda significativa na média anual do índice de sinistralidade em razão da Pandemia da Covid-19, com respectivas “recomendações e diretrizes sobre o valor do reajuste anual dos produtos”, como exposto em recomendação exarada pelo Ministério da Economia.

Examinando o feito, tenho que não se acham presentes os requisitos para a concessão da tutela provisória requerida.

No que concerne ao pedido para que a ANS apresente em Juízo (i) informações sobre o cumprimento das recomendações do TCU acerca do “*plano de providências contemplando a instituição de mecanismos de identificação, prevenção e correção de reajustes abusivos em planos coletivos*”, tenho que tal pretensão já foi atendida pela ANS, em sua manifestação prévia, na qual juntou o DESPACHO N°: 431/2020/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO e o DESPACHO N°: 455/2020/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO, de 4 de janeiro de 2021, atualizando o Tribunal de Contas da União sobre: a) informações atualizadas da execução do plano de providências adotado pela ANS em cumprimento à determinação contida no item 9.1.1 do Acórdão 679/2018-TCU-Plenário; b) regras de reajustamento dos valores dos planos de saúde complementar individual e coletivo atualmente em vigor.

Nesse sentido, em que pese a irresignação da autora em relação às informações prestadas, tenho não caber a este Juízo, nesta primeira aproximação, apreciar

o mérito das informações prestadas, se suficientes ou não à implementação “de mecanismos efetivos e permanentes de identificação, prevenção e correção de reajustes anuais abusivos em planos coletivos, hábeis à proteção do consumidor”.

Da mesma forma, não identifico elementos probatórios aptos a justificarem a concessão de tutela de urgência no tocante aos pedidos para que a ré (i) apresente, em relação aos planos coletivos: (ii.1) informações acerca da “continuidade ao trabalho de acompanhamento dos indicadores” relacionados ao impacto da pandemia da Covid-19, como consta nas Notas Técnicas nº 04 e 13 de 2020 da própria ANS; (ii.2) a estimativa do efeito da queda significativa na média anual do índice de sinistralidade em razão da pandemia da Covid-19, com respectivas “recomendações e diretrizes sobre o valor do reajuste anual dos produtos”, porquanto, segundo revelam os documentos juntados em sua manifestação prévia, a ré vem acompanhando os indicadores relacionados à pandemia.

Ademais, a ré sustenta possuir mecanismos de acompanhamento de indicadores da pandemia da Covid-19 e impacto destes sobre os reajustes de planos coletivos.

De seu turno, assinalo que questão dos reajustes de planos de saúde é complexa e envolve aspectos técnicos que não podem ser desprezados.

Neste ponto, transcrevo trecho de recente julgado do TRF da 3ª Região (AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 5013188-23.2018.4.03.0000), em decisão de tutela de urgência similar à do presente feito:

[...] O próprio juiz “a quo”, aliás, admite que são necessários maiores estudos, audiências e consultas públicas, não se podendo descartar, outrossim, eventual prova pericial. De outra parte, a decisão recorrida reconhece “que o constante avanço da tecnologia traz a possibilidade de realização de exames médicos mais sofisticados e de alto custo, bem como cirurgias de alta complexidade em hospitais que se utilizam de profissionais e equipamentos de ponta, o que, conseqüentemente enseja o reajuste anual dos planos de saúde por índice diferenciado o índice geral de custo”. Mesmo assim, a conta de que não podem ser autorizados reajustes “excessivos”, o e. magistrado determinou, em caráter provisório, que os reajustes se limitem à variação da inflação do setor de saúde e cuidados pessoais do IPCA-IBGE. Com a devida vênia, se a questão é complexa a ponto de exigir igualmente complexas diligências; e se se reconhece que os reajustes dos planos de saúde não se vinculam à variação inflacionária, melhor seria ter indeferido a medida liminar.

Acrescente-se, ainda, que é bastante abstrato o conceito de “reajustes excessivos”, de sorte que a decisão haveria de ponderar sobre suas conseqüências práticas, nos termos do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Nesse ponto, é importante frisar que a intervenção judicial, nos termos em que realizada

pela decisão recorrida, tem grande probabilidade de não ser confirmada na sentença, pois muito dificilmente coincidirão os índices de reajustes devidos com os da variação da inflação do setor de saúde e cuidados pessoais. A decisão agravada desconsiderou ainda o artigo 21 da aludida lei, uma vez que não indicou de modo expresso “suas consequências jurídicas e administrativas”, assim como não tratou da regularização de modo “proporcional e equânime”, já que, como visto, o índice adotado pelo Juízo a quo não se mostra, em cognição sumária, adequado ao mercado específico ora discutido.

Assim, não é de se descartar que, a final, haja significativo descompasso entre tais índices, inclusive em prejuízo dos consumidores, da ordem dos milhões segundo a parte recorrida, que terão sido induzidos a reputar correto o percentual fixado na decisão e, depois, haverão de suportar os talvez pesados ajustes que decorrerão do cumprimento da sentença.

Por fim, é de se observar que a presunção de legalidade milita em favor do ato administrativo impugnado, não tendo sido comprovada, nesta primeira aproximação, qualquer ilegalidade na conduta da ré.

Posto isto, considerando tudo o mais que dos autos consta, ausentes os pressupostos legais, **INDEFIRO** a tutela de urgência requerida.

Aguarde-se a contestação da ANS.

Após, ao Ministério Público Federal, na qualidade de fiscal da lei, conforme disposto no art. 5º, §1º, da Lei nº 7.347/85.

Intimem-se. Cumpra-se.

SÃO PAULO, 12 de abril de 2021.

PEÇAS E JULGADOS

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 16ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO/SP

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

PROCESSO Nº 1034448-85.2021.8.26.0053

AUTORAS: Associação Brasileira de Bares e Restaurantes – Seccional São Paulo e
outra Réus: Estado de São Paulo e outros

O ESTADO DE SÃO PAULO, pessoa jurídica de direito público interno, já qualificado nos autos, por meio do seu Procurador do Estado que subscreve, legalmente habilitado, em conformidade com o art. 132 da Constituição Federal, vem apresentar **CONTESTAÇÃO**, com fundamento nos art. 335 e seguintes do Código de Processo Civil, em face da demanda ajuizada pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BARES E RESTAURANTES – ABRASEL NACIONAL e ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE BARES E RESTAURANTES – SECCIONAL SÃO PAULO, pelos seguintes argumentos que passo a expor:

I – SÍNTESE DA DEMANDA

Trata-se de ação civil pública movida pela Associação Brasileira de Bares e Restaurantes em face do estado de São Paulo e diversos municípios localizados nesta unidade da Federação, na qual se pretende a condenação dos Réus ao pagamento de indenização por danos materiais ocasionados por restrições das atividades dos seus associados estabelecidas em razão da pandemia de Covid-19.

As Autoras alegam que haveria responsabilidade civil do estado por ato lícito em razão dos prejuízos econômicos suportados pelos associados. Apontam que esses danos foram ocasionados por medidas adotadas pelo estado e pelos municípios, uma vez que restringiram a prestação dos serviços para conter o contágio de Covid-19.

Alegam que os danos suportados pelos seus associados foram desiguais em relação ao restante da sociedade, assim como foram anormais, o que ensejaria a responsabilidade civil do estado, ainda que os atos restritivos sejam lícitos.

Apontam, ainda, o princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CF/88) como fundamento para a responsabilização dos Requeridos.

Indicaram a decisão do STF no julgamento do RE 571969/DF para defender sua posição, pois entendem que há semelhança entre a situação fática que subsidiou aquela decisão com as circunstâncias fáticas de que trata essa demanda.

Subsidiariamente, as Autoras questionam a licitude dos atos normativos editados pelo estado e pelos municípios. Alegam que os atos não foram devidamente motivados, pois não apontaram evidências científicas e análises sobre informações estratégicas em saúde. Além disso, não foram estabelecidos por prazo determinado. Por isso, teriam violado o disposto no art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.979/2020.

Além disso, pedem a inversão do ônus da prova.

Por fim, listam medidas econômicas adotadas em outros países para recuperação da economia, inclusive do setor de bares e restaurantes.

É o relatório do que há de relevante.

II – DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA

As Autoras alegam que a presente ação civil pública objetiva a tutela de interesses individuais homogêneos, considerando a “origem comum” dos danos sofridos por seus associados.

Dispõe o Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: [...]

II – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A expressão “origem comum”, a caracterizar os interesses individuais homogêneos, é imprecisa. Muitos interesses, por sua vez, podem ter origem comum, mas com significativas diferenças entre eles, faltando a homogeneidade. A doutrina apresenta critérios a serem utilizados para a definição dos interesses individuais homogêneos, tendo destaque o **critério da preponderância**:

Talvez o critério mais conhecido para a identificação dos direitos individuais homogêneos seja aquele, especialmente empregado por Ada Pellegrini Grinover, com

nítida inspiração norte-americana, que reconhece o caráter homogêneo aos direitos individuais sempre que houver preponderância das questões coletivas sobre as questões individuais.

[...] Na realidade, segundo o direito norte-americano, esse requisito deve ainda ser combinado com a exigência de que, além dessa preponderância, fique demonstrado que a via coletiva é a melhor forma de resolver a questão.

Trata-se de um requisito praticamente quantitativo, em que se avalia, por via oblíqua, a utilidade da tutela coletiva. Se houver várias questões coletivas envolvidas nos litígios similares, justifica-se um pronunciamento ‘geral’, que aprecie as questões comuns em uma só decisão, porque com isso se poupa tempo e recursos judiciais nas ações individuais.

[...] Em outro caso semelhante, o Judiciário americano também recusou a certificação para uma ação de classe – envolvendo, do mesmo modo, litígio sobre a dependência causada pelo tabaco – sob a alegação de que não havia a preponderância de questões coletivas sobre individuais. É que, nos termos postos, haveria a necessidade de apurar a razão pela qual cada pessoa iniciara o uso de cigarro, a quantidade, a duração do vício, as eventuais reações ao fumo e o conhecimento prévio sobre os riscos do cigarro. Como essas questões deveriam ser apuradas em relação a cada indivíduo, não haveria a predominância exigida pela lei.

[...] não há dúvida de que a essência da aplicação desse critério no sistema brasileiro pode auxiliar muito no entendimento das situações individuais que podem ser tratadas coletivamente no processo. [...]

O critério da predominância reflete uma preocupação adjacente: a questão de saber se é melhor – ou seja, envolve menos esforço judicial e maior ganho para o interesse das partes – tratar do litígio pela via individual ou pela via coletiva. Nessa preocupação, entram tanto questões como o preparo do Judiciário para lidar com situações muito complexas (a exemplo de ações de classe em que o grupo é muito numeroso), a preocupação com a viabilidade da defesa do requerido, a utilidade da decisão coletiva para a resolução das controvérsias individuais e mesmo o nível de padronização das causas individuais.¹

No caso ora em exame, é evidente que as questões individuais preponderam sobre as coletivas.

Alegam as Autoras, ao tratar do cabimento da ação civil pública: “*No presente caso, é verificado a nível estadual e municipal que parcela significativa dos bares e*

1 ARENHART, Sergio Cruz; OSNA, Gustavo. *Curso de Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. Edição do Kindle.

restaurantes fecharam e grande parte dos que se mantiveram em atividade estão com o faturamento negativo” (fl. 4).

Ora, não há como afirmar que determinado bar ou restaurante tenha fechado ou sofrido faturamento negativo em razão da generalidade dos decretos municipais e estaduais editados. É necessária análise caso a caso, em especial porque a falência ou o prejuízo é risco inerente de atividade sujeita a economia de mercado, não se podendo afirmar *a priori*, em uma análise coletiva, que todos os associados dos Autores sofreram prejuízo **em razão** dos decretos municipais e estaduais.

Os municípios corréus editaram decretos com variados graus de restrição nas atividades comerciais, o que também exige que a análise seja feita município por município.

Caso proferida sentença de procedência nesta ação coletiva (o que não se espera), cada execução individual movida por um bar ou restaurante na prática seria um novo processo de conhecimento, inclusive com oitivas de testemunhas e perícia, pois teria que ser analisado, além do *quantum*, se a empresa sofreu prejuízo **em decorrência** dos decretos estaduais e municipais, e não em razão dos riscos inerentes ao negócio.

Os interesses não são suficientemente homogêneos a justificar a propositura de ação civil pública.

Considerando ainda o enorme número de associados das Autoras, seriam centenas de execuções individuais em tramitação nesta Vara, para discussão de situações locais de várias Comarcas do estado.

Requer-se a extinção do processo, sem julgamento de mérito, pela falta de interesse de agir (inadequação da via eleita), nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC.

III – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA INDEVIDA

A parte autora pugna pela inversão do ônus da prova, argumentando que é aplicável o instituto às ações coletivas.

Ocorre que não estão presentes os requisitos legais para que haja a inversão do ônus da prova.

A inversão por decisão judicial é tratada no § 1º do art. 373 do Código de Processo Civil, cuja redação é a seguinte:

§ 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

A parte autora **não demonstra a presença nenhuma dessas hipóteses** para fundamentar o seu pedido de inversão do ônus da prova. Trata-se de pedido genérico apenas para tentar se ver livre do seu encargo probatório.

Assim, é preciso que se mantenha a distribuição estática, conforme os incisos do art. 373 do Código de Processo Civil, incumbindo ao autor a prova dos fatos constitutivos do seu direito.

IV – BREVE SÍNTESE DOS DECRETOS ESTADUAIS QUE REGULARAM O FUNCIONAMENTO DOS BARES E RESTAURANTES

Antes de adentrarmos ao mérito, é relevante trazer um breve retrospecto dos decretos estaduais que versaram sobre a medida de quarentena, todos com fundamento na Lei federal nº 13.979/2020.

O **Decreto estadual nº 64.881/20**, editado em 22 de março de 2020², estabeleceu a medida de quarentena no estado de São Paulo. Ao detalhar a medida nos seus dispositivos, percebe-se que ela consistiu na **suspensão do atendimento presencial ao público em estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços** e o **consumo no local** em bares, restaurantes, padarias e supermercados, ficando **permitido o serviço de entrega e retirada**. Estabelece o dispositivo:

Artigo 2º – Para o fim de que cuida o artigo 1º deste decreto, fica suspenso:

I – o atendimento presencial ao público em **estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços**, especialmente em casas noturnas, “shopping centers”, galerias e estabelecimentos congêneres, academias e centros de ginástica, ressalvadas as atividades internas;

II – o consumo local em bares, restaurantes, padarias e supermercados, **sem prejuízo dos serviços de entrega (“delivery”) e “drive thru” (g.n.)**.

2 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64881-22.03.2020.html>.

Apenas não foram atingidas pela suspensão as atividades consideradas essenciais, como aquelas relacionadas aos serviços de saúde, abastecimento e segurança.

Vale destacar que, esclarecendo o teor do decreto, o **Comitê Administrativo Extraordinário Covid-19** editou a **Deliberação nº 2, em 23 de março de 2020**³, que apontou:

Deliberação nº 2, de 23 de março de 2020:

I – o Comitê esclarece que, à luz do Dec. 64.881/2020[...]

b) no caso de bares, lanchonetes, restaurantes e padarias, inclusive quando funcionando no interior de supermercados, **admite-se o atendimento presencial ao público, estando vedado apenas o consumo no local** (g.n.).

Posteriormente, em razão da melhoria no cenário epidemiológico, foi implementado o **Plano São Paulo de abertura gradual e responsável das atividades econômicas não essenciais**, conforme disposições do **Decreto estadual nº 64.994/2020**⁴.

O plano consiste no estabelecimento de restrições às atividades econômicas não essenciais de acordo com as **condições epidemiológicas e estruturais do Estado**, cuja aferição se baseia na **evolução da pandemia de COVID-19** (número de casos confirmados da doença em dado período) e **capacidade de resposta do sistema de saúde** (informações da Central de Regulação de Ofertas e Serviços de Saúde – CROSS referente à demanda por leitos de UTI).

Os detalhes das divisões em regiões, da periodicidade de avaliação da qualificação de cada uma delas, bem como os critérios utilizados foram divulgados em endereço eletrônico na internet⁵ e através de coletivas de imprensa frequentes feitas pelo Governo do Estado.

A classificação de cada região foi feita em cores de acordo com o cálculo do risco de cada uma das áreas, sendo este feito com base em critérios objetivos detalhados no Anexo II do Decreto. Pela importância, vale trazer uma imagem que ilustra esses critérios:

3 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64881-22.03.2020.html>.

4 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2020/decreto-64994-28.05.2020.html>.

5 Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/planosp/>.

Metodologia – cálculo dos critérios



Critério	Indicador	Variável	Peso	Fase 1	Fase 2	Fase 3	Fase 4
				Alerta máximo	Controle	Flexibilização	Abstenção parcial
Capacidade e do Sistema de Saúde	Taxa de ocupação de leitos UTI COVID (%)	O	4	Acima de 80%	Entre 70% e 80%	Entre 60% e 70%	Abaixo de 60%
	Leitos UTI COVID / 100k habitantes	L	1	Abaixo de 3,0	Entre 3,0 e 5,0	Acima de 5,0	Acima de 5,0
Evolução da epidemia	# de novos casos últimos 7 dias / # de novos casos 7 dias anteriores	Nc	1	Acima de 2,0	Acima de 2,0	Entre 1,0 e 2,0	Abaixo de 1,0
	# de novas internações últimos 7 dias / # de novas internações 7 dias anteriores	Ni	3	Acima de 1,5	Entre 1,0 e 1,5	Entre 0,5 e 1,0	Abaixo de 0,5
	# de óbitos por COVID nos últimos 7 dias / # de óbitos por COVID nos 7 dias anteriores	No	1	Acima de 2,0	Entre 1,0 e 2,0	Entre 0,5 e 1,0	Abaixo de 0,5
Valor para o cálculo				1	2	3	4

(1) Capacidade do Sistema de Saúde = $(O*4 + L*1)/(4 + 1)$

(2) Evolução da epidemia = $(Nc*1 + Ni*3 + No*1)/(1 + 3 + 1)$

A classificação final da área corresponderá à menor nota atribuída a um dos critérios (1) Capacidade do Sistema de Saúde ou (2) Evolução da Epidemia, arredondada para baixo até o número inteiro mais próximo.

Para cada uma das fases, havia medidas restritivas específicas. O consumo local em bares e restaurantes só era vedado nas fases mais restritivas (vermelha e laranja). Nas fases amarela e verde, era permitido o consumo no local, mas seguindo determinadas restrições, conforme Anexo III do Decreto:

Atividades com atendimento presencial	Fase 1	Fase 2	Fase 3	Fase 4
<u>Consumo local</u> (bares, restaurantes e similares)	X	X	Somente ao ar livre; Capacidade 40% limitada; Horário reduzido (6 horas seguidas); Adoção dos protocolos geral e setorial específicos.	Capacidade 60% limitada; Adoção dos protocolos geral e setorial específicos.

No decorrer do tempo, decretos estaduais posteriores alteraram alguns aspectos do Plano São Paulo, mas mantendo a premissa de que, quanto piores os indicadores epidemiológicos e quanto menor a capacidade de resposta do sistema de saúde, as restrições às atividades dos serviços não essenciais seriam mais severas. Contudo, em nenhum momento ao longo da pandemia o Requerido, em qualquer das fases do Plano São Paulo, impediu o funcionamento de bares e restaurantes pelo sistema *delivery* e *drive-thru*.

Ao todo, foram realizadas 24 atualizações (todas em anexo a esta petição) nas classificações das regiões do estado de São Paulo, sendo que do período de 7 de

agosto de 2020 a 15 de janeiro de 2021, grande parte do estado permaneceu nas fases amarela e verde, o que viabilizava o consumo local em bares e restaurantes.

Em março de 2021, em razão do grave recrudescimento da pandemia causada por nova cepa do coronavírus (P.1), foi adotada uma **fase emergencial** com a classificação de todas as regiões no alerta máximo (fase vermelha), conforme disposto no **Decreto Estadual nº 65.545 de 03/03/2021**⁶. Continuou sendo permitido funcionamento de bares e restaurantes pelo sistema *delivery* e *drive-thru*.

Estudo desenvolvido pelo Centro Brasil-Reino Unido de Descoberta, Diagnóstico, Genômica e Epidemiologia de Arbovírus (grupo CADDE) concluiu que a variante P.1 é de 1,4 a 2,2 vezes mais transmissível do que as anteriores e tem probabilidade de 25% a 61% maior de escapar da imunidade desenvolvida a partir de uma contaminação prévia por outra cepa⁷.

Além disso, pesquisadores da Fundação Oswaldo Cruz Amazônia concluíram que a nova variante gera carga viral **dez vezes maior do que quando comparada com as demais cepas do coronavírus, especialmente em pessoas com 18 a 59 anos e em mulheres idosas**⁸.

Como resultado desses fatores, observou-se elevada sobrecarga dos serviços de saúde no estado, públicos ou privados, acompanhada de alto índice de mortes e casos confirmados.

Apenas para ilustrar a calamidade da situação, o estado chegou à triste marca de 1.209 mortes em 24 horas⁹, além disso, havia mais de doze mil pessoas internadas em leitos de UTI¹⁰.

Em abril de 2021, estabeleceu-se **fase de transição**, com a volta gradual do atendimento presencial ao público nos estabelecimentos comerciais e prestadores

6 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65545-03.03.2021.html>.

7 Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/cientistas-comprovam-que-a-variante-p-1-e-ate-24-vezes-mais-transmissivel-que-outras-linhagens-do-coronavirus/>.

8 Disponível em: <https://www.researchsquare.com/article/rs-275494/v1>.

9 Disponível em: <https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,sao-paulo-bate-novo-recorde-de-mortes-pela-covid-em-24-horas-com-1209-vitimas,70003665543>.

10 Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/ultimas-noticias/sp-tem-286-mil-internados-por-covid-19-e-ultrapassa-a-marca-de-12-mil-pacientes-em-uti/>.

de serviços e atividades não essenciais, conforme disposto no **Decreto Estadual nº 65.635/2021**¹¹.

A fase de transição foi sendo estendida por sucessivos decretos, com gradativa flexibilização no funcionamento de bares e restaurantes, conforme melhora na situação epidemiológica¹²:

Bares e restaurantes	18/04 a 23/04	24/04 a 30/04	01/05 a 07/05	08/05 a 23/05	24/05 a 08/07	09/07 a 31/07
Permissão de consumo local	Entre 11h e 19h	Entre 6h e 20h	Entre 6h e 21h	Entre 6h e 21h	Entre 6h e 21h	Entre 6h e 23h
Ocupação permitida em relação à capacidade	Até 25%	Até 25%	Até 25%	Até 30%	Até 40%	Até 60%

A limitação de horário e de ocupação também era aplicável a salões de beleza, barbearias, atividades culturais e academias, atividades que também passaram a poder atender presencialmente apenas nesse período.

Por fim, o **Decreto Estadual nº 65.897/2021**¹³, atualmente vigente, permite o atendimento presencial das 6 horas até e meia-noite e ampliou a taxa de ocupação permitida para 80%, considerando o período de 1º a 16 de agosto de 2021.

Vale destacar que todos os decretos estaduais foram acompanhados das notas técnicas que os embasaram, emitidas pelo Centro de Contingência do Coronavírus, sendo este composto por 21 membros especialistas, cujas manifestações sempre se pautam em informações científicas mais aceitas no mundo em cada momento.

A edição de cada decreto estadual decorreu de um **juízo de ponderação** entre os direitos e garantias previstos na Constituição Federal: direitos à vida e à saúde da população (CF, art. 5º, *caput*, e art. 196) e o princípio da livre iniciativa (CF, art. 1º, inciso IV, e art. 170). Em situação de urgência de saúde, é razoável que haja uma restrição parcial no princípio da livre iniciativa, respeitando-se a proporcionalidade ao

11 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65635-16.04.2021.html>.

12 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65856-07.07.2021.html>.

13 Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2021/decreto-65897-30.07.2021.html>.

se realizar a restrição no funcionamento dos serviços não essenciais no grau estritamente necessário para a proteção dos demais direitos e garantias constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 6.341/DF, tratando especificamente da emergência sanitária internacional decorrente da pandemia de coronavírus, fez constar da ementa do acórdão que “*As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente*”, coordenação realizada pelo estado de São Paulo com a finalidade de salvar vidas.

E sem prejuízo das medidas sanitárias adotadas, o estado de São Paulo elaborou plano de apoio aos setores mais afetados na economia, priorizando inclusive bares e restaurantes com faturamento mensal de até R\$ 30 mil¹⁴.

V – INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

No caso dos autos, não estão presentes os requisitos capazes de ensejar a responsabilidade civil do estado de São Paulo, devendo a ação ser julgada totalmente improcedente.

Será demonstrado que inexistiu dano especial ou desproporcional em relação aos associados das autoras. Primeiramente, pelo fato de que, se os danos atingiram um setor inteiro de atividade econômica, não há como considerar esse dano como específico. Em segundo lugar, pelo fato de que diversos outros setores econômicos e sociais também tiveram perdas no curso da pandemia. Será demonstrado que o dano, se existente, não é indenizável (dano justo).

Também restará esclarecido que os danos decorrem da própria situação de pandemia, considerada como verdadeira força maior e excludente do nexo de causalidade em relação a qualquer conduta estatal em razão da adoção da teoria do risco administrativo pelo art. 37, § 6º, da CF/88.

Por fim, será demonstrada a licitude dos atos estatais, pois inexistente a ausência de motivação ou de violação da Lei nº 13.979/2020.

14 Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/estado-lanca-plano-de-apoio-economico-a-setores-mais-afetados-na-pandemia/>.

V.1 – AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO LÍCITO

No caso dos autos, não estão presentes os requisitos que poderiam ensejar a responsabilidade civil do estado por ato lícito.

(A) Inexistência de dano específico

Os atos estatais comumente afetam a esfera jurídica dos particulares, inclusive para restringir ou disciplinar o exercício de direitos com o propósito de tornar possível a vida em sociedade e atingir os objetivos constitucionais.

As concessões individuais em prol da coletividade são pressupostos básicos do pacto social e devem ser suportadas por todos que a integram.

Todos devem suportar sacrifícios de forma isonômica. Em outras palavras, indivíduos em situações iguais devem se sujeitar às mesmas intensidades de restrições. Ao passo que indivíduos em situações desiguais devem ser atingidos de forma desigual na medida das suas desigualdades, seguindo a máxima do princípio da igualdade em sentido material.

Assim o é com regras de trânsito, poder de tributar, limitações aos direitos de propriedade e outras tantas situações presentes no ordenamento jurídico.

O estado, com estrita observância dos ditames constitucionais, deve apenas definir quais serão os sacrifícios necessários para concretização do projeto de sociedade previsto na Carta Maior.

Nessas situações, é certo que **não há direito a indenização para os particulares que suportam essas restrições.**

Excepcionalmente, se presentes os demais requisitos da responsabilidade civil, **o particular fará jus a uma indenização quando suportar um dano específico e anormal.** A especificidade diz respeito a um dano que atingiu particularmente um ou alguns poucos indivíduos e que não se estendeu ao restante da coletividade.

Nesses casos, o fundamento para a indenização será o princípio da isonomia. Se os seus iguais não suportaram esse dano em prol da coletividade, eles farão *jus* a uma compensação, que representará uma forma de repartição dos encargos sociais com a coletividade. Isto é, o prejuízo deixa de ser restrito e é dividido com todos os cidadãos.

A título de exemplo, podemos mencionar o caso da desapropriação. Um ou alguns poucos indivíduos perdem a sua propriedade para que lhe seja dada uma destinação pública, em compensação, devem ser indenizados.

Vale destacar que não é necessário que todas as pessoas do país sofram o mesmo dano para que ele não seja considerado específico, basta que seja um dano generalizado ou abrangente. Nesse sentido, afirma Celso Antônio Bandeira de Melo¹⁵:

[...] o dano especial é aquele que corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos e não sobre a coletividade ou sobre genérica e abstrata categoria de pessoas.

Assim, podemos perceber que a responsabilidade civil do estado por prejuízos relacionados a atos lícitos, é **indispensável que o dano seja específico**. A propósito, é esse o entendimento esposado pelo STF no RE 573.969:

10. O Estado responde juridicamente também pela prática de atos lícitos, quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais. (RE 571969, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-181 DIVULG 17-09-2014 PUBLIC 18-09-2014)

Com base nessas premissas, **no caso dos autos não houve um dano específico**.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que os atos normativos adotados pelo estado de São Paulo com a finalidade de conter o contágio da Covid-19 jamais se destinou exclusivamente aos associados das Autoras, mas abrangeram os demais bares e restaurantes não associados, bem como as mais diversas atividades sociais (inclusive não econômicas).

Conforme detalhado no item IV desta petição, as restrições sempre foram impostas a **todas as atividades comerciais e de prestação de serviços não essenciais**, o que abrangeu a **grande maioria dos estabelecimentos do estado**.

Até mesmo atividades religiosas coletivas e atividades de ensino, em estabelecimentos privados, chegaram a ser impedidas de acontecer presencialmente.

Além disso, pode-se observar que **jamais houve impedimento do funcionamento de bares e restaurantes**, mas apenas o impedimento de consumo no local, havendo permissão para a venda de produtos para entrega ou retirada no local.

15 MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo. 2015. p .1051.

Quando comparados a outros setores, pode-se perceber que os bares e restaurantes não compuseram o setor com mais restrições. A título de exemplo, no Plano São Paulo, as academias só poderiam funcionar com atendimento presencial na fase verde. Eventos esportivos continuam sem poder ter público, assim como shows e eventos culturais.

Portanto não há como se admitir que os associados das Autoras suportaram restrições ou ônus desproporcionais quando em comparação com o restante da sociedade. Todos os setores não essenciais se submeteram a restrições praticamente idênticas e, se tais restrições causaram danos, estes foram suportados por todos eles.

A par disso, as Autoras não demonstram que os seus associados teriam sofrido um dano desproporcional, apenas fazendo alegações genéricas que pressupõem que apenas eles teriam sido alvo das restrições e sofreram prejuízos econômicos ao longo da pandemia.

Todavia os prejuízos econômicos foram generalizados, o que é percebido pela queda de 4,1% do PIB nacional, tendo alta apenas no setor de Agropecuária e queda nos demais¹⁶.

Em conclusão, em se tratando de danos abrangentes e generalizados, não se pode admitir a responsabilidade civil do estado por ato lícito.

(B) Inexistência de dano injusto

No Código Civil, ao lado do dano ilícito decorrente de ato ilícito (art. 297, *caput*), há expressa previsão legal (art. 927, parágrafo único) para a adoção da teoria do risco como fundamento do dever de indenizar danos ilícitos decorrentes de atos objetivamente lícitos, ou nos casos em que a lei determine o dever de indenizar os danos independentemente da existência de conduta culposa, o que **não** está presente no caso ora em análise.

Há ainda as situações em que o dano ocorre a partir do exercício de direito. Nesses casos, eventual dever de indenizar não decorre da culpa nem do risco, mas, sim, da busca de um equilíbrio para que não haja o crescimento de um patrimônio

16 Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/30165-pib-cai-4-1-em-2020-e-fecha-o-ano-em-r-7-4-trilhoes>

em detrimento do outro. Nesse caso, deve-se avaliar se o dano lícito é justo (não indenizável) ou injusto (indenizável).

Paulo Rogério Bonini explica:

Nesse ponto, considerando-se a construção da teoria da responsabilidade civil por ato lícito, tem-se a necessidade de se alterar a regra de imputação, passando da conduta do agente causador do dano em si, seja por conta de conduta contrária a um comando legal genérico (culpa), seja pela assunção de um risco que lhe traga, de alguma forma, vantagem jurídica na assunção, para a existência do dano injusto, caracterizado como aquele que atinge direitos da vítima que não se mostrarem proporcionais aos interesses tutelados pelo causador do dano, que o faz a partir do exercício de uma posição jurídica fundada num direito também a ele reconhecido. A questão é, em linhas finais e simplistas, de ponderação de valores, fundada na Constituição Federal.¹⁷

O evento será considerado *dano injusto* se o ordenamento jurídico o tomar por intolerável.

No caso dos autos, o estado de São Paulo editou decretos, impondo restrições ao atendimento presencial de bares e restaurantes, no **regular exercício do poder de polícia sanitária (CF, art. 200, inciso II)**, com o objetivo de diminuir a transmissão do coronavírus, atendendo ao mandamento constitucional de que é dever do Estado adotar medidas para a *“redução do risco de doença e de outros agravos”* (art. 196).

Os interesses tutelados pelo estado de São Paulo são a vida e a saúde dos milhões de paulistas. Como já exposto, estima-se que as medidas adotadas salvaram a vida de centenas de milhares de pessoas, além de ter evitado a contaminação e a internação de um número ainda maior de cidadãos. Isso é incontroverso, tanto que admitido pelas Autoras: *“os proprietários de bares e restaurantes têm consciência do grave momento que todos estão enfrentando em razão da pandemia ocasionada pela Covid-19 e entendem que as diretrizes adotadas pelos chefes do Poder Executivo Estadual e Municipal são justificadas a título de minimizar os efeitos nocivos que este vírus pode ocasionar”* (fl. 14).

17 BONINI, Paulo Rogério. Responsabilidade civil por ato lícito. In: GUERRA, Alexandre Dartanham de Mello; BENACCHIO, Marcelo (org.). *Responsabilidade civil*. 201. ed. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015, p. 159-182.

Já os interesses dos associados da Autora, em que pese relevantes, são unicamente econômicos, caracterizados pelo valor da livre iniciativa, que foi em certa medida – no limite estritamente necessário para a salvaguarda das vidas dos paulistas – restringido por períodos determinados.

A ponderação de valores torna inevitável a conclusão de que houve proporcionalidade entre o dano eventualmente sofrido pelos bares e restaurantes e os interesses tutelados pelo estado de São Paulo, pois é evidente que a vida e a saúde dos cidadãos são valores preponderantes.

Inexistiu, assim, dano injusto, faltando o elemento necessário para a responsabilização civil do estado de São Paulo pela prática de ato lícito.

(C) Inexistência de nexo de causalidade

Ainda que se aplique ao caso a teoria do risco administrativo, igualmente sem razão as Requerentes.

No caso dos autos também não há nexos de causalidade entre os prejuízos econômicos alegados e os atos normativos estaduais. A causa para tais danos foi a pandemia de Covid-19, cuja natureza jurídica é de força maior, excluindo a responsabilidade estatal com base no art. 37, §6º, da CF/88. Foram causados ainda por mudança nos costumes da população que inclusive precediam à pandemia, sendo intensificados por ela.

A responsabilidade civil do Estado é regida pela Constituição Federal que estabelece:

§ 6º – As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos **que seus agentes, nessa qualidade, causarem** a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (g.n.).

Do trecho destacado se extrai, conforme prevalece na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a **teoria do risco administrativo** como fundamento para responsabilidade civil do Estado. A referida teoria pressupõe que o dano tenha como causa uma **conduta (comissiva ou omissiva) de agente público** para que haja responsabilização estatal. Nas hipóteses em que a causa do dano for outra, não há que se falar em dever de indenizar por parte do Estado.

Nesse sentido, vale a transcrição das lições de Rafael Oliveira:

De acordo com a teoria do risco administrativo, adotada pelo art. 37, §6º, da CF/88, o Estado pode se defender nas ações indenizatórias por meio do rompimento do nexo de causalidade, demonstrando que o dano suportado pela vítima não foi causado pela ação ou omissão administrativa.¹⁸

No caso dos autos, os prejuízos econômicos alegados na petição inicial, assim como aqueles sofridos pelos mais diversos setores da economia, tiveram como causa a pandemia de Covid-19.

As pandemias geram situações de anormalidade nas sociedades, **não sendo legítimo presumir que as atividades econômicas manteriam seu funcionamento e faturamento em patamares de normalidade.**

Mesmo que não houvesse atuação estatal no sentido de restringir essas atividades, a redução no faturamento das atividades ocorreria, pois é normal que a sociedade abandone certos hábitos para se preservar da doença e até mesmo poupar recursos financeiros.

Essa mudança de comportamento precedia a pandemia, que apenas a intensificou. Há anos o fenômeno era notado, *“já que desde 2018 o delivery aumentou 23% no Brasil, segundo o Instituto de Foodservice Brasil”*¹⁹. Ainda:

A internet e os problemas urbanos, sobretudo os de mobilidade, criaram uma demanda por serviços de *delivery* que proporcionem comodidade e segurança. Este nicho de mercado em expansão contempla variadas categorias de serviços. Segundo uma pesquisa do Instituto Ipsos de 2017, 42% dos pedidos de entrega de alimentos no Brasil são efetuadas por meio de plataformas digitais. Já de acordo com uma pesquisa da BOX1824 de 2018, os consumidores querem otimizar o tempo ao valorizar a experiência gastronômica com rapidez e praticidade.²⁰

Levantamento da consultoria EY Parthenon²¹, que apurou o impacto da pandemia da Covid-19 sobre os hábitos de consumo e comportamentos dos consumidores brasileiros, revelou que, diante da crise, 69% dos brasileiros passaram a cozinhar mais suas próprias refeições; 54%, a comprar apenas o essencial; 41%, a utilizar mais serviços de entrega de refeições; e 32%, a encomendar produtos alimentares

18 OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Grupo Gen, 2021, p. 760.

19 Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/dino/aumento-de-60-no-delivery-faz-investidores-buscarem-por-inovacao,5297fed7f4b12c4dda03d54611c21eb1kxsl6lwh.html>.

20 Disponível em: <https://institutopara.com.br/rapidez-e-seguranca-a-era-do-delivery/>.

21 Disponível em: <https://veja.abril.com.br/insights-list/insight-3/>.

on-line com mais frequência. **Apenas 18% dos consumidores se sentiam confortáveis em comer em um restaurante.** Consta na reportagem:

A pandemia provocou uma mudança de atitude e de prioridades em relação às atividades cotidianas. Ações que eram feitas sem preocupação, como escolher roupas em uma loja física, frequentar bares e restaurantes ou ir ao shopping center, passaram a ser consideradas arriscadas. Todos esses itens são atividades que menos de 20% dos consumidores disseram estar confortáveis em fazer neste momento.

A cautela das pessoas é a regra nessas situações de anormalidade, de modo que os seus gastos passam a se concentrar no que for mais essencial e o comportamento tende a ser mais conservador para evitar o adocimento.

Os estabelecimentos que perceberam a mudança na forma de consumo e, por exemplo, investiram em *delivery*, cresceram na pandemia:

alguns segmentos, mesmo afetados pelo avanço do novo coronavírus, como o comércio varejista e o ramo de alimentos e bebidas, conseguiram equilibrar o fluxo de caixa e até registrar crescimento no faturamento. O estudo, que ouviu 6.080 empreendedores de todo o país, concluiu que 400 mil pequenos negócios tiveram aumento médio de 47% na receita. De acordo com o presidente do Sebrae, Carlos Melles, pequenas empresas que passaram a inovar e mudaram seu modelo de negócio estão conseguindo se manter. “Observamos que, ainda que em um percentual baixo, se comparado ao resultado macro da pesquisa, os empresários que enxergaram oportunidades e se reinventaram saltaram na frente dos outros. Segundo nossa pesquisa, entre as micro e pequenas empresas que tiveram crescimento na receita durante a crise, cerca de 48% mudaram o modo de funcionamento, apostando mais em entregas on-line e serviços na internet”, disse o executivo.²²

Tudo isso a demonstrar que **não há nexos de causalidade** entre os decretos estaduais editados pelo estado de São Paulo – que restringiram parcialmente, e por determinados períodos, o atendimento presencial em bares e restaurantes – e os danos alegados pelas Autoras. Seja porque o Requerido viu-se compelido a editá-los em decorrência de força maior (pandemia), seja porque a mudança de comportamento dos consumidores, independentemente dos decretos, já causou a redução no faturamento desses estabelecimentos. Ademais, em uma economia de mercado, os empresários devem adaptar seus negócios às novas condições, tanto que os que assim fizeram até aumentaram o faturamento, não sendo correto responsabilizar

22 Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/economia/2020/04/29/internas_economia,1142774/pequenos-negocios-que-ampliaram-faturamento-durante-a-crise.shtml.

o Requerido pelos prejuízos sofridos por aqueles que não foram bem-sucedidos na condução de seus negócios durante esse período de crise.

Por fim, o fato é que os decretos estaduais **reduziram os danos que toda a economia poderia vir a sofrer**, caso nenhuma medida de combate à pandemia fosse adotada, como se passa a explicar.

Sobre o tema, vale destacar trecho de artigo publicado pelo economista Thomas Conti²³:

Cabe destacar que os custos de medidas de distanciamento social têm sido pensados por alguns economistas como se a adoção dessas medidas fosse uma decisão exógena (deliberada e externa) dos agentes públicos, e como se os danos econômicos observados fossem inteiramente explicados pelas medidas de distanciamento social. Está é uma forma equivocada de entender o problema. As razões são explicadas a seguir.

a. Primeiro, porque a pandemia de **Covid-19 já impõe, por si mesma, uma crise econômica**, que consiste na redução drástica do comércio internacional, redução drástica de todas as atividades de turismo e que envolvam aglomerações, e aumento da aversão ao risco de investidores, produtores e consumidores. Estes efeitos serão tanto maiores quanto mais evidentes forem os danos da pandemia. **O impacto do distanciamento social nestas atividades não é mais do que adiantar em algumas semanas ou meses a queda de demanda que já aconteceria com essas atividades de toda forma se não houvesse tentativa de conter o contágio.**

b. Logo, por conta do motivo anterior, o efeito real das medidas de distanciamento social seria melhor aproximado pelo efeito econômico marginal que elas trazem, positivo ou negativo, sobre os efeitos já esperados do impacto causal da pandemia de Covid-19.

c. **Por exemplo, em um extremo, uma política que impeça uma casa noturna de espaço fechado de abrir as portas terá efeito econômico marginal próximo de zero, pois a casa noturna já fecharia de toda forma em questão de semanas ou no máximo dois meses por conta da demanda causada pela pandemia.**

A atuação do Estado, ao invés de causar prejuízos, reduziu sobremaneira os danos, não apenas financeiros, mas também humanitários.

Em outras palavras, as medidas adotadas foram decisivas para controle da pandemia dentro do que era possível, evitando colapso do sistema público de saúde,

23 Disponível em: <http://thomasvconti.com.br/wp-content/uploads/2020/04/Conti-Thomas-V.-2020-04-06.-Crise-Tripla-do-Covid-19-olhar-econ%C3%B4mico-sobre-as-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas-de-combate-%C3%A0-pandemia.-Texto-para-discuss%C3%A3o.-Vers%C3%A3o-1.1.pdf>.

do sistema funerário e até mesmo uma calamidade pública maior. **Se as restrições não fossem adotadas, a pandemia resultaria em graves perdas humanas e, consequentemente, perdas econômicas mais graves para todos os setores, inclusive para os associados das Autoras.**

As alegações podem ser reforçadas com dois dados relevantes.

O primeiro deles, fruto de estudo realizado pelo *Imperial College*²⁴, indica que, se as medidas de mitigação não fossem adotadas no Brasil, o total de mortes chegaria a 1.152.283, mais que o dobro do número de mortes ocorridas até o momento (532 mil mortes).

Tomando as proporções para o estado de São Paulo, que conta hoje com a triste marca de 132 mil mortes, é possível constatar que as medidas evitaram mais de 132 mil mortes.

Do ponto de vista econômico, a prevenção de danos é alcançada com medidas de contenção da pandemia baseadas na restrição de atividades econômicas.

O primeiro exemplo, para ilustrar, é o de estudo realizado pelo MIT nos Estados Unidos que demonstrou que, durante a pandemia da gripe espanhola em 1918, as cidades que intervieram mais cedo e mais agressivamente no controle da pandemia não tiveram performance econômica pior e tiveram crescimento econômico mais rápido após o fim da pandemia²⁵.

Em segundo lugar, economistas da universidade de Chicago nos Estados Unidos estimaram que um distanciamento social moderado de 3 a 4 meses durante a pandemia de Covid-19 teria impacto econômico positivo de 8 trilhões de dólares na economia americana²⁶.

Em conclusão, mais uma vez pertinente trecho do artigo de Thomas Conti: *“Isto é, combater a pandemia é combater a crise econômica por conter danos maiores”* (p. 55).

24 Disponível em: <https://pfarma.com.br/imperial-college-mortes.html> e em <https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-Global-Impact-26-03-2020.pdf>.

25 Disponível em: <https://www.economist.com/graphic-detail/2020/03/31/lessons-from-the-spanish-flu-social-distancing-can-be-good-for-the-economy>.

26 Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3561244.

Percebe-se que todos os indicativos demonstram que as medidas adotadas pelo Estado têm impacto positivo na economia como um todo, pois **previnem danos ainda maiores que decorreriam da pandemia**.

Portanto o que se extrai das exposições acima apontadas é que:

a) Os danos econômicos suportados em todos os setores da economia, inclusive de bares e restaurantes, tiveram como causa a própria pandemia de Covid-19. Esta tem natureza jurídica de **força maior e exclui a responsabilidade civil do Estado** com base no art. 37, §6º, da CF/88. Os danos decorreram também da mudança no comportamento dos consumidores, que por razões financeiras ou receio de contaminação, passaram a evitar consumo em bares e restaurantes.

b) As medidas restritivas adotadas pelo Estado, assim como todas as demais medidas que visaram conter o avanço da pandemia de Covid-19, tiveram impacto econômico positivo em todos os setores da economia, pois **evitaram que um dano ainda maior se concretizasse em razão da situação pandêmica**.

Assim, ausente o nexo causal entre os danos apontados e as condutas estatais, inexistente responsabilidade civil do Estado, devendo a ação ser julgada totalmente improcedente. Vale destacar que estas conclusões se aplicam tanto para a hipótese de responsabilidade civil por ato lícito ou ato ilícito (tese subsidiária das Autoras).

(D) *Distinguishing* do precedente firmado no RE 571969

As Autoras citam o precedente firmado no RE 571.969 para fundamentar seu pedido de indenização por ato lícito. Ocorre que o caso dos autos é substancialmente distinto do caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal no referido recurso. Portanto as conclusões do precedente não podem ser transpostas para o caso em tela.

De início, é relevante fazer breves apontamentos sobre o caso julgado no RE 571.969 para destacar as claras distinções com a situação de fato abordada nesta ação.

O precedente invocado trata de condenação da União ao pagamento de indenização a uma única empresa, sendo ela **concessionária do serviço público** de aviação. O fato que deu ensejo à condenação foi o **congelamento de preços e tarifas aéreas** com fundamento em plano econômico (Plano Cruzado) que buscavam afastar os altos níveis de inflação.

No caso, o STF considerou que de um lado houve o congelamento das tarifas aéreas (remuneração da empresa concessionária) e, por outro lado, houve um aumento de custos na prestação do serviço, sendo que estes não eram cobertos pelas tarifas. Em razão da vinculação da concessionária, esta teve de manter a prestação do serviço ainda que sem receber a adequada remuneração.

Para ilustrar a peculiaridade da situação, cumpre transcrever trecho do voto da Ministra Relatora Cármen Lúcia:

Entretanto, os atos que compõe o que se apelidou de Plano Cruzado, fundamento do questionamento apresentado na presente ação, conquanto não tenham se afastado do princípio da legalidade, tendo sido plenamente justificados por imperioso interesse do Estado e, principalmente, da sociedade brasileira, como lembrado, **provou direta e especialmente danos à Recorrida, conduzindo-a e à entidade AEROS, sofrendo lesão contra a qual não poderia lutar, não poderia atuar porque amarrada às regras de concessão do serviço público.**

Diante disso e com fundamento no direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, o STF concluiu que a concessionária faria *jus* à indenização.

Feita essa breve exposição sobre o precedente, podemos perceber as seguintes distinções com o caso da presente ação:

1. Na presente ação, as Autoras pedem indenização em favor de seus associados que não são concessionários de serviços públicos, logo não fazem *jus* a um equilíbrio econômico-financeiro, sendo este o argumento central para resolução no precedente invocado.

2. Por não se tratar de concessionárias, tinham liberdade para buscar meios alternativos de minimizar suas alegadas perdas, diferentemente da concessionária, que teve de permanecer prestando o serviço conforme impunha a regulação estatal e sem poder reduzir os seus custos. Isto é, o grau de ingerência decorrente do poder de polícia é substancialmente menos intenso que o grau de ingerência decorrente do poder regulatório de contratos de concessão.

3. Na presente ação, as Autoras buscam indenização para um universo de pessoas jurídicas e com base em um ato normativo (genérico e abstrato), completamente incompatível com o conceito de dano específico. No precedente, a autora se refere a uma única empresa concessionária e tem como fundamento um ato individual que promoveu o congelamento das tarifas aéreas.

Portanto, dadas as absolutas distinções entre os dois casos, não há como tomar a conclusão do precedente invocado para a presente ação.

V.2 – INEXISTÊNCIA DE ILICITUDE DOS ATOS ESTATAIS

Como tese subsidiária, a parte autora fundamenta seu pedido em uma suposta ilicitude dos atos administrativos que impuseram restrições às atividades econômicas.

A primeira consideração a ser trazida é que a ausência denexo causal apontada no item V.1 também se aplica a uma hipotética responsabilidade por ato ilícito. Assim, só por esta razão a pretensão estaria prejudicada.

As ilicitudes alegadas pelas Autoras consistem na ausência de motivação científica, bem como de prazo certo, o que violaria o disposto no art. 3º, § 1º, da Lei Federal nº 13.979/2020.

Todavia as ilegalidades inexistem, conforme se passa a demonstrar.

(A) Motivação dos atos e evidências científicas

A medida de quarentena, especificamente no que se refere às restrições das atividades não essenciais, visam reduzir a transmissão do vírus e, por consequência, o número de infectados, demanda por leitos de UTI e mortos pela doença.

Quanto menor for o tráfego e o contato entre as pessoas, menor será a transmissão. Nessa toada, impedir o consumo local nos bares e restaurantes reduz o contato entre os clientes, especialmente quando ingerem bebidas ou comidas, uma vez que estão sem máscaras e levando objetos à boca.

Estudo publicado pela revista *Nature*²⁷, de novembro de 2020, atestou que os restaurantes são os locais mais perigosos, até três ou quatro vezes mais que outros setores. Segundo o estudo, a reabertura completa dos restaurantes de Chicago importaria em 600 mil novas infecções em poucos meses, número elevadíssimo para uma única cidade.

27 Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41586-020-2923-3> e em <https://www.nature.com/articles/s41562-020-01009-0.pdf>.

Segundo o CDC (*Centers for Disease Control and Prevention*), ir a um bar e comer dentro de um restaurante são, respectivamente, a 2ª e 4ª atividade com maior risco de contaminação, em um ranking elaborado com dez atividades²⁸.

Além disso, vários outros estudos evidenciam a eficácia das medidas de restrição de atividades econômicas não essenciais.

Um estudo publicado na *Nature* indicou que as medidas restritivas adotadas em 1,7 mil localidades na Ásia, Europa e EUA evitaram ou adiaram mais de 140 milhões de infecções por Covid-19²⁹.

No mesmo sentido, um estudo publicado na Revista Brasileira de Epidemiologia demonstrou que as medidas adotadas no estado de São Paulo trouxeram “*resultados claramente significativos para retardar o crescimento dos casos Covid-19*”³⁰.

A necessidade da medida fica evidente quando se observa a sua adoção em vários lugares do Brasil e do mundo³¹.

No âmbito do estado de São Paulo, o **Decreto nº 64.994/2020** instituiu o Plano São Paulo, com o objetivo de implementar e avaliar ações e medidas estratégicas de enfrentamento à pandemia decorrente da Covid-19. O Decreto dispõe:

Artigo 6º – **O Centro de Contingência do Coronavírus e o Centro de Vigilância Epidemiológica**, ambos da Secretaria da Saúde, manterão monitoramento da evolução da pandemia da Covid-19 no Estado, em especial dos efeitos da suspensão gradual e regionalizada de restrições de serviços e atividades nas condições estruturais e epidemiológicas, **podendo elaborar novas recomendações a qualquer tempo** (g.n.).

Todos os decretos estaduais que adotaram medidas restritivas foram acompanhados de notas técnicas do Centro de Contingência do Coronavírus – composto por 21 especialistas – que expõem o motivo dos atos com base em evidências científicas.

28 Disponível em: <https://www.cnet.com/health/10-activities-that-expose-you-to-coronavirus-from-most-to-least-risky/>.

29 Disponível em: <https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2021/03/03/evidencias-cientificas-mostram-que-lockdown-funciona-contra-a-covid-19.htm>.

30 Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/h6WSXnfnkfvvgVjCRPnFYhTL/abstract/?lang=en>.

31 Disponível em: <https://www.revistamenu.com.br/2020/03/16/apos-europa-eua-fecharao-restaurantes-para-conter-coronavirus/> e em <https://veja.abril.com.br/mundo/covid-19-nova-york-miami-e-los-angeles-fecham-restaurantes-e-praias/>.

As Autoras já ajuizaram ações questionando alguns desses decretos estaduais com fundamento justamente na suposta falta de motivação e de evidências científicas, o que, ao fim, sempre foi rechaçado pelo Poder Judiciário. A alegação não é nova e já se encontra superada.

Como exemplo, no caso do Decreto Estadual nº 65.357/2020, que vedava a venda de bebidas alcoólicas para consumo local em restaurantes após as 20 horas, decidiu o Ministro Luiz Fux pela validade do ato normativo³²:

[...] a competência da União para legislar sobre assuntos de interesse geral não afasta a incidência das normas estaduais e municipais expedidas com base na competência legislativa concorrente, devendo prevalecer aquelas de âmbito regional, quando o interesse sob questão for predominantemente de cunho local. Trata-se da jurisprudência já sedimentada neste Tribunal, no sentido de que, em matéria de competência federativa concorrente, deve-se respeitar a denominada predominância de interesse. Parece ser essa a hipótese em análise nestes autos, segundo os precedentes e lições aqui expostos. **Ademais, o Decreto implementado pelo Governador do Estado de São Paulo apresenta fundamentação idônea, conforme consta da Nota Técnica do Centro de Contingência do Coronavírus, datada de 11/12/2020, que integra o Anexo do referido ato normativo**, da qual é extraído o seguinte excerto:

“Demandam, entretanto, especial atenção às aglomerações que têm se formado sobretudo no período noturno. Conforme destacado na última nota deste Centro, publicada em 30 de novembro, o período atual requer maior cuidado, evitando-se ao máximo atividades que geram aglomeração e aumentam a transmissão da doença. Desta forma, considerando que o consumo de bebidas alcoólicas é uma atividade gregária, que, geralmente, estimula o contato mais próximo entre as pessoas e que, de outro lado, reduz a atenção aos cuidados e protocolos gerais e específicos, este Centro recomenda que a comercialização de bebidas alcoólicas e o consumo local seja limitado às 20h. A medida tem por objetivo reduzir as aglomerações, evitando-se, com isso, o aumento da disseminação da Covid-19 em tais ambientes. Recomenda-se, assim, que os restaurantes mantenham seu fechamento às 22h, vedando-se, entretanto, a venda e o consumo local de bebidas alcoólicas a partir das 20h. Para os bares, por outro lado, o Centro de Contingência recomenda o seu fechamento às 20h.”

Assim, tratando-se de ato normativo expedido no exercício de competência legítima do Estado-membro, conforme já reconhecido pelo Plenário desta Corte, e inexistindo desproporcionalidade ou irrazoabilidade em seu conteúdo, impõe-se seja privilegiada a iniciativa local nesse juízo liminar. Inegável, destarte, que a decisão atacada representa potencial risco de violação à ordem público-administrativa, no âmbito

32 Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457457&ori=1>.

do requerente, bem como à saúde pública, dada a real possibilidade que venha a desestruturar as medidas por ele adotadas como forma de fazer frente a essa epidemia, em seu território. (STF – SS 5451 – Min. Pres. Luiz Fux – j. 17.12.2020).

Decisão semelhante foi proferida pelo Presidente da Suprema Corte nos autos da SS 5.456, relativa à ação ajuizada pelas Autoras, que questionaram a suposta falta de motivação e evidências científicas a amparar o Decreto Estadual nº 65.415/2020, que determinava a imposição das restrições relativas à Fase Vermelha do programa de combate à pandemia da Covid-19 entre os dias 1º e 3 de janeiro de 2021.

No julgamento da ADPF 811, o STF, tratando de restrições adotadas pelo estado de São Paulo no Decreto nº 65.563 de março de 2021, afirmou que

as medidas impostas pelo Decreto estadual resultaram de análises técnicas relativas ao risco ambiental de contágio pela Covid-19 conforme o setor econômico e social, bem como de acordo com a necessidade de preservar a capacidade de atendimento da rede de saúde pública (item 6 da ementa).

O julgado, embora trate das restrições às atividades religiosas, revela que as restrições adotadas pelo estado foram precedidas de criteriosas análises técnicas, como se observa da leitura de trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, que se refere à nota técnica do Centro de Contingência do Coronavírus:

Reputo oportuno destacar que a própria Nota Técnica sugere, dentre as medidas de enfrentamento a curva crescente de novos casos a proibição irrestrita da realização de “atividades coletivas, como eventos esportivos, atividades religiosas e, ainda, reunião, concentração ou permanência de pessoas em espaços públicos como praias, praças, parques”.

Essa recomendação de proibição ampla de diversas atividades coletivas foi diretamente refletida na edição da norma impugnada. Verifica-se que, nos termos do art. 2º, o Decreto Estadual nº 65.563/2021, vedou não só as atividades religiosas coletivas (inciso II), mas também outras atividades econômicas altamente essenciais, tais como o “atendimento presencial ao público”, inclusive mediante retirada ou “pegue e leve”, em bares, restaurantes, “shopping centers”, galerias e estabelecimentos congêneres e comércio varejista de materiais de construção, permitidos tão somente os serviços de entrega (“delivery”) e “drive-thru” (inciso I) e ainda “reunião, concentração ou permanência de pessoas nos espaços públicos, em especial, nas praias e parques”.

As razões para a imposição dessas proibições foram corroboradas em nova Nota Técnica do Centro de Contingência do Coronavírus juntadas aos autos na data de ontem. Nesta nova manifestação, explica-se que, diante do quadro de duro agravamento das infecções no Estado, “todas as atividades presenciais coletivas devem ser desestimuladas, para conter a disseminação do vírus e proteger a saúde pú-

blica”. Ainda de acordo com o Centro de Contingência “toda e qualquer atividade que **proporcione, em alguma medida, a reunião de pessoas por médio e longo período de tempo, contribui para a propagação do vírus** e, conseqüentemente, para a elevação do número de pessoas contaminadas. Por essa razão, este Centro vem recomendando que sejam suspensas todas as atividades coletivas realizadas de modo presencial, em quaisquer ambientes e espaços públicos, tais como praias, parques, praças, igrejas, estádios etc.”.

Restou demonstrado que todos os decretos estaduais foram devidamente motivados. As razões expostas nos votos são aplicáveis diretamente ao caso dos autos para demonstrar que sempre houve motivação científica na edição dos decretos estaduais que impuseram restrições às atividades econômicas não essenciais, afastando as alegações de ilicitude da parte autora.

Por fim, as medidas, além de publicadas no *Diário Oficial* em conjunto com as Notas Técnicas, eram anunciadas em coletivas de imprensa com pronunciamento dos especialistas, além de ampla divulgação em redes sociais e sites do governo.

Vale destacar que as Autoras reconhecem a necessidade das medidas para redução dos danos causados pela pandemia na fl. 14:

[...] as diretrizes adotadas pelos chefes do Poder Executivo Estadual e Municipal são justificadas a título de minimizar os efeitos nocivos que este vírus pode ocasionar.

Assim, é patente que as evidências científicas existem para fundamentar a adoção das medidas, assim como houve a devida e contemporânea motivação de todos os atos normativos.

(B) Duração das restrições

Pela leitura dos decretos estaduais é possível perceber que eles estabelecem um prazo de duração para as medidas restritivas, havendo a prorrogação enquanto mantidos os motivos que a ensejaram.

As prorrogações, não raras vezes, trouxeram modificações no teor das restrições, com o objetivo de adaptá-las à situação epidemiológica de cada uma das regiões do estado de São Paulo. A propósito, o próprio Plano São Paulo estabeleceu critérios objetivos para que se determine quais serão as restrições vigentes, conforme bem explicado no item IV da presente petição.

Tudo isso está em plena conformidade com o que dispõe o art. 3º, § 1º, da Lei nº 13.979/2020, que impõe que as medidas sejam limitadas no espaço “ao mínimo indispensável à promoção e à preservação da saúde pública”.

Como fartamente demonstrado ao longo da contestação, as medidas sempre foram impostas pelo tempo e intensidade indispensáveis à promoção e à preservação da saúde pública.

A evolução das restrições sempre ocorreu de acordo com a evolução da pandemia, isto é, quando havia piora na pandemia, o Estado impunha restrições mais intensas. Noutra banda, quando havia melhora na pandemia, o Estado flexibilizava as restrições, tudo com base na lógica da necessidade (uso da medida menos restritiva possível para atingir o resultado).

Assim não há que se falar em ilegalidade dos atos em questão.

VI – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer-se a extinção do processo, sem julgamento de mérito, pela falta de interesse de agir (inadequação da via eleita), nos termos do art. 485, inciso VI, do CPC.

No mérito, requer-se que os pedidos sejam julgados totalmente improcedentes.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admissíveis.

Nestes termos, pede deferimento.

São Paulo, 04/08/2021.

ADSON JEAN MENDES LAVOR

Procurador do Estado

OAB/SP N° 430.525



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

16ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Viaduto Dona Paulina, N° 80, Sala 1409 - (11) 3489-6623 - Centro

CEP 01501-020 - São Paulo-SP

Telefone: (11) 3489-6625 - E-mail: sp16faz@tjsp.jus.br

DECISÃO

PROCESSO N°: 1034448-85.2021.8.26.0053

CLASSE - ASSUNTO: Ação Civil Pública - Violação aos Princípios Administrativos

REQUERENTE: Associação Brasileira de Bares e Restaurantes Seccional São Paulo - Abrasel SP e outro

REQUERIDO: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO e outros

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **PATRICIA PERSICANO PIRES**

Vistos.

O art. 5º, XXI, da CF/88 dispõe que "as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente".

Já o art. 5º, V, da Lei nº8.747/85, confere a legitimidade ativa para a propositura da ação à associação que *inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.*

A respeito da legitimidade ativa das associações, o C. STF no julgamento do RE 573232/SC Tema 82, decidiu que "(...) I - A previsão estatutária genérica não é suficiente para legitimar a atuação, em Juízo, de associações na defesa de direitos dos filiados, sendo indispensável autorização expressa, ainda que deliberada em assembleia, nos termos do artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal; II - As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, são definidas pela representação no processo de conhecimento, limitada a execução aos associados apontados na inicial (...)".

No mesmo sentido, o Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo:

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO REPRESENTANTE DE SERVIDORES DA SECRETARIA DE SEGURANÇA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DOS ASSOCIADOS. ILEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA. A ação civil pública é destinada à defesa de interesses metaindividuais, conjunto composto pelos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Na condição de entidade representante de determinadas classes de servidores públicos, a autora atua em nome de seus associados, sob a premissa de que tenha permissão dos representados para demandar por seus direitos funcionais. Para assumir esse papel, a associação deve estar em conformidade ao disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal, contando com expressa e específica autorização, pois, do contrário, carecerá de legitimidade. A natureza jurídica da legitimidade que invoca ao ajuizar a demanda é de representação processual. Em se tratando de ação coletiva que busca assegurar direitos individuais homogêneos, há de se considerar que eventual sentença de procedência seria executada por cada um dos beneficiários da coisa julgada, individualmente, tornando imprescindível que a apelante houvesse instruído o pedido com uma lista de nomes e endereços dos seus associados que especificamente autorizaram o ajuizamento da ação, em sintonia com o artigo 2-A, parágrafo único, da Lei nº 9.494/1997. Confirmada a sentença que acolheu preliminar de ilegitimidade ativa ad causam e, por conseguinte, extinguiu a ação sem resolução do mérito. RECURSO NÃO PROVIDO.” (Apelação nº 1015899-32.2018.8.26.0053, rel. Des. Souza Nery, j. 31.10.2018)

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA POR ASSOCIAÇÃO OBJETIVANDO A DEFESA DE DIREITO INDIVIDUAL DISPO-NÍVEL DE DETERMINADOS ASSOCIADOS. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO PROCES-SUAL NÃO AUTORIZADA.

1.- Não se confundem os institutos da substituição e da representação proces-sual. Na substituição a Associação age em nome próprio e não depende de auto-rização de seus filiados para ajuizar ação na defesa de seus direitos coletivos e individuais homogêneos. Já na representação, os filiados integram o polo ativo da ação, dependendo o seu ajuizamento, pela Associação, da autorização daqueles. 2.- Impossibilidade de ajuizar-se ação civil pública para a defesa de direitos indi-viduais disponíveis de parcela dos associados Precedentes. 3.- Agravo Regimental improvido. (STJ – AgREsp201001787578. Relator(a) SIDNEI BENETI. Terceira Turma. DJEDATA: 01/09/2014)

Relativamente à ABRASEL nacional, o documento de fl. 88 corresponde à ata assemblear pretendida pelo Ministério Público; mas não se vê na Ata da ABRASEL ALTA MOGIANA autorização similar (fls. 382/386).

Assim, e sob pena de reconhecimento da ilegitimidade ativa da ABRASEL ALTA MOGIANA, junte-se autorização expressa de seus associados ou ata de assembleia de que conste a referida autorização.

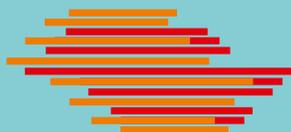
Para tanto, fixo o prazo de 10 dias.

Intime-se.

São Paulo, 16 de dezembro de 2021.

PATRICIA PERSICANO PIRES

Juíz(a) de Direito
(assinatura digital)



CENTRO DE ESTUDOS E ESCOLA SUPERIOR
DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO