



Patrícia Couto Maia

Arbitragem como solução de conflitos nos reajustes de planos de saúde coletivos empresariais com mais de 30 vidas

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao programa de Pós-Graduação em Direito da Saúde da PUC-RIO como requisito para obtenção do título de Especialista.

INSTITUTO DE DIREITO DA PUC-RIO

Curso de especialização em Direito da Saúde

Rio de Janeiro, 20 de outubro de 2021.



Patrícia Couto Maia

Arbitragem como solução de conflitos nos reajustes de planos de saúde coletivos empresariais com mais de 30 vidas

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao programa de Pós-graduação em Direito da Saúde da PUC-RIO como requisito para obtenção do título de Especialista.

Professora orientadora: Thamis Dalsenter Viveiros de Castro

INSTITUTO DE DIREITO DA PUC-RIO

Curso de especialização em Direito da Saúde

Rio de Janeiro, 20 de outubro de 2021.

*Pandemia
um vendaval na vida
uma erupção nos corações
uma avalanche de palavras novas
Covid-19, distanciamento social, respirador
Zoom, home office, máscara*

*Mia, mia, mia, mia
Soluços, saudades, angústias
Pan, pan, pan, pan
Violência doméstica, fake news, barulho da negação
De, de, de, de
lugar, ponte, para onde?*

*Travessia
A vela do barco direciona a aprendizagem
O calor humano da solidariedade
Um frio na barriga de incertezas*

*Vacina
É terra a vista
É movimento de encontro
É dor que se alivia na alegria do abraço.*

*Rio de Janeiro, 18 de outubro de 2021.
Patrícia Couto Maia*

*Aos mortos na pandemia da Covid-19, e
Aos vivos que precisam seguir em frente.*

Agradecimentos

O tema deste trabalho despertou interesse em 2003 quando comecei a gerir os benefícios da empresa onde trabalhei.

Inicialmente agradeço às profissionais do mercado Regina Villela e Eliane Teotônio da Silva, ex-diretora e ex-gerente comercial da AMIL, que negociaram reajuste comigo durante treze anos. Foram muitos debates, impasses, mas no final sempre venceu a manutenção do contrato. Com elas, fiz a minha escola da vida em Saúde Suplementar.

Agradeço ao amigo Dr. Paulo Neno que durante todo esse período na função de coordenador médico realizou as auditorias médicas e ajudou na implantação de programas de prevenção que impactaram em resultados tão positivos.

O meu agradecimento especial aos meus pais que sempre me apoiaram, e a minha mãe que foi uma voz amiga durante todo esse período.

Os meus sinceros agradecimentos aos professores do curso que fizeram um esforço na adaptação às aulas *on line* na pandemia e ministraram aulas incríveis.

Resumo

A proposta desse trabalho é analisar a possibilidade da arbitragem como solução de conflito nos reajustes dos contratos de planos de saúde coletivos empresariais com mais de 30 vidas. Aborda-se inicialmente os contratos de planos de saúde coletivos empresariais e suas cláusulas de reajuste. Na busca do equilíbrio econômico contratual tem-se como ponto focal o índice de sinistralidade. Aponta a necessidade de se abrir as despesas assistenciais dos planos de saúde como meio de redução das assimetrias de informações na relação contratual e se alcançar uma negociação paritária. Considerando ser um contrato tipicamente de adesão em relação de consumo analisa-se a possibilidade de se introduzir a cláusula arbitral e os critérios de sua validade. Posteriormente, aborda a questão da confidencialidade e a auditoria médica no procedimento arbitral. Por fim, considera a ampliação no diálogo das fontes para se introduzir no arcabouço normativo aplicado a saúde suplementar a Lei 9.307/1996 e a Lei 13.909/2018.

Palavras-Chave

Contrato de plano de saúde coletivo empresarial; reajuste por sinistralidade; equilíbrio contratual; arbitragem; relações de consumo; auditoria médica; confidencialidade

SUMÁRIO

Introdução	6
1. Planos coletivos de assistência médica no mercado de saúde suplementar	13
1.1. Os planos de saúde coletivos empresariais no mercado de saúde suplementar no Brasil.....	13
1.2. Contratos de assistência privada à saúde.....	19
1.3. Reajustes por sinistralidade	21
1.4 A pandemia COVID-19 e as suspensões dos reajustes 2020.....	28
2. Arbitragem e relações de consumo	32
2.1. Sobre arbitragem: conceitos e arbitrabilidade objetiva.....	32
2.2. Arbitragem e a legislação aplicável a relações de consumo relativas ao direito de saúde no Brasil.....	35
2.3. Cláusula arbitral em contratos coletivos de plano de saúde empresarial com mais de 30 vidas.....	45
3. A possibilidade de arbitragem como solução de conflitos em planos coletivos empresariais	49
3.1. As soluções existentes: mediação e processo judicial	49
3.2. Principais pontos a serem considerados em um procedimento arbitral em reajuste de planos de saúde	51
3.3. Confidencialidade e auditoria em saúde.....	58
Conclusão	65
Referências bibliográficas	68
Anexo 1	73
Cláusula reajuste BRADESCO SEGUROS.....	73
Anexo 2	77
Cláusula reajuste SULAMÉRICA SAÚDE	77

INTRODUÇÃO

Em 2018, os reajustes dos planos coletivos de assistência à saúde empresariais foram objeto de intensa discussão. Os consecutivos aumentos decorrentes do formato de aplicação de reajustes composto pela inflação médica e sinistralidade tem criado dificuldades na manutenção do benefício de assistência médica pelas empresas.

A Pandemia COVID-19 alterou o cenário na saúde suplementar, mas os velhos problemas de reajuste permaneceram, como o noticiado pela Folha de São Paulo: “Após lucro de 50% na pandemia, planos coletivos sobem 16%”.¹

A saúde suplementar no Brasil é um desafio a ser enfrentado por todos os players do mercado. Ele é composto pelos beneficiários, operadoras, administradoras de benefícios, profissionais de saúde, prestadores de serviço, fornecedores de insumos e o ente regulador. Hoje no Brasil, somente 25% da população tem acesso a saúde suplementar. Conseguir este benefício tem se tornado cada dia mais difícil, já que o acesso à saúde suplementar através da oferta de planos pessoa física foram reduzidos pelas operadoras de planos de saúde.

De acordo com o relatório Nota de Acompanhamento de Beneficiários NAB Nº61 do Instituto de Estudos de Saúde Suplementar, a população do Brasil que tem plano de saúde complementar em janeiro de 2021 é de 48.413.620, sendo que do total de beneficiários, 33.125.326 possuem contrato coletivo empresarial.²

O benefício da assistência médica é considerado o mais importante para os trabalhadores. O contrato de trabalho celetista se tornou passaporte para acesso ao plano de saúde. Sob a ótica das empresas, o custo saúde é o segundo maior custo de Recursos Humanos depois da folha de pagamento. É o benefício que contribui para a tomada de decisão por um emprego.

Outro impacto decorrente da relação de emprego se reflete nas demissões, quando muitos trabalhadores perdem o plano de saúde custeado por seu empregador. “Nos últimos três anos, em decorrência do arrocho econômico, mais de três milhões de brasileiros deixaram de pagar o plano privado de saúde.

¹ Folha de São Paulo. Acessível: <https://www.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/06/apos-lucro-de-50-na-pandemia-planos-de-saude-coletivos-sobem-16.shtml>. Em 08/09/2021.

² Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS. NAB | *Nota de Acompanhamento de Beneficiários* • Edição nº 61 • 2021 • Data base: Julho/2021

Demitidas, não tiveram condições de contratar planos individuais ou familiares, bem mais caros que os coletivos empresariais oferecidos pelas companhias.”³

O mercado de saúde suplementar tem como marco regulatório a Lei 9.656/98 submetendo a esta lei “as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde”.⁴

A Resolução Normativa Nº195/2009 da Agência Nacional de Saúde Suplementar dispõe sobre “a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta sua contratação e dá outras providências. O art. 2º estabelece que para fins de contratação os planos privados de assistência médica à saúde classificam-se em: I – individual ou familiar; II - coletivo empresarial; ou III – coletivo por adesão.”⁵

O plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária. A Agência Nacional de Saúde Suplementar disciplinou os contratos coletivos, sem considerar questões primordiais: reajustes de preço e cancelamento de contratos.⁶

As operadoras de planos de saúde permanecem com o poder de avaliar a sinistralidade de forma unilateral sem disponibilizar as informações à parte contratante. É esta avaliação que tem provocado discussão uma vez que as operadoras muitas vezes se limitam a enviar uma planilha com receitas e despesas sem aprofundar ou esclarecer os custos médicos. Se a agência reguladora não intervém e a definição do reajuste se dá por livre negociação, temos que definir: o que é livre negociação e mais, existe parâmetros para uma boa negociação?

Os custos elevados da assistência médica se tornaram uma das principais pautas da mídia. Como noticiou a Revista Veja na matéria “A saúde virou um fardo”, ela virou fardo para os brasileiros, como também para as empresas que proveem a maior parte dos planos de assistência médica.⁷

³ Revista VEJA. *A Saúde virou um fardo*. 4 de julho de 2018. p. 52-57

⁴ BRASIL. Lei Nº9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência médica à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 jun.1998. Art.1º

⁵ BRASIL. ANS - Agência Nacional de Saúde. Resolução Normativa Nº195, de 14 de julho de 2009. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF.

⁶ MENDES, Karyna Rocha. *Curso de Direito da Saúde* – São Paulo: Saraiva, 2013

⁷ REVISTA VEJA. *A Saúde virou um fardo*. 4 de julho de 2018. p. 52-57

Uma negociação requer informações, questionamentos, análises das partes. Se as informações são dominadas e não disponibilizadas por um dos negociadores, é evidente que o equilíbrio pende para um dos lados. É exatamente o que ocorre nas relações entre operadoras de assistência médica e as empresas. A falta de acesso aos números e discriminação dos eventos que compõem os custos médicos é um dos pontos críticos da negociação e que impacta diretamente no percentual de sinistralidade. Do ponto de vista das empresas contratantes existe uma abusividade no reajuste técnico por sinistralidade.

Os principais motivos que acarretam a elevação dos custos da assistência médica são: utilização excessiva dos serviços de assistência médica pelos consumidores, aumento da população idosa ou envelhecimento da população, altos índices de obesidade e os problemas de saúde associados, aumento no custo dos tratamentos de alta complexidade, introdução de novas tecnologias e fraudes relacionadas aos agentes da saúde suplementar.

O Instituto de Estudos de Saúde Suplementar- IESS identificou práticas fraudulentas como aumento dos custos na saúde. De acordo com o IESS “as fraudes custam às operadoras de planos de saúde no Brasil quase 20 bilhões ao ano e elevam em cerca de um terço o custo dos procedimentos médicos.”⁸ Em 2017, as despesas assistenciais das operadoras somaram R\$145,4 bilhões, sendo R\$27,8 bilhões foram gastos com fraudes e procedimentos desnecessários em contas hospitalares. Esses 19,1% do total gasto, está embutido nas sinistralidades das empresas e se transformam em percentuais de reajuste.⁹

Este assunto foi colocado para discussão e aprofundamento do tema. Em 01/2019 foi publicado no site do IESS o estudo *Arcabouço normativo para prevenção e combate à fraude na saúde suplementar no Brasil*.¹⁰ Este trabalho é resultado de um estudo elaborado pela PricewaterhouseCoopers - PwC e o IESS que teve como objetivo abordar as principais leis e projetos de leis que podem constituir marco regulatório no combate a fraudes na saúde suplementar.

⁸ PwC PricewaterhouseCoopers Brasil Ltda; Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS *Arcabouço normativo para prevenção e combate à fraude na saúde suplementar no Brasil*. Novembro, 2018

⁹ Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS -Juris Health – *Fraudes na saúde suplementar*. 2021 p. 2 e 3

¹⁰ PwC PricewaterhouseCoopers Brasil Ltda; Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS. *Arcabouço normativo para prevenção e combate à fraude na saúde suplementar no Brasil*. Novembro, 2018

Diante desta constatação, a questão dos custos médicos que refletem em altos reajustes é uma responsabilidade que não pode recair somente sobre as empresas contratantes em forma de reajuste. As operadoras estipulam em média uma taxa de sinistralidade de 70%, assumindo uma margem de lucro de 30% para elas. Certamente, compete às operadoras de planos de saúde o controle e auditoria das despesas médicas apresentadas por ocasião do reajuste.

Na hipótese de o reajuste ser discutido em juízo, na maior parte das vezes a análise dos custos é feita sob análise atuarial, quando na verdade os custos médicos merecem uma auditoria médica muitas vezes difícil de ser realizada. A análise destes custos de forma apropriada pressupõe um mapeamento e análise prévia da população, estudo preliminar da utilização, perfil epidemiológico e análise da performance da carteira. A utilização é composta pelos seguintes indicadores: consultas, exames, procedimentos e internação.

Nos processos judiciais, a abertura destes dados que já é difícil no processo de negociação, esbarra muitas vezes no sigilo médico e na impossibilidade de se mencionar os casos cujos desvios padrão dos custos são questionados. A empresa fica impossibilitada de expor os seus empregados. Como exemplo, um caso de uma prótese cujo custo foi abusivo, é delicado solicitar do empregado as suas informações de saúde para discutir ou não a pertinência de um custo. Além disso, temos como mais um fator a ser considerado a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) que regulamenta o tratamento dos dados pessoais sensíveis, em especial no artigo 11 e parágrafos.¹¹

A Lei 9.307/96 é a norma que legitimou a arbitragem como alternativa ao Poder Judiciário para a solução de conflitos e que vem regular todo o procedimento arbitral. O seu art. 3º menciona que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”¹² A possibilidade da solução deste conflito por arbitragem permitirá que as despesas sejam abertas em razão do caráter confidencial que a arbitragem possibilita, ao mesmo tempo que as partes poderão indicar dois médicos auditores para avaliar e analisar as despesas

¹¹ BRASIL, Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 14 ago.2018.

¹² BRASIL. Lei Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, de 24 setembro de 1996. Art.3º

que impactaram em alta sinistralidade. Por intermédio deste processo de solução alcançará a transparência das informações na discriminação dos custos médicos.

Os contratos de planos de saúde são submetidos às regras do Código de Direito do Consumidor, Lei dos Planos e Seguros de Saúde e sua regulamentação pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. São considerados contratos tipicamente de consumo e são oferecidos no mercado aos consumidores por meio de contrato de adesão onde todas as cláusulas são pré-estabelecidas pelo fornecedor. Estes contratos são registrados sob um número na ANS.

Existem lacunas na regulação da saúde suplementar principalmente em relação aos planos coletivos de assistência à saúde empresariais cujo reajustes são estipulados pela livre negociação. Estas diferenças regulatórias entre planos individuais e coletivos propiciam o surgimento de conflitos, dentro os quais os oriundos dos reajustes de planos de saúde que alcançam patamares que ultrapassam até 50% de reajuste.

O mercado demanda soluções para este problema. Algumas foram propostas pelo próprio ente regulador com o objetivo de rediscutir o modelo de remuneração. Foi o caso da Resolução Normativa – RN Nº 433, de 27 de junho de 2018 da Agência Nacional de Saúde Suplementar que dispôs sobre os Mecanismos Financeiros de Regulação como fatores moderadores de utilização dos serviços de assistência médica, hospitalar ou odontológica no setor de saúde suplementar alterando o formato de remuneração dos planos de saúde . Ela foi revogada pela decisão liminar da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF Nº532 - Distrito Federal pela Ministra Carmen Lúcia do Supremo Tribunal Federal. O assunto aguarda julgamento e tinha como relator o Ministro Celso de Mello.¹³

As causas para custos elevados foram apontadas. Ao alcance das empresas tem a gestão da saúde que engloba o acompanhamento especializado dos custos médicos, que são os principais fatores que impactam na sinistralidade do plano para definir o percentual do reajuste. No que se refere a inflação médica, cada operadora vai definir a sua de acordo com a gestão de seus custos assistenciais. O Instituto de Estudos de Saúde Suplementar - IESS publica o acompanhamento deste indicador

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº532*. Relatora: Min. Carmen Lucia, 14 de julho de 2018. Brasília, DF, 2018.

denominado VCMH (Variação de Custos Médicos Hospitalares). Sobre este percentual, as empresas contratantes não têm nenhum poder de influência, mas no que se refere aos custos médicos, estes podem ser auditados e considerados na negociação. No âmbito do mercado de saúde, encontrar uma solução que seja construída através de maior transparência dos dados colabora para que o mercado não só reduza as fraudes, mas também busque pela melhor e maior eficiência de seus custos.

Este trabalho tem como o tema o reajuste nos contratos de planos de saúde coletivos empresariais e sua delimitação o restringiu a arbitragem como solução de conflito nos reajustes dos contratos de planos de saúde coletivos empresariais com mais de 30 vidas.

Apontar caminhos possíveis para soluções de conflitos na saúde tem sido esforço do Conselho Nacional de Justiça. Os avanços através da mediação tem solucionados conflitos em demandas individuais que envolvem beneficiários e operadoras de planos de saúde. Em relação aos reajustes de planos coletivos empresariais que ficam por conta da livre negociação, as empresas quando não conseguem fechar o percentual de reajuste, judicializam ou trocam de fornecedor.

Reajuste de planos de saúde coletivos é um dos principais temas de judicialização na saúde suplementar. Atualmente, o Superior Tribunal de Justiça aborda o reajuste dos planos coletivos através do Tema 1.016 que submeterá a julgamento as seguintes questões: (a) validade de cláusula contratual de plano de saúde coletivo que prevê reajuste por faixa etária; e (b) ônus da prova da base atuarial do reajuste.

As perícias atuariais têm sido os principais meios de prova das operadoras de planos de saúde para elevada sinistralidade. Os tribunais têm observado que a perícia atuarial não constitui meio suficiente para comprovação dos elevados custos de despesas assistenciais. É o ponto a ser enfrentado no Tema 1.016 do Superior Tribunal de Justiça.

O presente trabalho tem o desafio de trilhar uma solução possível através da arbitragem para os reajustes dos planos coletivos de saúde empresariais com mais de trinta de vidas. No estudo da possibilidade da arbitragem primeiro será verificado a arbitragem na relação de consumo e as decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Posteriormente, quais os critérios exigidos para uma arbitragem em um contrato de adesão, e como será possível uma auditoria médica em um procedimento arbitral. Três vetores norteiam a pesquisa deste trabalho: a cláusula contratual de reajuste de sinistralidade, a arbitragem como forma de solução de litígio nos reajustes de planos de saúde coletivos empresariais e auditoria dos custos médicos.

A proposta para a cláusula contratual de reajuste é fazer análise de duas cláusulas contratuais de reajuste das duas principais operadoras de planos de saúde do mercado: Contrato Registro na ANS nº 006246 da Sul América, Contrato Registro na ANS nº 005711 da Bradesco Seguros S/A, todos com vigência no período entre agosto de 2014 a outubro de 2015.

Em relação a Arbitragem a pesquisa será bibliográfica e jurisprudencial. A pesquisa para a auditoria das contas médicas será bibliográfica e objetiva demonstrar os parâmetros para perícia e auditoria em processo arbitral.

Esta pesquisa é relevante na medida que busca uma solução alternativa para os conflitos dos reajustes de plano coletivo de assistência médica empresarial. É preciso estruturar uma solução para um problema que comporta 67,62% da população que usufrui da saúde suplementar.

Este é um tema que contempla diferentes perspectivas que impactam em sua importância. Sob o olhar do direito fundamental de acesso à saúde, a busca por um preço justo e correto propicia um maior acesso na medida que permite que as empresas mantenham a oferta deste benefício aos seus empregados.

O aspecto jurídico principal é a possibilidade de se estruturar uma proposta de solução deste conflito e apresentar aos profissionais que atuam neste meio os principais pontos e fundamentações a serem considerados para um eventual processo arbitral. Certamente trará novas possibilidades de atuação para os profissionais do direito como também para os médicos que poderão atuar em perícias e auditorias nos processos de arbitragem.

1.

Planos coletivos de assistência médica no mercado de saúde suplementar

1.1.

Os planos de saúde coletivos empresariais no mercado de saúde suplementar no Brasil

O mercado de saúde suplementar apresentou nos últimos anos intensas alterações que forçaram as empresas operadoras de planos de saúde a se mexerem na busca de atender uma demanda que representa bilhões de reais por ano. “O aumento da expectativa de vida, os avanços nos conhecimentos médicos, o processo de individualização das medidas preventivas, diagnósticas e terapêuticas e a medicina de precisão fazem da saúde um setor em franca expansão.”¹⁴ Trata-se de um mercado complexo, pois ao mesmo tempo que é fragmentado, pouco transparente e resistente a mudança, também é regulado e concentrado. A sua fragmentação se dá em razão dos inúmeros fornecedores que vão desde hospitais, médicos autônomos, clínicas, laboratórios, fornecedores de materiais médicos, administradoras de benefícios e entes reguladores. Por outro lado, a concentração acontece na medida em que 55% dos beneficiários estão com as três maiores operadoras de planos de saúde: Amil, Bradesco e Sistema Unimed.

Somados a esta situação, observa-se a proliferação das *Healthtechs* que oferecem serviços através de plataformas digitais e ampliam as possibilidades deste mercado. A contratação de um plano de saúde coletivo empresarial exige conhecimento do setor, da legislação reguladora e da população de beneficiários. Não é assunto para amadores, e neste momento, o cenário é de ebulição em um espaço de rigidez em razão de sua regulação.

O mercado de saúde suplementar é regulado pela Lei 9.656/1998. Esta regulação é exercida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar que foi criada através da Lei Nº9.961/2000. É atribuição da ANS regular, normatizar, controlar e

¹⁴ MENCONI, Darlene; PASTORE, Karina. IN EPOCA E NEGÓCIOS. *Sua saúde e a da sua empresa nunca mais serão as mesmas*. Especial Cura Digital. N.146 p.48-65. Editora O Globo. Abril.2019

fiscalizar a assistência suplementar à saúde. Contudo, em razão de parte dos *players* deste mercado não se submeterem a regulação, falhas de mercado são identificadas.

Azevedo e outros estudaram o setor de saúde suplementar com objetivo de mapear o seu funcionamento e identificar as principais falhas de mercado do sistema, bem como propor políticas para mitigar tais problemas.¹⁵ Foram identificadas as principais falhas de mercado: assimetria de informação, externalidades e poder de mercado.

Uma importante falha de mercado é a assimetria de informação na relação entre os diversos agentes desta cadeia: operadoras, beneficiários, médicos e demais prestadores de serviços de saúde. As informações sobre as condições de saúde dos beneficiários e a tomada de decisão em relação as prescrições de exames e procedimentos estão na relação médico-paciente. A operadora fica com pouca informação para avaliar se determinado procedimento é realmente necessário. Por outro lado, o médico tomador sobre a decisão de consumo não arca com os custos. Isso acarreta a sobreutilização do serviço impactando no aumento dos custos.

No caso da saúde suplementar, poderíamos citar o **exemplo de externalidade** a situação de não controle por parte da ANS dos valores cobrados pelos prestadores de serviço, como hospitais e laboratórios, à operadora do plano de saúde, ou também as simulações de falsos planos coletivos, uma ficção jurídica de estipulação em função de terceiro neste setor de saúde suplementar, que resulta danos aos consumidores, a operadora de planos de saúde, e conseqüentemente, a todo o mercado de saúde suplementar representando, pois, uma violação à função social do contrato no plano de saúde. As externalidades acabam por influenciar no preço final do plano de saúde, eis que os custos são repassados a contraprestação arcada pelo consumidor final.¹⁶

No que se refere ao poder de mercado, o estudo identificou que o mercado de saúde suplementar tende a ser mais eficiente na presença de número reduzido de empresas de maior porte e mais integradas verticalmente. Contudo, apesar dos “fatores que favorecem a concentração por gerar economias de escala acabam por

¹⁵ AZEVEDO, Paulo Furquim de, ALMEIDA Silvia Fágade; COSTA Nobuiuki, Ito, BOARATI Vanessa, MORON, Caroline Raiz; INHASZ, William; ROUSSET, Fernanda. *A CADEIA DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: Avaliação de Falhas de Mercado e Propostas de Políticas*; INSPER: Centro de Estudos. Março, 2016.

¹⁶ TOSTES, Eduardo Chow de Martino. *Saúde Suplementar: reajuste de planos coletivos*. Rio de Janeiro: Lumen Yuris. 2019. p.16 e 17.

representar barreiras à entrada: novo competidor precisa ingressar no mercado já operando com ampla carteira de beneficiários.”¹⁷

Azevedo e outros (2016) elaboraram o mapeamento da cadeia de saúde suplementar no Brasil. Segundo estes autores, “o mapeamento de uma cadeia consiste no levantamento das atividades realizadas em um sistema de fornecimento, iniciando nos insumos básicos até o cliente final”.¹⁸

Figura 1

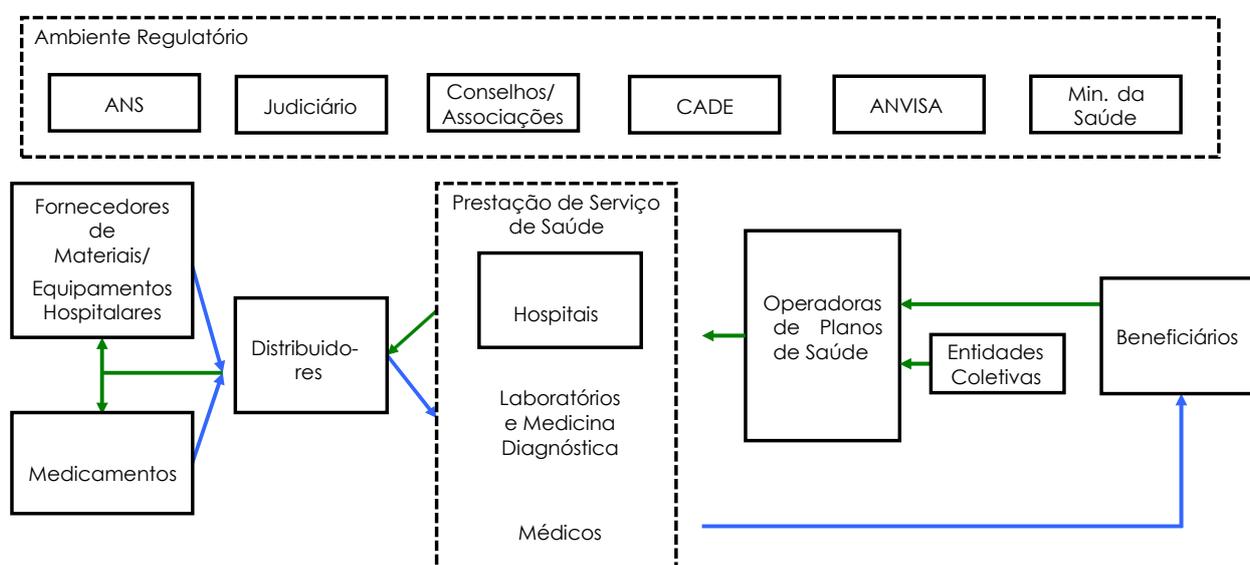


Figura 1: Mapa da Cadeia de Saúde Suplementar¹⁹

Integram o ambiente regulatório os seguintes agentes: Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, o Poder Judiciário e os conselhos e associações.

Os conselhos e associações foram muito citados ao longo das entrevistas, pois suas decisões influenciam, direta ou indiretamente, a cadeia de saúde suplementar como um todo. Usualmente, os conselhos e as associações são organizações que objetivam defender um determinado grupo de profissionais ou da

¹⁷ AZEVEDO, Paulo Furquim de, ALMEIDA Silvia Fágade; COSTA Nobuiuki, Ito, BOARATI Vanessa, MORON, Caroline Raiz; INHASZ, William; ROUSSET, Fernanda. *A CADEIA DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: Avaliação de Falhas de Mercado e Propostas de Políticas*; INSPER: Centro de Estudos. Março, 2016.p.20

¹⁸ Ibid. p.30

¹⁹ Ibid. p.30

sociedade. Além dos Conselhos de medicina (regionais e federal), foram citados as seguintes associações, a AMB (Associação Médica Brasileira), a ABRAMGE (Associação Brasileira de Medicina em Grupo), a ANAHP (Associação Nacional de Hospitais Privados), a ABRAIDI (Associação Brasileira de Importadores e Distribuidores de Implantes), ABIMED (Associação Brasileira da Indústria de Alta Tecnologia de Produtos de Saúde) e a ABRADILAN (Associação Brasileira de Distribuição e Logística de Produtos Farmacêuticos).²⁰

A visão do panorama da cadeia de saúde suplementar permite alcançar toda a dinâmica do mercado. A Lei Nº9.961/2000 em seu art. 4º afirma que compete a Agência Nacional de Saúde Suplementar:

“XVII – **autorizar** reajustes, 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.”²¹

A investigação da hipótese de falha regulatória da Agência Nacional de Saúde Suplementar ao não proceder a regulação do limite de reajuste de preço dos planos de saúde coletivos foi feita por Tostes.²² Para tanto enfrentou a seguinte questão problema: como e por quê a ANS poderia e deveria regular o preço de todos os planos de saúde incluídos os planos coletivos? A resposta foi obtida através de pesquisa qualitativa junto aos diretores do órgão regulador. Em consulta direta ao ente regulador, recebeu a seguinte resposta:

Reside, portanto, na compreensão de que se trata de dois mercados distintos a diferenciação adotada pela legislação quanto aos critérios de reajuste. Enquanto no mercado de planos individuais/familiares os reajustes devem ser menores que o índice calculado pela ANS, **no mercado de planos coletivos, são livres por tratar de livre negociação**

²⁰ AZEVEDO, Paulo Furquim de, ALMEIDA Sílvia Fágade; COSTA Nobuiki, Ito, BOARATI Vanessa, MORON, Caroline Raiz; INHASZ, William; ROUSSET, Fernanda. A CADEIA DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: Avaliação de Falhas de Mercado e Propostas de Políticas; INSPER: Centro de Estudos. Março, 2016.p.49

²¹ BRASIL,

²² TOSTES, Eduardo Chow de Martino. *Saúde Suplementar: reajuste de planos coletivos*. Rio de Janeiro: Lumen Yuris. 2019. p.3

entre pessoas jurídicas com poderes de barganha similares, mas devem ser comunicados à Agência e são por ela monitorados. (grifos do autor).²³

O Tribunal de Contas da União realizou uma auditoria minuciosa na Agência Nacional de Saúde Suplementar alusivas aos reajustes de planos de saúde coletivos e individuais.²⁴ A auditoria na ANS teve como objetivo “verificar a atuação regulatória da ANS quanto aos reajustes anuais dos planos médico-hospitalares e se os procedimentos e os mecanismos utilizados pela ANS são suficientes para garantir a sustentabilidade do mercado e a não onerosidade excessiva dos consumidores, e avaliar as ações da ANS destinadas a informar e atender os beneficiários quanto aos reajustes das mensalidades.”²⁵

O relatório de auditoria TC021.852/2014-6 teve como conclusão a identificação de falhas da autarquia na aferição da fidedignidade e na análise crítica das informações produzidas pelas operadoras. Em relação ao reajuste dos planos de saúde coletivos o Tribunal de Contas da União identificou três achados:

“I – Insuficiência de mecanismos para prevenção, identificação e correção de reajustes abusivos em planos coletivos;

II – Insuficiência de informações à disposição das pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos para adequada avaliação dos valores de reajustes propostos pelas operadoras;

III – Insuficiência dos mecanismos existentes no sistema RPC (Sistema de Comunicado de Reajuste de Planos Coletivos) para evitar a inserção de comunicados.”

O Tribunal de Contas da União, ao investigar o Achado I, concluiu que os incisos XVII, VIII e XXI do art. 4º da Lei 9.961/2000 “não fazem distinção entre planos coletivos e individuais, portanto a competência regulatória da ANS de **autorização, homologação e monitoramento** de reajustes e revisões independe do tipo de plano.”²⁶ Segundo o TCU, trata-se de uma opção da agência em estabelecer mecanismos de regulação distintos para planos individuais e coletivos. Enquanto os primeiros precisam de autorização prévia da ANS para aplicação do reajuste, os

²³ Op. Cit. p.26 e 27

²⁴ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO TC021.852/2014-6 Disponível: www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58542742

²⁵ Op. Cit. p.2

²⁶ Op. Cit. p.13

planos coletivos são obrigados somente a terem a sua comunicação, cabendo a ANS somente o monitoramento do reajuste. Tostes compartilha da mesma opinião: “é uma opção política, isto é uma discricionariedade da ANS em decidir não regular o preço e o reajuste anual, em especial, os planos coletivos.”²⁷

Além disso, ainda em relação as falhas de mercado, o relatório do TCU apresentou a opinião do CREMESP e do IDEC (Instituto de Defesa do Consumidor) de que a Agência Nacional de Saúde é omissa em relação ao reajuste e a rescisão unilateral dos contratos coletivos de planos de saúde.

A omissão da ANS é decorrente da premissa de que pessoas jurídicas contratantes de planos coletivos teriam maior poder de negociação junto as operadoras de planos de saúde. Este trabalho parte da mesma premissa da ANS de que os contratos são de natureza privada e tem os seus reajustes na livre negociação.

Tostes questiona a não regulação dos preços dos planos coletivos pela ANS.²⁸ Há que se considerar que os preços dos planos decorrem dos custos hospitalares que impactam no sinistro destes. Se a ANS regular o preço não estaria intervindo no princípio do equilíbrio contratual?

O presente estudo se limita na relação contratual entre operadoras de planos privados de assistência à saúde e beneficiários de um plano de saúde coletivo empresarial com mais de 30 vidas. O inciso II do artigo 1º da lei 9.656 define Operadora de Plano de Assistência à Saúde como “a pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo.”

Em relação às operadoras de planos de assistência à saúde, a Resolução de Diretoria Colegiada – RDC nº 39, de 27 de outubro de 2000 da ANS em seu art. 10 as classifica nas seguintes modalidades: I administradora; II - cooperativa médica; III - cooperativa odontológica; IV autogestão; V - medicina de grupo; VI - odontologia de grupo; ou VII -filantropia. Ficam excluídas do trabalho as empresas de autogestão e filantropia bem como as voltadas para a cobertura odontológica.

²⁷ TOSTES, Eduardo Chow de Martino. *Saúde Suplementar: reajuste de planos coletivos*. Rio de Janeiro: Lumen Yuris. 2019. p.62

²⁸ TOSTES, Eduardo Chow de Martino. *Saúde Suplementar: reajuste de planos coletivos*. Rio de Janeiro: Lumen Yuris. 2019. p.39

1.2.

Contratos de assistência privada à saúde

“O plano de saúde coletivo é aquele contratado por uma empresa, conselho, sindicato ou associação junto à operadora de planos de saúde para oferecer assistência médica e/ou odontológica às pessoas vinculadas a essa empresa e aos dependentes dessas pessoas. Pode ser um plano de saúde coletivo empresarial ou coletivo por adesão.”²⁹

A Resolução Normativa – RN N° 195, de 14 de julho de 2009 dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. O art. 2º estabelece que para fins de contratação, os planos privados de assistência à saúde classificam-se em: I – individual ou familiar; II – coletivo empresarial; ou III – coletivo por adesão.

Segundo o art. 5º da RN N°195 da ANS, “o plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária.” O parágrafo §1º estabelece as pessoas que poderão ser beneficiários do plano em decorrência do vínculo à pessoa jurídica contratante:

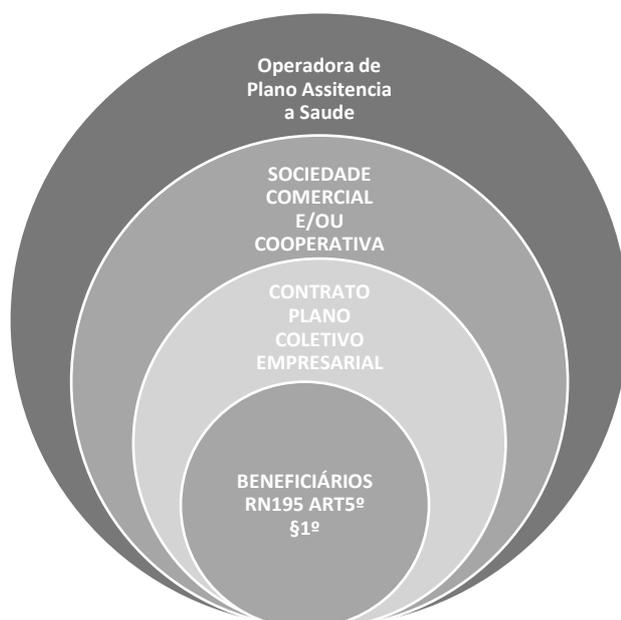
- I - os sócios da pessoa jurídica contratante;
 - II - os administradores da pessoa jurídica contratante;
 - III - os demitidos ou aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à pessoa jurídica contratante, ressalvada a aplicação do disposto no **caput** dos artigos 30 e 31 da Lei nº 9.656, de 1998;
 - IV – os agentes políticos;
 - V – os trabalhadores temporários;
 - VI – os estagiários e menores aprendizes; e
 - VII - o grupo familiar até o terceiro grau de parentesco consanguíneo, até o segundo grau de parentesco por afinidade, cônjuge ou companheiro dos empregados e servidores públicos, bem como dos demais vínculos dos incisos anteriores." (“storage.googleapis.com”)
- §2º O ingresso do grupo familiar previsto no inciso VII do §1º deste artigo dependerá da participação do beneficiário titular no contrato de plano privado de assistência à saúde.³⁰

²⁹ ANS – Agência Nacional de Saúde. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-mensalidade>. Acesso em 09 JAN 2021

³⁰ BRASIL. ANS - Agência Nacional de Saúde. Resolução Normativa N°195, de 14 de julho de 2009. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF.

A figura 2 objetiva ilustrar quem é a população alvo de beneficiários. Segundo o relatório Nota de Acompanhamento de Beneficiários NAB Nº61 do IESS, a população do Brasil que tem plano de saúde complementar janeiro de 2021 é de 48.413.620, sendo que do total de beneficiários, 33.125.326 possuem contrato coletivo empresarial.³¹

Figura 2



A Lei 9.656/1998 em seu art. 1º, inciso I define o Plano Privado de Assistência à Saúde: “prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais apreço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.”³²

³¹ Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS. NAB | Nota de Acompanhamento de Beneficiários • Edição nº 52 • 2020 • Data base: Outubro/2020

³² BRASIL. Lei Nº9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência médica à saúde. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 4 jun.1998. Art.1º, inciso I

Bottesini e Machado (2015, p.6) afirmam que “os contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde são típicos contratos que se formam por adesão e sujeitos às disposições da Lei 9.656/1998, que é a aplicável a solução das incontáveis controvérsias que diariamente surgem a respeito do tema.”³³ No caso dos planos coletivos empresariais a adesão é automática e ocorre no ato da vinculação do beneficiário à pessoa jurídica contratante.

Os contratos coletivos podem ser contrato coletivo sem patrocinador ou com patrocinador. Os contratos coletivos com patrocinador é aquele em que a pessoa jurídica contratante paga, parcial ou totalmente, as contraprestações pecuniárias dos consumidores à operadora. Estes contratos têm seus custos/prêmios patrocinados no todo ou em parte pela empresa empregadora.

A Agência Nacional de Saúde, por sua vez, apresenta como principais características dos contratos coletivos empresariais: adesão, carência, cobertura, rescisão e cobrança.

1.3.

Reajustes por sinistralidade

O contrato coletivo de plano de saúde empresarial é de adesão em relação aos seus beneficiários, mas, no que se refere às partes contratantes prevalece uma autonomia e equivalência de modo que a livre negociação rege a cláusula de reajuste. Como observado, a ANS considera que não há relação de hipossuficiência entre as partes contratantes, atuando somente na monitoração da variação dos preços destes e autorizando os índices propostos.

Dentre os princípios norteadores da concepção social dos contratos, encontra-se o princípio do equilíbrio econômico contratual. Segundo Gomes (2016) “o princípio do equilíbrio econômico tem por escopo a composição harmônica do conteúdo econômico do contrato, a qual deve ser construída quando da formação do vínculo negocial e preservada ao longo da execução das prestações pactuadas, possibilitando pois o efetivo alcance do objetivo da avença.”³⁴ Este princípio busca tutelar a proteção do sinalagma contratual, de modo que as obrigações estipuladas

³³ BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. *Lei dos Planos e Seguros de Saúde Comentada. Artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Forense. 2015 3ª Edição. p.6

³⁴ GOMES, Joseane Araújo. *Contratos de Plano de Saúde*. Leme (SP): JH Mizuno Editora, 2016.

em favor de um dos contratantes não levem o outro ao cumprimento de prestações excessivamente onerosa, desproporcional à vantagem auferida. Para Zanetti (2012) “com relação ao sinalagma, a questão atual é saber qual o limite da autonomia privada”. Como tão bem observa:

Hoje os limites não estão apenas na ordem pública e nos bons costumes, a preocupação com a justiça e utilidade do contrato levou-nos às seguintes mudanças no Direito Contratual brasileiro: a) edição de leis para combater negócios usurários e lesão; b) aceitação, pelo ordenamento, da revisão dos termos de contrato pela teoria da imprevisão e onerosidade excessiva; c) nulidade de cláusulas abusivas nos contratos de adesão; d) observância de princípios como a função social, a boa-fé objetiva e o equilíbrio contratual no exame dos limites da liberdade contratual; e) possibilidade de redução da cláusula penal quando se mostrar excessiva dada a natureza e finalidade do negócio ou diante do adimplemento parcial e útil do contrato; f) enfim, ao intervencionismo do Estado, quando necessário.³⁵

Os contratos de planos de saúde tem previsão de cláusula de reajuste, a qual disciplina a majoração periódica dos valores das mensalidades pagas pelos beneficiários. A incidência do reajuste tem por escopo manter a equação econômico-financeira do contrato equilibrada ao longo de sua vigência. Na análise de Gomes, “ em razão dessa catividade contratual, acrescida do caráter adesinonista do pacto, verifica-se que a questão do reajuste se torna alvo de intensas práticas abusivas pelas operadoras, que sob o manto da justificativa de manutenção do equilíbrio econômico do contrato aumenta de forma exorbitante os valores das mensalidades, tornando assim excessivamente onerosas as obrigações dos usuários.”³⁶

De acordo com agência nacional de saúde, reajustes de mensalidade é a atualização da mensalidade baseada na variação dos custos dos procedimentos médico-hospitalares com o objetivo de manter a prestação do serviço contratado.³⁷ A RN N°195 da ANS, em seus artigos 19 a 22, limitou os reajustes dos contratos coletivos apenas nos seguintes aspectos: (i) restringiu a aplicação dos reajustes a

³⁵ ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do Equilíbrio Contratual*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p.172-173

³⁶ GOMES, Joseane Araújo. *Contratos de Plano de Saúde*. Leme (SP): JH Mizuno Editora, 2016.. p. 266

³⁷BRASIL. ANS. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/reajustes-de-mensalidade>. Acesso: 09/jan./2021.

periodicidade mínima de 12 meses, com exceção do reajuste por faixa etária; (II) proibiu a aplicação de reajustes diferenciados dentro do mesmo plano; e (III) proibiu a distinção quanto ao valor da contraprestação pecuniária entre os beneficiários que vierem a ser incluídos no contrato e os a ele já vinculados.

Art. 19 Nenhum contrato poderá receber reajuste em periodicidade inferior a doze meses, ressalvado o disposto no caput do artigo 22 desta RN.

§1º Para fins do disposto no caput, considera-se reajuste qualquer variação positiva na contraprestação pecuniária, inclusive aquela decorrente de revisão ou reequilíbrio econômico-atuarial do contrato.

§2º Em planos operados por autogestão, quando a contribuição do beneficiário for calculada sobre a remuneração, não se considera reajuste o aumento decorrente exclusivamente do aumento da remuneração

§3º Em planos operados por autogestão, patrocinados por entes da administração pública direta ou indireta, não se considera reajuste o aumento que decorra exclusivamente da elevação da participação financeira do patrocinador. (Redação dada pela RN nº 204, de 2009)

§4º Não se considera reajuste a variação da contraprestação pecuniária em plano com preço pós estabelecido. (Incluído pela RN nº 204, de 2009)

Art. 20 Não poderá haver aplicação de percentuais de reajuste diferenciados dentro de um mesmo plano de um determinado contrato, inclusive na forma de contratação prevista no inciso III do artigo 23 desta RN.

Art. 21 Não poderá haver distinção quanto ao valor da contraprestação pecuniária entre os beneficiários que vierem a ser incluídos no contrato e os a ele já vinculados, inclusive na forma de contratação prevista no inciso III do artigo 23 desta RN.

Art. 22 O disposto nesta seção não se aplica às variações do valor da contraprestação pecuniária em razão de mudança de faixa etária, migração e adaptação de contrato à Lei nº 9.656, de 1998.³⁸

As hipóteses de reajustes das mensalidades dos contratos de plano de são:

a) reajuste em razão do aumento dos custos operacionais; b) reajuste em razão da mudança de faixa etária do usuário; c) reajuste em razão da revisão técnica. O reajuste em razão do aumento dos custos operacionais decorrem da utilização dos serviços oferecidos que se refletem na relação de custos, ou seja, são os sinistros.

³⁸ BRASIL. ANS - Agência Nacional de Saúde. Resolução Normativa Nº195, de 14 de julho de 2009. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF.

A sinistralidade é a relação entre a ocorrência de sinistros e as receitas das operadoras, ou seja, uma sinistralidade de 80% indica que o montante gasto para atender as diversas ocorrências dos beneficiários, de consultas a internações, corresponde a 80% da receita da operadora. Especialistas do mercado de saúde suplementar indicam que o nível ideal máximo de sinistralidade seria de 70%, sendo os 30% restantes destinados a cobrir as despesas administrativas e de comercialização, e a remuneração do capital. Em 2005, a sinistralidade média era de 80,8%, caiu para 79,1% em 2006 e atingiu o ponto mais alto do período em 2012 e 2014, com 84,1%.³⁹

O percentual máximo de sinistralidade (“break even point” ou ponto de equilíbrio) deve estar previsto em contrato firmado. A previsão do ponto de equilíbrio contratual pode ser observada no comparativo de contratos das principais operadoras e seguradoras do país. Observa-se que o ponto de equilíbrio fica em torno de 65% a 70%, confirmando as informações colhidas dos especialistas de mercado na pesquisa de Azevedo e outros.

	<p>AMIL Contrato Registro Nº 325305 ANS - 19.2 – O reajuste anual será composto pelo índice financeiro descrito na cláusula 19.3 e, caso os custos médicos ultrapassem 70% da receita (índice de sinistralidade do contrato), será incorporado o índice técnico, como objetivo de equilibrar a relação contratual, conforme descrito na cláusula 19.4.</p>
	<p>SulAmérica: Contrato registro ANS nº 0058.0043.0697 27.1.2 Reajuste do Prêmio em Função da Sinistralidade. O prêmio do seguro será reajustado sempre que o Índice de Reajuste de Sinistralidade - IRS apurado no agrupamento estiver acima de 0,65 (sessenta e cinco centésimos).</p>
	<p>BRADESCO Contrato registro ANS nº005711 • Fica estabelecido em 0,7 o fator variável mencionado nas Condições Gerais do Bradesco Empresaria, relativas ao reajuste por sinistralidade</p>

40

³⁹ AZEVEDO, Paulo Furquim de, ALMEIDA Silvia Fágade; COSTA Nobuiuki, Ito, BOARATI Vanessa, MORON, Caroline Raiz; INHASZ, William; ROUSSET, Fernanda. *A CADEIA DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: Avaliação de Falhas de Mercado e Propostas de Políticas*; INSPER: Centro de Estudos. Março, 2016.p.41

⁴⁰ AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S. A., *Contrato de cobertura de assistência médica e hospitalar pessoa jurídica 118b* - Registro nº326.305 na ANS Vigência: Outubro 2015. BRADESCO SAÚDE S/A. *Contrato nº005711 Seguro de reembolso de despesas de assistência médico-hospitalar BRADESCO saúde coletivo empresarial - pré-pagamento ambulatorial e hospitalar com obstetrícia Social*. - Registro na ANS: nº 005.711, Vigência: agosto 2014. SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE. *Contrato nº 0058.0043.0697 ANS-Sul América Saúde Empresarial Ambulatorial e Hospitalar com Obstetrícia Condições Gerais Versão 06*. Registro na ANS: nº 006246 Vigência: fevereiro 2015.

O início da negociação do reajuste de plano de saúde coletivo empresarial se dá com envio da carta de reajuste enviada pela operadora ou seguradora. Faltando sessenta dias para completar os doze meses de vencimento do contrato, ela é enviada por e-mail e também impressa com aviso de recebimento. Essa é a praxe do mercado. Normalmente, já vem com a proposta inicial do percentual do reajuste. No exemplo a seguir, a taxa de sinistralidade da empresa estava inferior ao percentual de 70% de sinistralidade estabelecido em contrato. Neste caso, a operadora propôs somente o reajuste da inflação médica com índice de 16,08%, “se colocando à disposição para conversar.”

Assunto: Reajuste das Mensalidades

Prezado cliente,

Em setembro próximo, completaremos mais um ano de relacionamento comercial, ocasião na qual se faz necessário o realinhamento dos valores das mensalidades. A apuração da inflação dos custos médicos em 2016 revelou o índice de 16,08%. Esse percentual é resultado da contínua ampliação do rol de procedimentos (coberturas mínimas obrigatórias) da ANS; do reajuste das tabelas de nossos prestadores; do aumento da frequência de utilização dos serviços médico-hospitalares; da acentuada elevação do custo médio das internações, pressionado principalmente pelo aumento de custo dos materiais e da oferta insuficiente de leitos hospitalares para os beneficiários de planos de saúde, entre outros fatores. Além disso, a [REDACTED] investiu fortemente na verticalização, utilizando seus recursos próprios para melhor atender seus clientes.

Pelos motivos expostos acima, a partir de setembro/17, aplicaremos apenas o VCMH (Variação Custo Médico Hospitalar) de 16,08% (dezesesseis vírgula oito por cento). Caso haja interesse em conversar mais detalhadamente, estamos inteiramente à disposição.

Lembramos que a data de aplicação do VCMH é dia 31/08/2017, ocasião em que a fatura será emitida. Ressaltamos que nosso objetivo é garantir a manutenção do equilíbrio técnico financeiro de nosso contrato e a prestação do atendimento com elevada qualidade.⁴¹

A aplicação de reajustes dos contratos de planos coletivos de assistência médica é composta pela inflação médica VCMH (Variação de Custos Médicos Hospitalares) e pelo percentual de sinistralidade. Segundo o IESS, a Variação dos Custos Médico-Hospitalares (VCMH) é definida como sendo o total das despesas assistenciais por exposto incorridas pelas operadoras de planos e seguros de saúde

⁴¹ Carta da UNIMED Fortaleza enviada ao cliente Associação do Ministério Público do Ceará.

em determinado período. As despesas assistenciais são aquelas despesas com eventos assistenciais cobertos pelo plano de saúde, como internações, exames, terapias, consultas e outros.⁴² O Instituto de Estudos de Saúde Suplementar apresenta como o índice VCMH é calculado.

Para se medir o custo médico-hospitalar num período, divide-se despesas assistenciais pelo total de expostos de um plano de saúde.² Normalmente, o custo médico-hospitalar é calculado para o período de um ano, pois as despesas assistenciais têm sazonalidade anual. A variação do custo médico-hospitalar é então obtida ao se comparar as despesas assistenciais por exposto entre dois períodos consecutivos, normalmente de doze meses cada um. No caso da VCMH do IESS, essa variação considera a despesa assistencial por exposto em um período de 12 meses (média móvel) em relação à dos doze meses anteriores.⁴³

O problema da alta elevação dos custos e preços dos planos de saúde foram objeto de estudo pelo IESS em 2018. Neste trabalho se estudou de forma mais aprofundada os vetores que mais impactaram no aumento dos custos médico-hospitalares. Os principais vetores de aumento da VCMH identificados no estudo do IESS são: a) judicialização; b) modelo de remuneração; c) ausência de transparência por parte dos prestadores de serviço de saúde sobre qualidade e segurança do paciente; d) incorporação de tecnologias em saúde; e) assimetria nos preços dos insumos; f) envelhecimento da população; g) modelo assistencial da saúde suplementar; h) fraudes e desperdícios; e i) regulação.

A questão do reajuste alcança uma proporção inaceitável quando o reajuste proposto vem com um VCMH de 16,08% acrescido de um percentual de 14,1% de sinistralidade para recompor o equilíbrio financeiro do contrato. Se considerarmos que em 2014 o sinistro médio foi de 84,1% e percentual médio de sinistralidade sugerido pelas operadoras é de 70%. Como manter um benefício de qualidade aos empregados e familiares com um reajuste anual de 30,18%, por exemplo?

É mais do que manter o princípio do equilíbrio contratual, mas questionar até onde vai este limite e contrapô-lo observando o princípio da função social e da boa-fé objetiva.

⁴² LARA, Natalia; REIS, Amanda; e MINAMI, Bruno. *A Variação de Custos Médicos* Superintendente Executivo: Luiz Augusto Carneiro. IESS Texto para Discussão n° 71 - 2018

⁴³ LARA, Natalia; REIS, Amanda; e MINAMI, Bruno. *A Variação de Custos Médicos* Superintendente Executivo: Luiz Augusto Carneiro. IESS Texto para Discussão n° 71 - 2018

O princípio do equilíbrio do contrato se propõe a investigar a escolha das partes, logo se tinham assegurada sua liberdade (se estava reduzida ou inválida) – o que inclui verificar se havia desigualdade e um aproveitamento desta situação quando da celebração do contrato; se a avença não apresenta cláusulas e disposições que excedam os limites impostos pela lei (abusiva) e se o ajuste não sofreu um *desequilíbrio patológico* (...). Temos que este princípio atualmente não se limita apenas a um equilíbrio econômico. Trata-se de um equilíbrio entre a totalidade de deveres e direitos, da distribuição adequada de ônus e riscos, que até poderá apresentar oscilação segundo a natureza do contrato e as condições particulares de cada caso.⁴⁴

E apenas para concluir que o mutualismo e o equilíbrio contratual, não podem ser considerados isoladamente.

Dos vetores apontados pelo IEES, os beneficiários poderiam contribuir com a elevação de custos em três: judicialização, o envelhecimento da população e fraudes e desperdícios. As soluções para este dilema não podem recair somente nas mãos de quem paga a conta em forma de reajuste. É de fundamental importância buscar alternativas que não sejam somente os reajustes para o equilíbrio da cadeia de saúde complementar. Por outro lado, ausência de transparência por parte dos prestadores de serviço de saúde sobre qualidade e segurança do paciente; assimetria nos preços dos insumos e fraudes e desperdícios demandam uma negociação em que se possa abrir esta caixa de pandora denominada custos assistenciais.

O reajuste em razão da mudança de faixa etária do usuário decorre do fato de que o aumento da idade do beneficiário do plano de saúde acarreta o agravamento do risco assumido pela operadora na medida em que há maior probabilidade de utilização dos serviços médico-hospitalares contratados em razão de estar mais propenso em contrair doenças. Este reajuste tem sua previsão legal no art.15 da Lei nº 9656/1998.⁴⁵

⁴⁴ ZANETTI, Andrea Cristina. Princípio do equilíbrio contratual. São Paulo: Editora Saraiva. p.172

⁴⁵ Lei nº 9656/1998 Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.

O reajuste em razão da revisão técnica era normatizado na RN 19/2002, que foi revogada pela resolução normativa - RN nº 462, de 19 de novembro de 2020. As regras para a realização de revisão técnica das contraprestações pecuniárias estão suspensas. Esse tipo de revisão é uma exceção destinada a um determinado plano de saúde que esteja em desequilíbrio econômico-financeiro, situação que ameaça a continuidade dos serviços de saúde aos beneficiários desse plano. Este reajuste era aplicável aos planos individuais ou familiares e àqueles por entidades de autogestão cujo financiamento se dê exclusivamente por recursos de seus beneficiários desde que tenham sido contratados até 1º/01/1999.

1.4

A pandemia COVID-19 e as suspensões dos reajustes 2020

A saúde suplementar na qualidade de setor regulado teve algumas decisões de impacto por parte da ANS em decorrência da pandemia COVID-19. A principal foi a suspensão dos reajustes de planos de saúde no período de setembro a dezembro de 2020. Segundo Comunicado Nº 85 de 31/08/2020 da Agência Nacional de Saúde, “a partir de janeiro 2021 as cobranças voltarão a ser feitas considerando os percentuais de reajustes e de mudança de faixa etária para todos os contratos que já tiveram a suspensão destes reajustes.”

A nota técnica nº 13/2020/gefap/ggrep/dirad-dipro/dipro da ANS tratou de ações de natureza técnica sobre a dinâmica de regulação dos reajustes das contraprestações dos planos de saúde, apresentando avaliações, por meio de dados, tendo em vista a excepcionalidade do atual momento causado pela pandemia de COVID-19 e seus impactos. Teve o intuito de subsidiar as decisões desse órgão acerca do reajuste financeiro anual de 2020, visando mitigar efeitos provenientes da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional, declarada pelo Ministério da Saúde nos termos do disposto no Decreto nº 7.616, de 17 de novembro de 2011, em decorrência da infecção humana causada pelo coronavírus SARS-CoV2.

Esta nota técnica nº 13/2020 da ANS constatou uma queda da sinistralidade “de 11 pontos percentuais no resultado geral do setor médico-hospitalar, com as maiores quedas sendo notadas nos planos novos com financiamento pré-

estabelecido independentemente do tipo de contratação”. Em relação aos custos, destacou que “o resultado da despesa assistencial foi puxado por uma forte queda no segundo trimestre de 2020, que apresentou variação de -20,4% comparado ao segundo trimestre de 2019, em função da redução na utilização de serviços de saúde diante das medidas de isolamento ou distanciamento social adotadas para o enfrentamento da pandemia de COVID-19”.⁴⁶

Tabela 1. Despesa Assistencial (carteira própria) por Trimestre

Segmento	2019				2020		Variação anual	
	1ºTrim	2ºTrim	3ºTrim	4ºTrim	1ºTrim	2ºTrim	1ºTrim	2ºTrim
Empresarial pré	19,998	21,922	22,490	22,516	21,732	17,553	8.7%	-19.9%
Individual	7,214	7,838	8,179	8,016	7,414	6,402	2.8%	-18.3%
Adesão pré	5,099	5,468	5,514	5,687	5,171	4,263	1.4%	-22.0%
Coletivos pós	3,251	3,472	3,398	3,230	3,500	2,588	7.7%	-25.5%
Antigos	4,463	4,630	4,921	4,666	4,414	3,675	-1.1%	-20.6%
Grand Total	40,025	43,330	44,502	44,115	42,231	34,481	5.5%	-20.4%

De acordo com a nota técnica nº 13/2020 da ANS, a receita agregada de contraprestações emitidas em carteira própria no primeiro semestre totalizou R\$ 108,94 bilhões e cresceu 6,4% em comparação com o mesmo período do ano anterior (Tabela 3), puxada pelos crescimentos em contratos coletivos empresariais com financiamento pré-estabelecido (8,2% de aumento ano contra ano) e contratos individuais ou familiares (8,9% de aumento ano contra ano), propiciando leve aumento na participação destes segmentos no total da receita.

Como resultado, a sinistralidade do primeiro semestre observou queda de 11 pontos percentuais no resultado geral do setor médico-hospitalar, com as maiores quedas sendo notadas nos planos novos com financiamento pré-estabelecido independentemente do tipo de contratação.

⁴⁶ Agência Nacional de Saúde ANS. Processo Nº33910.020902/2020-19. Nota Técnica nº13/2020/GEFAP/GGREP/DIRED-DIPRO/DIPRO. Acessível em: https://sei.ans.gov.br/controlador.php?acao=documento_imprimir_web&acao_origem=arvore_visualizar&id_documento. Data acesso: 21/08/2020.

Tabela 2

Segmento	2019	2020	Variação	2019		2020		Variação anual	
	1ºSem	1ºSem	pts pct	1ºTrim	2ºTrim	1ºTrim	2ºTrim	1ºTrim	2ºTrim
Empresarial pré	79%	68%	-11 pts	76%	81%	76%	61%	0 pts	-21 pts
Individual	74%	62%	-12 pts	71%	77%	67%	58%	-5 pts	-19 pts
Adesão pré	81%	68%	-13 pts	79%	83%	75%	62%	-4 pts	-22 pts
Coletivos pós	99%	93%	-7 pts	98%	101%	96%	89%	-2 pts	-12 pts
Antigos	103%	93%	-9 pts	100%	105%	102%	85%	2 pts	-20 pts
Grand Total	81%	70%	-11 pts	79%	84%	77%	64%	-2 pts	-20 pts

47

No segundo semestre de 2020, a taxa média de sinistralidade dos contratos coletivos empresariais ficou em 61%, o que deveria ser considerado para os reajustes contratuais. Mesmo com a redução do número de 254 mil beneficiários, as operadoras não tiveram impacto negativo em seus resultados financeiros.

É de se reconhecer que face a pandemia existe uma demanda repressada em razão da não utilização no ápice do período de isolamento social. Diante deste cenário, como se portou a população de beneficiários das empresas? Outro problema que poderá elevar os custos em 2021 são as cirurgias eletivas que foram suspensas. O período de suspensão dos reajustes coincide com o período de retomada dos tratamentos, consultas e procedimentos eletivos. Daí a importância do acompanhamento dos gestores de saúde das empresas, porque é neste período que o desequilíbrio contratual poderá acontecer.

Outra pauta de saúde que poderá impactar nos custos assistenciais referem-se as questões relacionadas à saúde mental. Algumas operadoras já se estruturaram para oferecer um serviço direcionado. É o caso da Sul América, por exemplo. Em relação às consultas, o atendimento de telemedicina eclodiu durante a pandemia e movimentou o setor de forma que se mantivesse o número de consultas. Os profissionais e as operadoras se mobilizaram rapidamente a fim de manter ou mesmo não deixar cair por inteiro o número de consultas.

O que ficou acertado no setor é que o reajuste de 2020 foi suspenso de setembro a dezembro e atingiu os planos coletivos empresariais, por adesão e pessoa física. O percentual máximo para os planos pessoa individuais ou familiares

⁴⁷ Agência Nacional de Saúde ANS. Processo N°33910.020902/2020-19. Nota Técnica n°13/2020/GEFAP/GGREP/DIREDDIPRO/DIPRO. Disponível em: https://sei.ans.gov.br/controlador.php?acao=documento_imprimir_web&acao_origem=arvore_visualizar&id_documento=17930294&infra_siste.... Data acesso: 21/08/2020.

ficou em 8,14%. Este reajuste será parcelado em doze vezes. A regra da alteração da faixa etária, é vigente em todos os contratos.

No que se refere ao planos coletivos empresariais, as empresas podem demandar as informações de utilização assim como a performance da sinistralidades mês a mês do ano 2020. Negociar o reajuste considerando a demanda represada é importante, várias empresas negociaram percentual mínimo para acompanhar a utilização no ano seguinte (2021). Judicializar o reajuste regulado pelo setor é enfraquecer o mercado e aprofundar a insegurança e assimetria de informações. Segundo reportagem do O Globo “Plano de saúde: conta mais cara a partir de janeiro, o IDEC (Instituto Brasileira de Defesa do Consumidor) ajuizou ação “para impedir cobrança retroativa até que a Agência Nacional de Saúde Suplementar instalasse uma câmara técnica para discutir o tema, mas o pedido de liminar foi negado.”⁴⁸

Este fato corrobora com a necessidade de se buscar uma solução que possa se conhecer os números e eventos de utilização com transparência e conhecimento técnico. A arbitragem poderá ser este caminho.

⁴⁸ Jornal O GLOBO | Domingo 27 12 2020. *Plano de saúde: conta mais cara a partir de janeiro.* p.29

2. Arbitragem e relações de consumo

2.1.

Sobre arbitragem: conceitos e arbitrabilidade objetiva

A judicialização da saúde levou o Poder Judiciário a um esgotamento na solução dos conflitos decorrentes dos direitos à saúde. O Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 3º autorizou outras formas para a solução e pacificação dos conflitos: “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

O ano de 2015 foi especial para o sistema processual brasileiro. Foram promulgadas a Lei nº13.105/2015 (Código de Processo Civil), a Lei nº13.140/2015 (a Lei de Mediação) e a Lei 13.129/2015 que aperfeiçoou a Lei de Arbitragem. Ficou evidente que para soluções de conflitos, principalmente as demandas de consumo, os métodos alternativos de solução devem ser utilizados de modo prioritário.

Nos termos da Lei 9.307/96, arbitragem é uma técnica extrajudicial por meio da qual um ou mais terceiros, capazes e de confiança das partes, decidem, com base em uma convenção, um conflito que envolve direitos patrimoniais disponíveis, seguindo um processo informado pelo devido processo legal e tendo a sua decisão a mesma autoridade de uma sentença judicial.

Scavone Junior conceitua “arbitragem como o meio privado, jurisdicional e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por sentença arbitral, definida como título executivo judicial e prolatada pelo árbitro, juiz de fato e de direito, normalmente especialista na matéria controvertida.”⁴⁹

O art. 1º da Lei 9.207/1996 estabelece que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” A Lei da Arbitragem determina dois critérios para definição do tipo de litígio que é arbitrável: a patrimonialidade e disponibilidade do direito. Sobre a patrimonialidade do direito, a explanação de Antônio José de Mattos Neto, citado

⁴⁹ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem: mediação e conciliação*. 7ª.Ed. ver. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.p.2

por Nery⁵⁰, esclarece que “o critério de patrimonialidade refere se o direito é passível, ou não de valoração pecuniária.”⁵¹ Observa Nery que a relevância da classificação dos direitos quanto à apreciação econômica reside na condição de transmissibilidade dos direitos patrimoniais e intransmissibilidade dos extrapatrimoniais.

Scavone Jr reforça que a adoção da arbitragem como meio de solução dos conflitos ainda exige a existência dos direitos disponíveis. “A disponibilidade dos direitos se liga, conforme pensamos, à possibilidade de alienação e, demais disso e principalmente, àqueles direitos que são passíveis de transação.”⁵²

Sobre a disponibilidade dos direitos, Antônio José de Mattos Neto leciona que direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode dele dispor, alienando-o; transmitindo por atos *intervivos* ou *causa mortis*; pode também, renunciar ao direito; bem como, o titular pode, ainda transigir sobre o seu direito.⁵³

Quando se busca uma solução para conflitos decorrentes de negociação de reajustes em planos de saúde coletivos empresariais, algumas questões precisam ser enfrentadas, tais como: os direitos relativos à saúde poderiam ser enquadrados na categoria dos direitos patrimoniais disponíveis?

A Constituição Federal em seu Título II, classifica o gênero direitos e garantias fundamentais. A saúde e o trabalho estão presentes como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira, expresso no art. 6º como direitos sociais.⁵⁴ O art. 196 da CFRB/88 afirma que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e

⁵⁰ NERY, Ana Luiza. *Arbitragem Coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.91

⁵¹ ABUD, de acordo com Antônio José de Mattos “Os direitos extrapatrimoniais compreendem o direito à vida, à liberdade, à integralidade física, ao nome, à honra, à intimidade. São direitos que protegem caracteristicamente interesses de natureza moral, não possibilitando ao titular extração de utilidades econômicas, pelo menos em princípio.

Os direitos patrimoniais compreendem os direitos reais, direitos autorais e os pessoais. Estes subdividem-se em direitos de crédito, ou obrigacionais, certos direitos de família e de sucessões. Todos os direitos reais são patrimoniais. Entretanto, há direitos pessoais de natureza extrapatrimonial: os direitos puros de família. Os direitos autorais agrupam os direitos produzidos pelo espírito humano: obra literária, artística, científica, criação de software.”

⁵² SCAVONE JÚNIOR. Op. Cit. p.16

⁵³ NERY, Ana Luiza. *Arbitragem Coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p.93

⁵⁴ CRFB/88. Art. 6º “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Com acesso universal, a saúde é como um diamante multifacetado. A depender de sua lapidação um diamante pode ter até 58 facetas. As facetas são as superfícies planas e polidas dos diamantes, e assim é o direito à saúde com suas diversas faces que proporcionam análises e olhares diferentes. Direito à saúde do idoso, direito a medicamentos, direito à saúde do adolescente e da criança, direito à saúde alimentar, direito a saúde do trabalhador, direito à saúde da mulher, direito à saúde da pessoa com deficiência, financiamento da saúde, direito da saúde suplementar.

Botteon argumenta que “em que pese a saúde ser um bem de caráter não-patrimonial, defender o direito à mesma pode envolver primeiramente direitos patrimoniais e a saúde apenas aparecer como causa profunda do conflito. Assegure-se o direito à saúde por vezes defendendo-a diretamente. Em outros casos, entretanto, defender a saúde implica defesa indireta, especificamente quando a relação principal em discussão é obrigacional e contratual, diga-se econômica.”⁵⁵

Solucionar os conflitos de contratos de planos de saúde entre operadoras e empresas tem como objetivo, não a vedação ao acesso a saúde, mas a viabilidade de uma solução no preço que viabilize a manutenção do contrato.

A Reforma Trabalhista incluiu a arbitragem como meio de solução de conflitos trabalhistas. A Lei nº13.467, de 13 de julho de 2017, inseriu o art. 507-A na Consolidação da Leis do Trabalho que autoriza a arbitragem para os contratos individuais de trabalho que tenham remuneração superior a duas vezes o limite máximo do benefício do Regime Geral da Previdência Social.⁵⁶

Ao se questionar sobre a indisponibilidade dos direitos trabalhistas submetidos à arbitragem Romita, citado por Roque, esclarece: “embora a CLT estabelece a sua irrenunciabilidade pelo empregado, seus efeitos ou consequências de ordem patrimonial são suscetíveis de apreciação econômica e plenamente disponíveis.”⁵⁷ Quando um empregado postula, por exemplo, o recebimento de

⁵⁵ BOTTEON, Lissandra Christine **Arbitragem e direito à saúde**: Possibilidade e eficácia de uso do método arbitral para garantir o direito constitucional à saúde

⁵⁶ Consolidação da Legislação Trabalhista – CLT. Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁵⁷ ROMITA, Arion Sayão. *Meios alternativos de solução de dissídios trabalhistas*, Revista de Direito do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, n.60jul/dez.p.66,2004

terminada verba que não lhe foi paga ou indenização pelo descumprimento de norma da CLT, não se está decidindo direito trabalhista em si mesmo, mas sua repercussão patrimonial e a quantificação do valor efetivamente devido ao trabalhador, sendo este interesse francamente disponível.⁵⁸

A arbitrabilidade subjetiva relaciona-se a capacidade das partes, enquanto a objetiva significa que podem ser solucionadas por arbitragem as questões referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis. Sugerir a arbitragem para solucionar o problema proposto, não é violar um direito indisponível, mas buscar os efeitos e consequências que decorrem do desequilíbrio do contrato que permite acesso ao direito à saúde.

2.2.

Arbitragem e a legislação aplicável a relações de consumo relativas ao direito de saúde no Brasil.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXXII diz que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.” Essa proteção se efetivou através do Código de Defesa do Consumidor. Nunes, em resgate histórico, nos ensina que “uma lei de proteção ao consumidor pressupõe entender a sociedade a que nós pertencemos.”⁵⁹ Esse é o desafio que se apresenta nesse momento: compreender uma sociedade em transição demográfica, marcada pela inovação digital e indústria 4.0, pandêmica e com novas estruturas de consumo. A transição populacional vem com a onda “geração prateada” que alterou a pirâmide demográfica e intensificou novos consumos para uma população acima de 60 anos.

Considerar a legislação aplicada às relações de consumo pressupõe o entendimento que os consumidores chegam nessa relação com uma proteção própria. Desse modo, temos os idosos protegidos pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), as pessoas com deficiência pela Lei 13.146/2015, as crianças e os adolescentes pela Lei 8.069/1990. É como se tivéssemos camadas de proteção, a começar pelo manto constitucional.

⁵⁸ ROQUE, André Vasconcelos. A Arbitragem de Dissídios Individuais após a Reforma Trabalhista: limites e possibilidades. In: TUPINAMBÁ, Carolina (Coord.). *Soluções de Conflitos Trabalhistas: novos caminhos*. São Paulo: LTr, 2018.

⁵⁹ NUNES, Rizzatto. *Curso de Direito do Consumidor*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P.41

O art. 4º da Lei nº8.078/1990 afirma que “a Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo.”⁶⁰

O Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) é órgão que congrega os Procons, Ministério Público, Defensoria Pública e entidades civis de defesa do consumidor, que atuam de forma articulada e integrada com a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon). É através dele que as políticas de consumo são efetivadas.

Atualmente a SENACON⁶¹, através do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor desenvolve estudo e discussão para implantação da arbitragem nas relações de consumo. “Foram realizadas quatro Audiências Públicas da Comissão de Métodos Alternativos de Solução de Litígios:

- 08/03/2021: 1ª Audiência Pública sobre Melhoria da Autocomposição e da Conciliação nos conflitos de consumo;
- 05/04/2021: 2ª Audiência Pública sobre a participação de facilitadores e o uso de plataformas do tipo *Online Dispute Resolution* (ODR) na solução alternativa de conflitos de consumo no Brasil: princípios e proposições para fornecedores e Poder Público.
- 26/04/2021: 3ª Audiência Pública sobre a solução de conflitos de consumo no sistema de justiça brasileiro: proposições para consumidores, fornecedores e Poder Público.
- 03/05/2021: 4ª Audiência Pública sobre Arbitragem nos conflitos de consumo e a atualização do Código de Defesa do Consumidor: proposições para consumidores, fornecedores e Poder Público.⁶²

⁶⁰ BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 1990.

⁶¹ Disponível em: « <https://www.defesadoconsumidor.gov.br/portal/ultimas-noticias> » Acessível em 13/09/2021 Agenda extraída do site como fonte primária como de apresentar o movimento de instituição da arbitragem na relação de consumo.

⁶² Disponível em: « <https://www.defesadoconsumidor.gov.br/portal/ultimas-noticias> » Acesso em 13/09/2021.

A Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) contratou uma consultoria que elaborou uma pesquisa em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD): a pesquisa PNUD sobre Avaliação da Viabilidade do Uso da Mediação e da Arbitragem no âmbito do Direito do Consumidor. Foi este documento que serviu de base para a discussão da 4ª Audiência Pública da Comissão de Métodos Alternativos de Solução de Litígios.⁶³ A partir da análise desse estudo internacional comparado, a consultoria apresentou como proposta “a operacionalização de um sistema para a resolução extrajudicial de conflitos consumeristas” através da utilização da plataforma Consumidor.gov.br.

A plataforma *Consumidor.gov.br* é um serviço público e gratuito que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução alternativa de conflitos de consumo pela internet. Esta plataforma tem entre seus principais objetivos: ampliar o atendimento aos consumidores, incentivar a competitividade pela melhoria da qualidade de produtos, serviços e do relacionamento entre consumidores e empresas, aprimorar as políticas de prevenção de condutas que violem os direitos do consumidor e fortalecer a promoção da transparência nas relações de consumo.⁶⁴ É obrigatório o cadastramento da empresa no site para receber uma reclamação. Dentre os segmentos de mercados, as operadoras de planos de saúde participam desta plataforma. As principais estão cadastradas, entre elas: Amil, Bradesco Saúde, Qualicorp (administradora de benefícios), Sul América Saúde e Sistema Unimed. Podemos dizer que há uma pré-disposição das empresas pelas vias alternativas de soluções de conflito.

A ideia é para que “se torne uma plataforma mais completa, oferecendo um mecanismo faseado para resolver a disputa, além da negociação direta entre as partes, já implementada pelo site. A recomendação é que “o Consumidor.gov.br se torne uma plataforma multiportas para a resolução dos conflitos consumeristas, estabelecendo um processo que se inicia com (2.2.1) a negociação direta que, caso não resultasse em acordo, seria seguida por uma série de opções a serem ofertadas ao consumidor, quais sejam, (2.2.2) a mediação, (2.2.3) o Procon, (2.2.4) os Centros

⁶³ Disponível em: « <https://www.defesadoconsumidor.gov.br/portal/ultimas-noticias> » Acesso em 13/09/2021

⁶⁴ Disponível em: « <https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/1> ». Acesso em 13/09/2021.

de Arbitragem e (2.2.5) o Poder Judiciário, por meio do PJe, como opções alternativas ao consumidor.”⁶⁵

Nesta audiência pública, foram ouvidas a opinião de professores renomados como também representantes de consumidores e fornecedores. A Professora Cláudia Lima Marques considerou a proposta inconstitucional por entender que as alterações sugeridas por decreto fere o art.5º, inciso XXXII já que se trata de uma reserva legal. Considera que não resolverá as demandas coletivas e não permitirá fiscalização pelo Ministério Público. No mesmo sentido, se posicionou a Professora Laura Schertel ao afirmar que a verdadeira pacificação está na homocomposição e não na heterocomposição. Apontou que nos termos do relatório a arbitragem é sigilosa, privada, vinculante eis que o consumidor não poderá depois procurar o judiciário e é custeada pelo fornecedor. Essa característica dessa arbitragem tem três problemas principais: o primeiro diz respeito a uma questão de constitucionalidade e legalidade. Como essa arbitragem poderá proteger o consumidor? O segundo ponto falho é que não partiu de um diagnóstico de um sistema do consumidor e o terceiro é o problema de incentivos que poderá colocar em cheque todo o sistema do consumidor. Será que os fornecedores terão interesses na autocomposição nos DECON tendo a alternativa da arbitragem?

Além disso, foi pontuado por Luís Fernando Miranda (defensor público de SP) que o estudo não realizou o diagnóstico da atual situação no Brasil e ignorou a política pública baseada em evidência. O Dr. Augusto Barbosa (CEPC/OAB) se posicionou como contrário a proposta, e ressaltou que ela não fornece acesso ao advogado pela plataforma consumidor.gov., destacando que a proposta é voltada ao interesse dos fornecedores.

Pelos fornecedores foram ouvidos os representantes da ABRAS (Dr. Maurício Ungari da Costa), Confederação Nacional do Comercio - CNC(Dra. Jacqueline Lippi) e da Confederação Nacional dos Seguros – CNSeg (Dr. Sillas Rivelle Júnior). Os argumentos são pró-arbitragem, portanto, favoráveis a proposta. Os principais argumentos são: o consumidor está migrando para relações de consumo precárias na medida que consome nas mais diversas plataformas,

⁶⁵ PNUD sobre Avaliação da Viabilidade do Uso da Mediação e da Arbitragem no âmbito do Direito do Consumidor. Disponível em: «<https://www.defesadoconsumidor.gov.br/portal/ultimas-noticias/1801-audiencia-publica-sobre-a-solucao-de-conflitos-de-consumo>». Acesso em: 16/09/2021

preocupação com relação e satisfação do consumidor, a diversidade de consumidores, inclusive pessoas jurídicas com todos os tipos de negócios, interdependências de valores e necessidades. Além disso, foi argumentado que mais importante do que não permitir a resolução por arbitragem é informar e educar os consumidores com relação as possibilidades de soluções de conflitos.

A proposta da Senacon é diferente da proposta deste trabalho que se concentra na arbitragem como solução de conflito entre pessoas jurídicas na relação contratual de planos de saúde empresariais com mais de trinta beneficiários. O Superior Tribunal de Justiça definiu na Súmula 608 que "aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão."

Scavone Júnior ao analisar a possibilidade de arbitragem em relação de consumo afirma que, "nos termos da lei, não pode ser imposta a arbitragem ao consumidor presumidamente (presunção relativa) a parte vulnerável da relação jurídica seja essa vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica."⁶⁶ O objetivo da lei é proteger o consumidor vulnerável que poderia ser obrigado a aceitar a cláusula arbitral.

A possibilidade da arbitragem, tal qual delineada na Lei 9.307/96, no âmbito das relações de consumo requer a compatibilização dos seguintes dispositivos legais: art. 51 inciso VII do Código de Defesa do Consumidor e art. 4º § 2º da Lei da Arbitragem. O CDC veda apenas a utilização **compulsória** da arbitragem, o que não obsta o consumidor de eleger o procedimento arbitral como via adequada para resolver eventuais conflitos surgidos frente ao fornecedor.

O art. 51 inciso VII do CDC afirma que "são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: **VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem.**"

A Lei de Arbitragem, em seu art. 4º § 2º, autorizou sua utilização em contratos de adesão.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

⁶⁶ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem: mediação e conciliação*. 7ª.Ed. ver. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.p.25

§ 2º Nos **contratos de adesão**, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Tepedino, citado por Henrici, observa que no contrato de adesão “o oblato não ostenta poder de barganha que lhe permita substancialmente modificar os termos do contrato.”⁶⁷ Nesse sentido, Henrici e Araújo complementam que se a consensualidade faz parte da essência da arbitragem “seria incompatível com a sua natureza que uma das partes, ao simplesmente aderir a um contrato, se vinculasse a essa forma de resolução de disputas, renunciando à jurisdição estatal quanto ao conhecimento de eventuais litígios surgidos em relação ao contrato.”⁶⁸

O Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Nº1.169.841 - RJ (2009/0239399-0) de relatoria da Ministra Nancy Andrichi considerou compatíveis os normativos do CDC e da Lei de Arbitragem. “Na realidade, com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes; (ii) a regra específica, aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, incidente sobre contratos sujeitos ao CDC, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96.”⁶⁹

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR.
CONTRATO DE ADESÃO. CONVENÇÃO DE
ARBITRAGEM. LIMITES E EXCEÇÕES. ARBITRAGEM
EM CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO.
CABIMENTO. LIMITES. 1. Com a promulgação da Lei de

⁶⁷ ABUD, TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. V.II, p.24-25. IN: HENRICI, Ricardo Loreretti; Araújo, Lucas Mayal M.de; *Relações de Consumo, Contratos de Adesão e Arbitragem*. A Reforma da Arbitragem. Coordenação Leonardo de Campos Melo, Ricardo Rezende Benuduzi. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁶⁸ HENRICI, Ricardo Loreretti; Araújo, Lucas Mayal M.de; *Relações de Consumo, Contratos de Adesão e Arbitragem*. A Reforma da Arbitragem. Coordenação Leonardo de Campos Melo, Ricardo Rezende Benuduzi. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p.467

⁶⁹ Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1169841 RJ 2009/0239399-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 06/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2012

Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96.2. O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral.3. As regras dos arts. 51, VIII, do CDC e 34 da Lei nº 9.514/97 não são incompatíveis. Primeiro porque o art. 34 não se refere exclusivamente a financiamentos imobiliários sujeitos ao CDC e segundo porque, havendo relação de consumo, o dispositivo legal não fixa o momento em que deverá ser definida a efetiva utilização da arbitragem.4. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp: 1169841 RJ 2009/0239399-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 06/11/2012, - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2012)⁷⁰

Em 01/03/2016 o Superior Tribunal de Justiça examinou a matéria no REsp 1.189.050 / SP em relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão em caso de contrato de adesão de financiamento imobiliário com convenção de arbitragem. Nesse julgado, a cláusula compromissória foi considerada ineficaz já que “não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer das exceções que afastariam a jurisdição estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor - não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor.”

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR.
CONTRATO DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO.
CONTRATO DE ADESÃO. CONVENÇÃO DE
ARBITRAGEM. POSSIBILIDADE, RESPEITADOS
DETERMINADAS EXCEÇÕES. 1. Um dos nortes a guiar a
Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o
incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de

⁷⁰ STJ - REsp: 1169841 RJ 2009/0239399-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 06/11/2012, - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/20

conflitos de consumo (CDC, art. 4º, § 2º), inserido no contexto de facilitação do acesso à Justiça, dando concretude às denominadas "ondas renovatórias do direito" de Mauro Cappelletti. 2. Por outro lado, o art. 51 do CDC assevera serem nulas de pleno direito "as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem". A mens legis é justamente proteger aquele consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, a não se ver compelido a consentir com qualquer cláusula arbitral. 3. Portanto, ao que se percebe, em verdade, o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva. 4. Com a mesma ratio, a Lei n. 9.307/1996 estabeleceu, como regra geral, o respeito à convenção arbitral, tendo criado, no que toca ao contrato de adesão, mecanismos para proteger o aderente vulnerável, nos termos do art. 4º, § 2º, justamente porque nesses contratos prevalece a desigualdade entre as partes contratantes. 5. Não há incompatibilidade entre os arts. 51, VII, do CDC e 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96. **Visando conciliar os normativos e garantir a maior proteção ao consumidor é que entende-se que a cláusula compromissória só virá a ter eficácia caso este aderente venha a tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, ou concorde, expressamente, com a sua instituição,** não havendo, por conseguinte, falar em compulsoriedade. Ademais, há situações em que, apesar de se tratar de consumidor, não há vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção. 6. Dessarte, a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura da arbitragem pelo polícitante depende da ratificação expressa do oblato vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão. Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória. 7. Assim, é possível a cláusula arbitral em contrato de adesão de consumo quando não se verificar presente a sua imposição pelo fornecedor ou a vulnerabilidade do consumidor, bem como quando a iniciativa da instauração ocorrer pelo consumidor ou, no caso de iniciativa do fornecedor, venha a concordar ou ratificar expressamente com a instituição, afastada qualquer possibilidade de abuso. 8. Na hipótese, os autos revelam contrato de adesão de consumo em que fora estipulada cláusula compromissória. Apesar de sua manifestação inicial, a mera propositura da presente ação pelo consumidor é apta a demonstrar o seu desinteresse na adoção da arbitragem - não haveria a exigível ratificação posterior da cláusula -, sendo que o recorrido/fornecedor não aventou em sua defesa qualquer das exceções que afastariam a jurisdição

estatal, isto é: que o recorrente/consumidor detinha, no momento da pactuação, condições de equilíbrio com o fornecedor - não haveria vulnerabilidade da parte a justificar sua proteção; ou ainda, que haveria iniciativa da instauração de arbitragem pelo consumidor ou, em sendo a iniciativa do fornecedor, que o consumidor teria concordado com ela. Portanto, é de se reconhecer a ineficácia da cláusula arbitral. 9. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1189050 SP 2010/0062200-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 01/03/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2016 RSTJ vol. 243 p. 619)⁷¹

A jurisprudência do STJ é de que é possível cláusula de arbitragem em contrato de adesão na relação de consumo desde que sejam observados os requisitos da validade desta cláusula arbitral e que a iniciativa seja da parte aderente. “A regra da nulidade da norma da cláusula arbitral, que determinar a utilização compulsória da arbitragem pode sofrer exceções em razão da vulnerabilidade jurídica do consumidor.” Como tão bem explicou a ministra Maria Isabel Gallotti no **AgInt no Agravo em Recurso Especial Nº 1.152.469 - GO** o legislador, inspirado na proteção do hipossuficiente, reputou prejudicial a prévia imposição de convenção de arbitragem, por entender que, usualmente, no ato da contratação, o consumidor carece de informações suficientes para que possa optar, de maneira livre e consciente, pela adoção dessa forma de resolução de conflitos.”⁷²

AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. LEGALIDADE. PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E DE PROVA. SÚMULAS N. 5 E 7/STJ. 1. A legislação consumerista impede a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não proíbe que, posteriormente, em face de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. Precedentes. 2. Recurso especial cuja pretensão demanda reexame de cláusulas contratuais e de matéria fática da lide, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ. 3. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - AgInt no AREsp: 1152469 GO 2017/0202662-4, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento:

⁷¹ Superior Tribunal de Justiça - REsp: 1189050 SP 2010/0062200-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 01/03/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2016 RSTJ vol. 243 p. 619

⁷² Superior Tribunal de Justiça - AgInt no AREsp: 1152469 GO 2017/0202662-4, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 08/05/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/05/2018

08/05/2018, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/05/2018).

O Superior Tribunal de Justiça tem examinado situações referente a compra e venda de imóvel, mas no REsp: 1602076 SP o caso foi de contrato de franquia, e foi aplicada a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA "PATOLÓGICA". ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO. 1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico. 3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. 4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que prima facie é identificado um compromisso arbitral "patológico", i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral. 5. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1602076 SP 2016/0134010-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/09/2016, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/09/2016 RMPRJ vol. 63 p. 285 RSTJ).

Ribeiro em estudo sobre arbitragem nas relações de consumo, identificou as seguintes vantagens: rapidez da solução arbitral, árbitro especialista na matéria sobre o qual versa o litígio. Em relação ao sigilo, entende que este é mais favorável ao fornecedor, “pois eventual conduta desconforme a boa-fé não será divulgada e outros consumidores estarão suscetíveis a mesma lesão.”⁷³ Na sua opinião, os litígios de pequena monta e menor complexidades podem ser adequadamente resolvidos nos Juizados Especiais. Por outro lado, considera que a arbitragem poderá ser útil

⁷³ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Arbitragem nas Relações de Consumo*. Curitiba: Juruá, 2006. p.191

quando o litígio for de elevado valor, alta complexidade demandando conhecimento técnico para questão e o litigante consumidor for pessoa jurídica.

Concordamos com Ribeiro em relação as vantagens apontadas. No que se refere a confidencialidade, identificamos que para a natureza do assunto discutido é fundamental em razão da exigência legal e da Lei Geral de Proteção de Dados. Além disso, o processo arbitral ao permitir o acesso e análise das informações contribui para a diminuição na assimetria de informações entre as operadoras de planos de saúde e as empresas consumidoras.

A proposta de Moraes, através de estudo comparado realizado a partir da experiência portuguesa e espanhola, é a de que “a solução dos litígios individuais de consumo deve ser levada a efeito com observância de elementos fundamentais: qualidade e celeridade. E a experiência nos mostra que estes elementos estão presentes nos Tribunais Arbitrais de Consumo Europeus.”⁷⁴ Este é um ponto de vista que se aproxima da proposta da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), contudo para questões individuais compartilhamos da opinião de que o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) tem atendido a maior parte das demandas de consumo através da conciliação e mediação.

2.3.

Cláusula arbitral em contratos coletivos de plano de saúde empresarial com mais de 30 vidas.

Quando se fala na possibilidade de se introduzir uma cláusula arbitral para solução de litígios em reajustes de planos coletivos empresariais, é preciso considerar as seguintes premissas: primeira por ser um contrato de adesão, os beneficiários não participam da negociação do reajuste. Segunda, a negociação ou melhor, eventual disputa arbitral não impede o acesso ao direito a saúde. Como já mencionado, a cláusula arbitral deve ser interpretada de forma restritiva nos contratos de consumo, sobretudo quando de adesão, e ela tem sido afastada pela jurisprudência se imposta previamente e de forma arbitrária.

⁷⁴ MORAES, Márcio André Medeiros. *Arbitragem nas Relações de Consumo*. 1ª Ed. 6ª reimpressão. Curitiba: Juruá editora, 2011.

O Art. 3º da lei de arbitragem afirma que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.” Essa solução é decorrente da vontade das partes. No caso em estudo, seria convencionado pelas partes que na hipótese de eventual conflito na negociação do reajuste a solução seria por arbitragem. Isso porque outras demandas que atingem o maior número de reclamações no poder judiciário, como negativa de cobertura de procedimentos, internações, medicamentos atingem diretamente o beneficiário em um caráter individual.

Para Scavone Júnior, “o que caracteriza uma cláusula arbitral é o momento de seu surgimento: anterior a existência do conflito.”⁷⁵ Nesse sentido, é recomendável que a Agência Nacional de Saúde Suplementar elabore uma Resolução Normativa para os procedimentos arbitrais na hipótese de conflitos orientando as empresas na elaboração de uma boa cláusula de arbitragem como também validando as câmaras arbitrais credenciadas na ANS para a solução dos conflitos de reajustes. Além disso, a Agência Nacional de Saúde Suplementar poderá disponibilizar através de *link* em seu site os regulamentos de cada entidade para que as empresas possam conhecer as regras de procedimento arbitral de cada câmara como os seus custos, antes de optarem pela arbitragem.

Segundo Muniz a arbitragem possui as seguintes vantagens: especialização, rapidez, irrecorribilidade, informalidade e confidencialidade. A especialidade refere-se ao fato de a arbitragem poder proporcionar árbitros dentro do setor que possam ser especialistas na sua indústria ou na matéria específica. A participação de médicos auditores na análise das despesas assistenciais faz toda a diferença na verificação da pertinência ou não da sinistralidade e por consequência do percentual de reajuste proposto pela operadora do plano de saúde.

De acordo com o art. 4º da Lei 9.307/96, “a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. A forma de redação da cláusula é orientada pelos parágrafos do art. 4º, já mencionados:

⁷⁵ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem: mediação e conciliação*. 7ª.Ed. ver. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.p.89

“§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada **por escrito**, podendo estar inserta no próprio contrato **ou em documento apartado** que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que **por escrito em documento anexo ou em negrito**, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.”

Considerando que o contrato de plano de saúde é um contrato de adesão, registrado na ANS, a melhor opção é que a cláusula arbitral seja feita em um anexo. Muniz sugere que “a cláusula arbitral fique em um anexo com assinatura das partes, e que haja opção para o aderente assinar outra versão do anexo, que não preveja arbitragem de modo a ficar claro o consentimento. De qualquer forma, recomenda-se que o proponente da arbitragem registre as tratativas que levaram a assinatura do contrato com cláusula compromissória, para se necessário, demonstrar a discussão sobre o tema.”⁷⁶

Muniz considera que a cláusula arbitral corresponde a um dos dispositivos mais relevantes de um contrato, apesar de muitas vezes não merecer a devida atenção dos advogados.⁷⁷ A redação da cláusula compromissória requer alguns elementos conforme se observa nos artigos 10 e 11 da Lei 9.307/96.⁷⁸ A cláusula

⁷⁶ MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Visão Prática da Elaboração da Cláusula Arbitral*. In *Práticas de Arbitragem: técnicas, agentes e mercados*. 2ed. Rio de Janeiro: Curso Prático de Arbitragem, 2020. p.22

⁷⁷ MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Visão Prática da Elaboração da Cláusula Arbitral*. In *Práticas de Arbitragem: técnicas, agentes e mercados*. 2ed. Rio de Janeiro: Curso Prático de Arbitragem, 2020. p.4

⁷⁸ BRASIL. Lei Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*, de 24 setembro de 1996.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

arbitral cheia é a que contém os requisitos do art. 10 da Lei de Arbitragem. Ela possui as regras aplicáveis para constituir o Tribunal Arbitral: o número de árbitros, idioma da arbitragem, local da arbitragem, regras de direito aplicáveis à arbitragem, ao mérito da disputa/contrato e à cláusula compromissória.

Na opinião de Muniz, uma boa cláusula arbitral se fundamenta em três pilares: “(1) expressão clara de escolha da arbitragem como de solução de litígios, (2) escolha de regras e instituição administradora independente, capaz e com custo compatível e, (3) determinação de local com jurisprudência favorável.” Ele ainda acrescenta outros elementos que também são mencionados nos arts. 10 e 11, como por exemplo, lei aplicável, prazo para prolação de sentença, arbitragem expedita, árbitro de emergência e responsabilidade por custas e despesas.⁷⁹

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

⁷⁹ MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Visão Prática da Elaboração da Cláusula Arbitral*. In *Práticas de Arbitragem: técnicas, agentes e mercados*. 2ed. Rio de Janeiro: Curso Prático de Arbitragem, 2020. p.5

3. A possibilidade de arbitragem como solução de conflitos em planos coletivos empresariais

3.1.

As soluções existentes: mediação e processo judicial

Reportagem do Jornal Folha de São Paulo de 19/09/2021 afirma que a judicialização na saúde teve aumento de 391% em uma década. “Entre os julgados em segunda instância em 2021, 60,4% das decisões estão relacionadas a exclusões de coberturas ou negativas de tratamentos —o segundo motivo com mais expressão envolve reclamações sobre reajustes de mensalidades, de sinistralidade ou de aumentos em contratos coletivos (20,9% das decisões).⁸⁰

O princípio constitucional do acesso à justiça é um direito fundamental previsto no inciso XXXV do Artigo 5º da Constituição Federal de 1988⁸¹. O Código de Processo Civil no seu art. 3.º e parágrafos ressalta a arbitragem, conciliação e mediação como meios alternativos de resolução de conflitos. As técnicas de composição de conflitos podem ser através da heterocomposição e da autocomposição. O artigo 334 do CPC previu o instituto da audiência de conciliação e mediação inicial como método alternativo de resolução das demandas propostas à apreciação do Poder Judiciário.

A Lei de mediação estabelece no art. 3º que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.”

A Agência Nacional de Saúde atua na intermediação de conflitos entre beneficiários e operadoras através de um procedimento denominado Notificação de Intermediação Preliminar (NIP).⁸² “A partir de uma reclamação registrada na

⁸⁰ BERGAMO, Mônica. *Judicialização contra planos de saúde em SP cresce 391% em uma década*. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2021/09/judicializacao-contra-planos-de-saude-em-sp-cresce-391-em-uma-decada.shtml>. Acesso em 21/09/2021.

⁸¹ Constituição Federal: Art. 5º, inciso XXXV Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁸² A Resolução Normativa – RN Nº388 de 25/11/2015 dispõe sobre os procedimentos adotados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS para a estruturação e realização de suas ações fiscalizadoras.

Agência, uma notificação automática é encaminhada à operadora responsável, que tem até 5 dias úteis para resolver o problema do beneficiário nos casos de não garantia da cobertura assistencial, e 10 dias úteis para as demandas não assistenciais.”⁸³ Segundo a ANS, “até outubro de 2020, a NIP alcançou **93,3% de resolatividade**, considerando todas as demandas cadastradas na ANS no período que foram passíveis de mediação.” O esforço da Agência Nacional de Saúde evitou a judicialização, mas mesmo assim o número de demandas permanece elevado.

Jobin e Santana destacam três dentre as principais fontes das centenas de milhares de ações que atualmente tramitam no Poder Judiciário brasileiro: as regras para manutenção da condição de beneficiário, a extensão e os limites da cobertura.

Existem diferentes regimes e tipos de contratação no mercado da saúde suplementar. Muitas ações decorrem da diferenciação de regras entre planos individuais ou familiares e planos coletivos, sejam eles empresariais ou por adesão. Cada tipo de contratação conta com variações que definem diferentes regras para questões centrais como, por exemplo, a extinção do vínculo e as hipóteses de manutenção de benefícios.(...) Um segundo ponto que gera acentuada judicialização diz respeito à extensão, limites e negativas de cobertura assistencial. Em terceiro lugar, merecem menção os litígios decorrentes dos reajustes, notadamente àqueles referentes aos planos coletivos, que atualmente apresentam maior representatividade na cobertura quando comparado aos planos individuais e

Art. 5º O procedimento da Notificação de Intermediação Preliminar – NIP consiste em um instrumento que visa à solução de conflitos entre beneficiários e Operadoras de planos privados de assistência à saúde - operadoras, inclusive as administradoras de benefícios, constituindo-se em uma fase pré-processual.

Parágrafo único. A NIP é classificada em:

I - NIP assistencial: a notificação que terá como referência toda e qualquer restrição de acesso à cobertura assistencial; e

II - NIP não assistencial: a notificação que terá como referência outros temas que não a cobertura assistencial, desde que o beneficiário seja diretamente afetado pela conduta e a situação seja passível de intermediação.

Art. 6º Todas as demandas que se enquadrem nas definições do parágrafo único do art. 5º recebidas pela ANS por quaisquer de seus canais de atendimento serão automaticamente registradas no procedimento da NIP.

§ 1º São consideradas demandas de reclamação aquelas em que o beneficiário ou seu interlocutor relate o descumprimento de normas legais, regulamentares ou contratuais obrigatórias por parte de operadora.

⁸³ Disponível em <<https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/beneficiario/entenda-o-reajuste-dos-planos-de-saude>>. Acesso 21/09/2021

familiares, que possuem regras mais rígidas impostas pela ANS.⁸⁴

3.2.

Principais pontos a serem considerados em um procedimento arbitral em reajuste de planos de saúde

O Código de Processo Civil afirma em seu art. 22, inciso II que “compete ainda a autoridade judiciária brasileira processar e julgar ações decorrente de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil.” O Art.42 do CPC, por sua vez, afirma que “as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.”

A possibilidade da arbitragem em relação de consumo foi abordada no item 2.2, e concluímos que há possibilidade desde que sejam observados os requisitos de validade da cláusula compromissória. O aparente conflito normativo do art.51 do CDC e o art.4º, §2º da Lei 9.307/1996 foi superado pelo STJ.

A arbitragem tem como uma das vantagens a liberdade concedida para determinar as regras procedimentais conforme estipulado no art. 21 da Lei de Arbitragem.⁸⁵ Não é objetivo desse trabalho aprofundar no procedimento arbitral, mas destacar pontos que podem contribuir para a tomada de decisão pela arbitragem em conflitos de contratos de planos de saúde celebrados por pessoas jurídicas que tenham mais de 30 beneficiários.

A celeridade é uma das vantagens da arbitragem. As operadoras e seguradoras de planos de saúde iniciam o processo de negociação de reajuste com o envio da carta de reajuste 60 dias antes da data base, que é o aniversário do

⁸⁴ JOBIM, Candice Lavocat Galvão. SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. *Judicialização da saúde*. Judicialização da saúde / organizadores Marco Villas Boas, José Cechin. Palmas: Editora Esmat, 2020. p.153

⁸⁵ Lei 9.307/1996. Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

contrato. Os percentuais de reajuste aplicados aos planos coletivos, independentemente da data da celebração do contrato, devem ser comunicados à ANS até trinta dias após a sua cobrança. Esse é um processo de negociação que tem um prazo estimado. Quando discutido na justiça, as partes acabam aplicando um valor de percentual menor ou maior, e vão discutir a diferença. Com frequência tem no judiciário ações pedindo o reembolso das diferenças dos reajustes considerados abusivos pela parte contratante.

Nesse sentido, o tempo de decisão se torna uma vantagem para as partes. Uma das vantagens da sentença arbitral é a sua brevidade em relação a sentença judicial. Discutir reajustes de planos coletivos empresariais na justiça traz desvantagens em relação ao tempo. As empresas possuem políticas diferenciadas em relação à concessão do benefício da assistência médica. A maior parte não custeia o plano de saúde dos dependentes. Uma decisão desfavorável retroativa do reajuste possibilitaria uma cobrança em uma única parcela no contracheque do empregado, a não ser que a empresa arcasse com esta diferença. A ANS estabelece prazo para as operadoras e seguradoras de plano de saúde fornecer o percentual de aumento do plano para ser validado pela agência.

Outro ponto relevante, que é o cerne deste trabalho, é a questão da prova relativa as despesas assistenciais que vão impactar no índice de sinistralidade, bússola do percentual de reajuste a ser aplicado.

No poder judiciário, a principal prova utilizada pelas operadoras e seguradoras de planos de saúde tem sido a perícia atuarial. O Superior Tribunal de Justiça apreciará o **Tema 1016** - REsp nº 1716113 / DF (2017/0326975-2) autuado em 15/12/2017. O assunto trata a) da validade de cláusula contratual de plano de saúde coletivo que prevê reajuste por faixa etária; e b) do ônus da prova da base atuarial do reajuste.

Com todo respeito ao STJ, defendemos que a perícia atuarial não é o único e nem melhor meio de prova para se comprovar se o percentual de reajuste proposto pela operadora do plano de saúde é adequado ou abusivo.

A ciência atuária, entre outras coisas, investiga o risco a partir da matemática de probabilidade. “Para as ciências atuariais, todo risco é passível de medição e a estatística possui as ferramentas para medir sua grandeza. As

probabilidades são uma dessas ferramentas.”⁸⁶ Cordeiro Filho ensina que “risco é um acontecimento aleatório e se for passível de medição e é um acontecimento incerto e futuro que não depende da vontade de ninguém e não obedece a nenhuma lei da natureza, poderá ser segurável. O sinistro é a realização do risco.

No caso dos planos de saúde, o sinistro corresponde ao total das despesas assistenciais composta pelos seguintes indicadores: consultas, exames, procedimentos e internação. As contas hospitalares são as de valores mais expressivo e de maior impacto na taxa de sinistralidade.

Na saúde suplementar, as principais orientações para precificação e atuária são as Nota Técnica RDC-28 da ANS e a Resolução Normativa Nº 63. O item 3 do Anexo II da RDC-28 apresenta os principais itens de despesa:

- 1 – **Diárias:** despesas hospitalares com hotelaria, incluindo as despesas com enfermagem nutrição, berçário e acompanhante
- 2 - **Diárias UTI:** despesas com hotelaria quando o paciente ficar internado em unidade de tratamento intensivo, incluindo as despesas com enfermagem e nutrição.
- 3 **Taxas Hospitalares:** despesas com a utilização de materiais, de equipamentos, de ambientes e de insumos necessários ao atendimento ao paciente.
- 4 - **Consultas Médicas:** despesas com honorários decorrentes de consultas médicas, de caráter eletivo ou emergencial, realizadas por profissional habilitado pelo Conselho Regional de Medicina, em consultório e/ou ambulatório.
- 5 - **Outros Honorários Médicos e de Outros Profissionais da Saúde:** despesas com honorários médicos e de outros profissionais que participam da atenção ao paciente (enfermagem, fonoaudiologia, psicologia, nutrição, fisioterapia) durante a internação hospitalar.⁸⁷

Para a precificação dos produtos, a operadora deverá elaborar uma Nota Técnica de Registro de Produto (NTRP) conforme determinado pela regulamentação da ANS. Segundo Cordeiro Filho, para cada tipo de seguro é necessário uma análise técnica e uma metodologia para se chegar aos prêmios que serão cobrados. Há dois tipos de notas técnicas: a “por ofício” que é enviada por escrito ao órgão regulador, e nota técnica que deve ser enviada eletronicamente via

⁸⁶ FILHO, Antônio Cordeiro. Cálculo atuarial aplicado: Teoria e aplicações, exercícios resolvidos e propostos. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.

⁸⁷ Agência Nacional de Saúde Suplementar. Nota Técnica RDC-28 Resolução nº 28 de 26/06/2000 / ANS - (D.O.U. 28/06/2000)

Internet na forma e conteúdo dos programas disponibilizados pela Agência Nacional de Saúde.

No cálculo das despesas assistenciais considera-se: número de expostos, número de eventos, frequência de utilização, total de despesas assistenciais, valor médio do item de despesas assistenciais e despesas assistenciais por expostos.⁸⁸ Um banco de informações se desenvolve para cada tipo de despesa.

Em primeira análise, é evidente a vulnerabilidade técnica por parte do contratante como também a falta de transparência na composição do preço e de como estes fatores são considerados. Segundo ponto a ser destacado é que eventuais erros de lançamentos ou fraudes de cobranças por parte do fornecedor não tem como ser identificadas. Prova disso, é o alto percentual de fraudes.

O IESS considera que “o principal motivo desses atos ilícitos, é a ausência de mecanismos efetivos de controle e transparência, seja para prevenir ou combater as ações. Como consequência, os custos dos procedimentos médicos acabaram gerando gastos cerca de um terço maior do que deveriam, impactando nas mensalidades e na inflação médica.”⁸⁹

Mesmo entendimento teve o TCU no relatório de auditoria TC021.852/2014-6 ao comentar o **ACHADO I: Insuficiência de mecanismos para prevenção, identificação e correção de reajustes abusivos em planos coletivos.**

99. 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. Não há mecanismos para prevenção, identificação e correção de reajustes abusivos, o que gera o risco de que os consumidores contratantes de planos coletivos, em condição de vulnerabilidade, não tenham meios de se proteger.⁹⁰

O Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS e *Pricewaterhousecoopers – PWC* identificaram quatro grupos de fraudes: (1) entre

⁸⁸ Op. Cit. p.205

⁸⁹ Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS -Juris Health – Fraudes na saúde suplementar. 2021 p. 2 e 3

⁹⁰ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO TC021.852/2014-6 Disponível: www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58542742. p.13

beneficiário do serviço, profissional médico e operadora de saúde, (2) entre prestador de serviços de saúde e operadora de saúde, (3) entre fornecedores e profissionais de saúde e (4) das operadoras contra os demais agentes.⁹¹ No ambiente regulatório, as entidades coletivas não participam das fraudes, mas arcam com a conta e os reajustes que as embutem. Na impossibilidade de se ter acesso a todas essas despesas e questionar a pertinência do sinistro apresentado, a arbitragem se apresenta como uma boa oportunidade para as entidades coletivas, em especial empresas que possuem um número expressivo de beneficiários cujo custo impacta na casa dos milhões de reais por ano.

As duas principais fontes normativas no tema das provas na arbitragem são o contrato e a lei. O contrato refere-se a convenção de arbitragem e/ou termo de arbitragem que estabelecerá qual lei aplicável ao procedimento arbitral e quais as regras procedimentais.

A cláusula de reajuste dos contratos de planos de saúde costumam ter dois índices que somados indicam o reajuste a ser aplicado no contrato: índice financeiro do prêmio e o índice de sinistralidade. A Resolução Normativa - RN nº 309/2012 dispõe sobre o agrupamento de contratos coletivos de planos privados de assistência à saúde para fins de cálculo e aplicação de reajuste.

O inciso I do art. 2º desta resolução considera agrupamento de contratos a medida que tem por finalidade promover a distribuição, para todo um grupo determinado de contratos coletivos, do risco inerente à operação de cada um deles. O Art. 3º determina que “é obrigatório às operadoras de planos privados de assistência à saúde formar um agrupamento com todos os seus contratos coletivos com menos de 30 (trinta) beneficiários para o cálculo do percentual de reajuste que será aplicado a esse agrupamento.” A opção do ente regulador ao agrupar os contratos coletivos inferiores a 30 beneficiários foi diluir o risco das pequenas carteiras.

Algumas operadoras possuem contratos próprios para até 29 beneficiários, outras optam por fazer a segmentação dentro de um único contrato, e na cláusula de reajuste separar por faixas de vidas seguradas: até 29 beneficiários, de 31 a 199 beneficiários, de 200 a 999 beneficiários e acima de 1.000 vidas seguradas. Como

⁹¹ Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS; PWC PricewaterhouseCoopers Brasil Ltda. *Arcação normativo para prevenção e combate à fraude na saúde suplementar no Brasil*. Novembro, 2018

exemplo, foi feita a análise da cláusula do contrato BRADESCO SAÚDE S/A.⁹² No ANEXO 1 consta a íntegra da cláusula 15 “Da apuração do percentual único de reajuste.”

Neste contrato o **índice financeiro do prêmio** aplicável às apólices com 30 (trinta) ou mais vidas seguradas terá por base: a) a variação dos custos médicos e hospitalares da carteira, calculados utilizando a metodologia prevista no anexo IV da Resolução Normativa - RN nº 74 da ANS; e b) o impacto decorrente da alteração de valores ou da inclusão de eventos e procedimentos de saúde que vierem a ser incorporados aos contratos.

Dois pontos merecem consideração: o primeiro é a variação dos custos médicos que remete a inflação médica observando os critérios da RN nº 74 da ANS, revogada pela RN nº 462 de 19/11/2020. O segundo é que considera as alterações feita no rol de procedimentos da ANS. Isso significa que o argumento de novo rol de procedimentos na negociação em relação a sinistralidade não procede, já que o cálculo do VCMH considera a estimativa de custos desses aumentos neste índice financeiro.

O índice de sinistralidade trabalha a fórmula custo/receita, sendo que “para as apólices que possuam de 200 (duzentas) a 999 (novecentas e noventa e nove) vidas seguradas, o reajuste considerará os valores de **sinistros retidos e prêmios da apólice reavaliada e do conjunto das apólices coletivas empresariais com características semelhantes a esta.**” Como alcançar a transparência, se o contratante não tem acesso às informações “do conjunto das apólices coletivas empresariais”? Na fórmula, observa-se que para o reajuste, a performance da carteira do contratante representa 30% do percentual do reajuste que será aplicado. A empresa contratante fica à mercê da operadora/seguradora do plano de saúde, sem ter nenhum poder de negociação.

⁹² BRADESCO SAÚDE S/A. Contrato nº005711 *Seguro de reembolso de despesas de assistência médico-hospitalar BRADESCO saúde coletivo empresarial - pré-pagamento ambulatorial e hospitalar com obstetria Social.* - Registro na ANS: nº 005.711, Vigência: agosto 2014.

$$I = \frac{(0,3 \times SI/PPI) + (0,7 \times SG/PPG)}{Y}$$

Onde:

I = índice de correção para o prêmio vigente;

SI = soma dos sinistros retidos, relativos ao período de apuração, da apólice reavaliada;

PPI = soma dos prêmios, relativos ao período de apuração, da apólice reavaliada;

SG = soma dos sinistros retidos, relativos ao período de apuração, das apólices com características semelhantes à apólice reavaliada;

PPG = soma dos prêmios, relativos ao período de apuração, das apólices com características semelhantes à apólice reavaliada; e

Y = fator variável constante da proposta de seguro.

A resolução normativa - RN nº 389/2015 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. Em relação as informações obrigatórias, o art. 14 determina que:

Art. 14. A operadora deverá disponibilizar à pessoa jurídica contratante de plano coletivo empresarial ou por adesão, com formação de preço pré-estabelecido, assim definidos na Resolução Normativa nº 85, de 7 de dezembro de 2004, um extrato pormenorizado contendo os itens considerados para o cálculo do reajuste conforme cláusula contratual ou estabelecido em negociação.

§1º O extrato pormenorizado de que trata o caput deverá ser disponibilizado com o mínimo de 30 (trinta) dias de antecedência da data prevista para a aplicação do reajuste.

§2º Quando a administradora de benefícios participar, de qualquer forma, da negociação de reajuste dos contratos, o fornecimento do extrato pormenorizado previsto no caput deverá se dar diretamente a esta, no prazo do §1º deste artigo, devendo repassá-lo para a pessoa jurídica contratante, em até 10 dias.

§ 3º O previsto no § 2º não impede que a pessoa jurídica contratante solicite o extrato diretamente à operadora, na forma do caput.

Do exposto, concluímos que a cláusula do Bradesco Seguros não atende a determinação da ANS na medida em que a fórmula contratual “considera soma dos prêmios, relativos ao período de apuração, das apólices com características semelhantes à apólice reavaliada”. Uma cláusula que proporciona assimetria de informações, de acordo com Tim e Guarise, causa dois problemas: (i) seleção adversa e (ii) risco moral. Nesse sentido, “ o risco moral significa que uma parte

tem incentivos para alterar seu comportamento de forma prejudicial à outra parte, sem que esta possa saber ou impedir a alteração.”⁹³

A leitura do ANEXO 2 da cláusula de reajuste do contrato da Sul América comprova que este tipo de cláusula de agrupamento de contratos diferente com mesma faixa de beneficiários é uma praxe do mercado. Se o primeiro argumento é diluir o risco dos contratos com o mesmo perfil de população, a impossibilidade de acesso as despesas assistenciais como outras características, impedem as empresas de alcançarem o mesmo nível no momento de negociação. Há um interesse na diluição do risco, que não se repete no ônus de fornecer as informações.

Outro ponto que se observa é que este tipo de cláusula, desestimula a gestão do contrato baseada em boas práticas de gestão de saúde corporativa. Os profissionais que atuam nessa área sabem que a gestão da saúde populacional, a partir dos pilares de gestão de informação, gestão médica e promoção da saúde podem impactar na redução das despesas assistenciais. O entendimento da utilização do plano são ações associados às medidas de prevenções de médio e longo prazo que objetivam a manutenção do contrato ao reduzir os custos e chegar ao equilíbrio contratual almejado. De que adianta tanto esforço, se no momento de estabelecer o índice de sinistralidade as despesas de outros contratantes compõe a fórmula da sinistralidade?

Para os contratos com mais vidas em que a fórmula da sinistralidade considera somente as despesas assistenciais da contratante, permanece a assimetria na medida que as informações não são disponibilizadas de forma transparente.

3.3 Confidencialidade e auditoria em saúde

Ao contrário do que se pensa, a arbitragem não é por natureza confidencial. A Lei 9.307/96 não dispõe sobre confidencialidade na arbitragem. Fonseca e Correa pontuam a distinção entre privacidade e confidencialidade. A privacidade diz respeito a vedação de acesso ao litígio por terceiros. “Neste sentido, não é permitido a estranhos ao caso comparecer a audiências, ter vista dos documentos e petições

⁹³ ABUD. CF, Holmstrom, Bengt. *Moral hazard and observability*. Bell Journal of Economics, 1979, p.74-91. IN: TIMM, Luciano Benetti. Guarise, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos. Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica dos direitos*. 4.ed. Editora Foco: Idaiatuba, SP. 2021

ou participar do procedimento arbitral em geral.⁹⁴ A confidencialidade na arbitragem é decorrente do contrato.

Fonseca e Correa apresentam vários motivos pelos quais as partes podem preferir um meio de resolução de litígios de controvérsias confidencial.

A manutenção da disputa em sigilo frequentemente permite a preservação da relação comercial entre as partes litigantes, o que não seria possível se houvesse ampla divulgação do problema. Por outro lado, especialmente em determinados ramos do negócios, a publicidade em torno dos litígios pode representar uma mácula para a reputação da companhia envolvida afetando o seu desempenho empresarial no mercado. Finalmente, a confidencialidade permite manter em segredo elementos imateriais importantes da atividade da empresa, como práticas comerciais, invenções ou políticas internas que eventualmente sejam objeto de discussão no decorrer do litígio.⁹⁵

As partes podem afirmar expressamente uma cláusula de confidencialidade no seu contrato, ou no termo de instituição do procedimento (termo de arbitragem, ata de missão). Também pode fazer referência a um regulamento institucional que contemple a confidencialidade dos procedimentos conduzidos sob a sua regência.⁹⁶

Podemos distinguir duas formas de confidencialidade, uma em razão da arbitragem e a confidencialidade material que recai sobre determinado documento ou informação por força de lei. No caso do segmento da saúde, que por sua natureza realiza tratamentos de dados pessoais sensíveis de forma intensa, está sujeito a Lei 13.909/2018 – Lei Geral de Proteção de Dados, Lei 13.787/2018 que dispõe sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para guarda, armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente, a Resolução do CFM nº1.638/2000 que proíbe que o médico revê o conteúdo do prontuário ou ficha médica sem o consentimento do paciente, a Resolução do CFM nº1.614/2001 que trata da inscrição do médico auditor e das empresas de auditoria médica nos Conselhos de Medicina além claro dos dispositivos do Código de Ética Médica.

⁹⁴ FONSECA, Rodrigo Garcia; CORREIA, André de Luiz. *A Confidencialidade na Arbitragem. Fundamentos e Limites*. IN Arbitragem, temas contemporâneos. Coordenação. Selma Ferreira Lemes e Inez Balbino – São Paulo: Quartier Latin, 2012.

⁹⁵ FONSECA, Rodrigo Garcia; CORREIA, André de Luiz, ob.cit.p.421

⁹⁶ FONSECA, Rodrigo Garcia; CORREIA, André de Luiz. *A Confidencialidade na Arbitragem. Fundamentos e Limites*. IN Arbitragem, temas contemporâneos. Coordenação. Selma Ferreira Lemes e Inez Balbino – São Paulo: Quartier Latin, 2012.

A Lei Geral de Proteção de Dados autoriza no inciso VI do art. 7º o tratamento de dados pessoais para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem).

No que se refere ao tratamento de dados pessoais sensíveis, o tratamento só deve ocorrer se for necessário para as finalidades elencadas no art. 11, II da LGPD.⁹⁷ A pergunta que se faz é se no caso de uma discussão em processo arbitral para fins de perícia de auditoria médica, o caso poderia ser incluído na hipótese do art. 11, II d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) .

O inciso II do preâmbulo do Código de Ética Médica afirma que ‘as organizações de prestação de serviços médicos estão sujeitas as normas deste código. No capítulo X que trata dos documentos médicos, é vedado ao médico consoante art.85: “permitir o manuseio e o conhecimento dos prontuários por pessoas não obrigadas ao sigilo profissional quando sob sua responsabilidade.” Dessa forma, “todos que não estiverem envolvidos no atendimento ao paciente não deverão ter acesso a esses documentos.”⁹⁸

A Confederação Nacional de Saúde (CNSaúde) ao estabelecer o Código de Boas Práticas – Proteção de Dados para Prestadores Privados em Saúde estabeleceu cinco protocolos: protocolo de atendimento, protocolo de compartilhamento,

⁹⁷ Lei 13.909/2018. Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem) ;

e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

⁹⁸ MARQUES, Sueli Maria Fernandes. *Manual de Auditoria de Contas Médicas*. Rio de Janeiro: Medbooks, 2015. P. 19

protocolo de pesquisa Clínica e protocolo para exercício dos direitos dos titulares e protocolo de Segurança da Informação.

O protocolo de compartilhamento pode se enquadrar na hipótese legal de “cumprimento de obrigação legal ou regulatória do controlador” (Art.7º e art.11, II, a da LGPD). O Código de Boas Práticas cita como exemplos de compartilhamento: o compartilhamento entre profissionais de saúde, compartilhamento entre profissionais de saúde e estabelecimentos de saúde, compartilhamento entre estabelecimentos de saúde, compartilhamento entre estabelecimentos de saúde e a ANS (protocolo TISS regulamentado pela RN 305/2012 da ANS), compartilhamento entre estabelecimentos de saúde e operadoras e compartilhamento entre estabelecimentos de saúde e terceiros.

O compartilhamento de informações entre estabelecimentos de saúde e operadoras tem como uma das finalidades a auditoria médica “que é realizada pelas operadoras de planos de saúde para verificação dos procedimentos autorizados e para a certificação da adequação dos serviços médicos prestados. É recomendável como boa prática os cuidados necessários para a proteção dos dados pessoais em saúde, além do cumprimento do disposto na resolução CFM nº1.614/2001.

Auditoria em saúde é das mais poderosas ferramentas de gestão das organizações em saúde. “A auditoria em saúde produz informações de qualidade para apoio à gestão na área.”⁹⁹ As operadoras de planos de saúde realizam auditoria médica para verificação dos procedimentos autorizados e para certificação da adequação dos serviços médicos prestados.

As assimetrias do mercado que ocasionam faltam de transparência na cadeia produtiva apontam a necessidade de os tomadores dos serviços de saúde complementar também auditar os custos médicos apresentados. O excesso de judicialização por ocasião dos reajustes é um dos fatores que indicam esta necessidade. A apresentação de custos e receitas com os respectivos percentuais de reajustes para justificar os índices de reajuste que compatíveis para se alcançar o equilíbrio econômico do contrato não são suficientes.

Segundo Morais um bom sistema de auditoria em saúde deve desenvolver-se em três grandes segmentos: auditoria operacional, auditoria preventiva (pré-

⁹⁹ MORAIS, Marlus Volney, BURMESTER, Haino (coord.). *Auditoria em Saúde*. Série Gestão Estratégica de Saúde. São Paulo: Saraiva, 2014.

evento) auditoria concorrente (durante evento): está voltada aos cuidados no período em que estão sendo executados.

O mercado de modo geral, trabalha com três tipos de auditoria em saúde: auditoria preventiva, auditoria operacional e auditoria analítica. A auditoria preventiva visa analisar procedimentos que irão ocorrer. Nesse caso, objetiva evitar procedimentos desnecessários ou duvidosos. Usualmente acontece na liberação de guias para realização de procedimentos e autorização de materiais.

A **auditoria operacional** faz uma verificação de conformidades entre o trabalho realizado pela equipe médica e a legislação estabelecida. A auditoria analítica envolve a auditoria concorrente e auditoria de contas hospitalares. A **auditoria concorrente** é um tipo de auditoria operacional que ocorre durante o atendimento do paciente em um determinado hospital, clínica ou em casa. Tem como principal finalidade **avaliar a qualidade** do serviço prestado pela instituição de saúde e corrigir potenciais falhas desse atendimento. Também compara se os procedimentos, condutas e atividades estão seguindo protocolos estabelecidos e as autorizações prévias.

A **auditoria analítica** compreende as análise de sinistralidade, análise de indicadores de resultados dos atendimentos, análise de indicadores de resultados dos processos da auditoria, causas da judicialização, NIP, reclamações. É um trabalho que objetiva fornecer subsídios para melhoria de processos e definições de estratégias.

Para auditoria médica é imprescindível a autorização do paciente, de seus familiares ou de representante legal, quando constituído pelo paciente. Nas auditorias médicas, faz parte do processo, bem no seu início a autorização do contratante para que o médico auditor tenha acesso às informações com referência à fatura e relatórios de sinistros pagos, bem como quaisquer outras informações financeiras ou técnicas, que venham a ser solicitadas para o desempenho de suas funções.

Ao examinar a conta médica, “cabará ao auditor ater-se ao confronto dos dados registrados em prontuários e à cobrança efetuada, com intuito de identificar as não conformidades de cunho técnico, cabendo a administradores e assistentes administrativos a verificação de itens contratuais, acordados previamente, como

tabelas de preços de diárias, taxas entre outros.”¹⁰⁰ O capítulo XI do código de ética médica versa sobre auditoria e perícia médica.

Art. 6º- O médico, na função de auditor, se obriga a manter o sigilo profissional, devendo, sempre que necessário, comunicara quem de direito e por escrito suas observações, conclusões e recomendações, sendo -lhe vedado realizar anotações no prontuário do paciente.

Parágrafo 1º -É vedado ao médico, na função de auditor, divulgar suas observações, conclusões ou recomendações, exceto por justa causa ou dever legal.

Parágrafo 2º -O médico, na função de auditor, não pode, em seu relatório, exagerar ou omitir fatos decorrentes do exercício de suas funções.

Parágrafo 3º -Poderá o médico na função de auditor solicitar por escrito, ao médico assistente, os esclarecimentos necessários ao exercício de suas atividades.

Parágrafo 4º - Concluindo haver indícios de ilícito ético, o médico, na função de auditor, obriga-se a comunicá-los ao Conselho Regional de Medicina.

A Resolução Normativa – RN N°424 de 26/06/2017 dispõe sobre critérios para a realização de junta médica ou odontologia formada para dirimir divergência técnico-assistencial sobre procedimento ou evento em saúde a ser coberto pelas operadoras de planos de assistência à saúde. Em relação ao Protocolo de atendimento a Lei 13.787/2018 dispõe sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente.

Art. 1º A digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente são regidas por esta Lei e pela Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

Art. 2º O processo de digitalização de prontuário de paciente será realizado de forma a assegurar a integridade, a autenticidade e a confidencialidade do documento digital.

§ 1º Os métodos de digitalização devem reproduzir todas as informações contidas nos documentos originais.

§ 2º No processo de digitalização será utilizado certificado digital emitido no âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil) ou outro padrão legalmente aceito.

¹⁰⁰ MARQUES, Sueli Maria Fernandes. *Manual de Auditoria de Contas Médicas*. Rio de Janeiro: Medbooks, 2015. P. 29

§ 3º O processo de digitalização deve obedecer a requisitos dispostos em regulamento.

A Resolução do Conselho Federal de Medicina Nº 1.821/2007 (Publicada no D.O.U. de 23 nov. 2007, Seção I, pg.252) Modificada pela Resolução CFM nº2.218/2018 aprova as normas técnicas concernentes à digitalização e uso dos sistemas informatizados para a guarda e manuseio dos documentos dos prontuários dos pacientes, autorizando a eliminação do papel e a troca de informação identificada em saúde. O fluxo dos processos (auditoria concorrente) e o tratamento desses dados devem respeitar a Lei Geral de Proteção de Dados, e são fontes que permitem compreender e auditar as despesas assistenciais, sem desconsiderar a possibilidade de anonimização dos dados

As partes envolvidas no processo, devem estar atentas ao termo de consentimento autorizado pelos beneficiários conforme determinado pelo inciso I, do art.11 da LGDP. O Código de Boas Práticas da CNSaúde esclarece que nos “serviços de saúde são considerados dados sensíveis informações sobre doenças, deficiências, riscos de doenças, prontuários, resultados de exames, dados biométricos, informações genéticas, dentre outros.

Por fim, considerando o respeito a confidencialidade material e do procedimento arbitral, a finalidade no tratamento que objetiva um preço mais justo a todos os beneficiários do contrato, as informações serão em sede de procedimento tratadas por médicos auditores, entendemos ser uma possibilidade viável de implantação. A finalidade não se confunde com a hipótese do parágrafo 5º do art. 11 da LGDP, eis que não se vislumbra uma seleção adversa. Reforça-se que as finalidades são: eliminar conta itens indevidamente faturados, identificação de glosas e procedimentos não autorizados, auditoria médica (diárias e prorrogações, procedimentos e honorários médicos, a conformidade na prescrição de exames e terapias, OPME e outros.

CONCLUSÃO

Os contratos de planos de saúde coletivos empresariais previstos na Lei 9.656/1998 e na RN N°195/2000 são contratos de adesão decorrentes da relação de consumo. O arcabouço normativo a eles aplicável são a Lei 9.656/1998, o Código de Defesa do Consumidor e a Normas Regulamentadoras da Agência Nacional de Saúde.

A crescente judicialização da saúde, em especial nos últimos dez anos, despertou aos diversos atores afetados nos processos de solução da demanda questionamentos sobre outras formas de se equacionar esses problemas que orbitam as chamadas cláusulas abusivas dos contratos de planos de saúde. As principais demandas são as referentes a manutenção dos contrato, os limites e negativas de coberturas assistenciais e os reajustes anuais.

Se 84% dos beneficiários pertencem a contratos coletivos de adesão ou empresarial, a importância por uma resposta para estes problemas aumenta. O objetivo do trabalho foi analisar a arbitragem como solução de conflitos nos reajustes dos contratos de planos de saúde empresarial com mais de trinta vidas.

O que sabemos é que a judicialização não tem sido suficiente para responder a este problema, as formas de prova propostas através da perícia atuarial não alcançam a transparência no demonstrativo das despesas assistenciais que constituem a base para a sinistralidade. Como consequência, se alcança a justiça pelo fundamento básico do acesso à saúde. A falta de transparência das informações se perpetua ao não permitir uma resposta que propicie aprendizado para que as partes efetivamente entendam os custos do contrato e persigam o seu equilíbrio visando a sua manutenção.

A prova técnica atuarial, Tema 1.016 a ser enfrentado pelo STJ, caso este tribunal entenda pertinente será uma pá de cal na caixa de pandora dos custos hospitalares. O momento é de se abrir estas despesas, entender e procurar novos caminhos. A vulnerabilidade técnica permanece vez que os números disponibilizados na perícia são os lançados no sistema da ANS que não sofrem fiscalização no momento que são imputados no sistema. Se perícia atuarialmente números que não foram auditados. Esse procedimento foi questionado na auditoria que o Tribunal de Contas da União fez na Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Do ponto de vista das empresas, a Gestão de Saúde Corporativa tem sido forte ação para colaborar com o conhecimento da população de beneficiários e permitir que as entidades financiadoras dos planos de saúde adotem medidas de prevenção para a população de risco, vacinação e informações de saúde para os seus empregados.

No ângulo dos fornecedores, a Agência Nacional de Saúde implantou o projeto piloto da Remuneração por Valor para dirimir os conflitos entre operadoras e seguradoras versus hospitais. O sistema do *fee for service* em que o hospital cobra o que bem entende chegando a exemplos absurdos de cobrar R\$150,00 por uma caixa de luvas cirúrgicas de 100 unidades quando em uma farmácia custa R\$30,66 não se sustenta mais.¹⁰¹ A verticalização do setor, onde as operadoras dos planos de saúde são donas dos hospitais, evidencia que a fiscalização não pode se ater as operadoras/seguradoras. Como um vulcão que entrou em erupção, observamos nos meses de setembro e outubro de 2021, duas operadoras manipularem custos e interferirem no ato médico na relação médico/paciente.

As auditorias médicas realizadas pelas operadoras nos seus fornecedores não tem sido suficientes. Se fossem, as fraudes teriam sido reduzidas. Mas não é o que constatou o relatório do IESS/Price. É preciso dar um passo, no caso, os contratantes (empresas) precisam aprender e conhecer mais os procedimentos e custos que pagam para os beneficiários.

E por fim temos a questão do reajuste entre contratante e contratado, chegando ao pagador da conta. Saber quanto efetivamente custa e porque custa determinado valor é direito da parte contratante. A arbitragem poderá permitir a discussão com a abertura das contas médicas que não se consegue atingir no poder judiciário em razão de mais um fator que é a proteção dos dados sensíveis dos beneficiários. A cultura dos árbitros zelarem por sua reputação nas câmaras de arbitragem instituídas é fator de imparcialidade e contribui para que o assunto não seja politizado.

O setor da saúde suplementar precisa enfrentar esta realidade que resulta na assimetria de informações. A compatibilização de relação de consumo e arbitragem foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça. Na saúde suplementar podemos

¹⁰¹ SEGATTO, Cristiane. *O lado oculto das contas de hospital* - ÉPOCA | Ideias. Disponível em «<https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2014/05/o-lado-oculto-das-bcontas-de-hospitalb.html>» Acesso: 25/05/2021.

ampliar o diálogo das fontes e incluir as Lei 9.307/1996 e a Lei 13.909/2018. O custo é item formador do preço, e acessar as informações para se negociar reajuste é efetivar o princípio da transparência consagrado no Código de Defesa do Consumidor. Reduzir a assimetria de informações e torná-las acessível a parte contratante é ação imprescindível para que se chegue a uma negociação justa e equilibrada entre as parte. O equilíbrio contratual não pode ser limitado ao econômico porque no contrapeso temos o princípio da função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva.

Quer pagar quanto? Na saúde suplementar a conta insiste em não fechar. O homem comum quer pagar o preço justo. Planos de saúde com custos que variam de R\$3.000,00 a R\$7.000,00 reais mensais para pessoas acima de 59 anos não é razoável, quando o benefício máximo da Previdência Social é de R\$6.433,57. Mesmo os executivos com maiores salários quando se afastam da empresa e passam a arcar com as mensalidades, sentem os custos de R\$84.000,00 anuais gastos em plano de saúde executivos. Se for casal, a despesa dobra.

Na solução deste conflito, a arbitragem pode ser a solução autorizada pelo Código de Processo Civil que incentiva outras formas para dirimir litígios. Concluímos ser um caminho possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIL ASSISTÊNCIA MÉDICA INTERNACIONAL S. A., **Contrato de cobertura de assistência médica e hospitalar pessoa jurídica 118b** - Registro nº326.305 na ANS Vigência: Outubro 2015.

AZEVEDO, Paulo Furquim de, ALMEIDA Silvia Fágade; COSTA Nobuiuki, Ito, BOARATI Vanessa, MORON, Caroline Raiz; INHASZ, William; ROUSSET, Fernanda. *A CADEIA DE SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: Avaliação de Falhas de Mercado e Propostas de Políticas*; INSPER: Centro de Estudos. Março, 2016.p.41

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. **Planos de Saúde** – São Paulo: Saraiva, 2015 – (Coleção direito econômico – coordenador Fernando Herren Aguilar).
BENEDUZI, Renato Resende (Coordenadores). **A Reforma da Arbitragem** – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BOTTESINI, Maury Ângelo; MACHADO, Mauro Conti. **Lei dos Planos e Seguros de Saúde Comentada. Artigo por artigo**. Rio de Janeiro: Forense. 2015 3ª Edição

BRADESCO SAÚDE S/A. **Contrato nº005711 Seguro de reembolso de despesas de assistência médico-hospitalar BRADESCO saúde coletivo empresarial - pré-pagamento ambulatorial e hospitalar com obstetrícia Social**. - Registro na ANS: nº 005.711, Vigência: agosto 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção ao consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1990.

BRASIL. Lei Nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**, de 24 setembro de 1996.

BRASIL. Lei Nº9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência médica à saúde. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 4 jun.1998.

BRASIL. Lei 12.846/2013. Lei Anticorrupção Brasileira. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

BRASIL, Lei nº 13.608 de 10 de janeiro de 2018. Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>

BRASIL, Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 ago.2018.

BRASIL. ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa Nº195, de 14 de julho de 2009**. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF.

BRASIL. ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa Nº267**, de 24 de agosto de 2011

BRASIL. ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Resolução Normativa RN Nº388** de 25/11/2015 dispõe sobre os procedimentos adotados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS para a estruturação e realização de suas ações fiscalizadoras.

BRASIL. ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Nota Técnica RDC-28 Resolução nº 28 de 26/06/2000** / ANS - (D.O.U. 28/06/2000)

BRASIL. ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Nota Técnica 13/2020/GEFAP/GGREP/DIRAD-DIPRO/DIPRO**. Disponível em: «https://sei.ans.gov.br/controlador.php?acao=documento_imprimir_web&acao_origem=arvore_visualizar&id_documento=17898059&infra_sistem». Acesso em: 18.Ago.2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 532**. Relatora: Min. Carmén Lucia, 14 de julho de 2018. Brasília, DF, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma). **Recurso Especial nº1.541.830/MS**. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 26 de novembro de 2018. Brasília, DF, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª Turma).- **AgInt no AREsp: 1152469 GO 2017/0202662-4**, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 08/05/2018, T4 - Data de Publicação: DJe 18/05/2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - **REsp: 1.189.050 SP 2010/0062200-4**, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 01/03/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2016 RSTJ vol. 243 p.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - **REsp: 1.169.841 RJ 2009/0239399-0**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 06/11/2012, - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2012)

BERGAMO, Mônica. **Judicialização contra planos de saúde em SP cresce 391% em uma década**. Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2021/09/judicializacao-contra-planos-de-saude-em-sp-cresce-391-em-uma-decada.shtml>. Acessível em 21.Set. 2021.

BURMESTER, Haino, **Gestão de materiais e equipamentos hospitalares**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA: Resolução CFM nº2.217 de 27 de setembro de 2018 – Código de processo ético profissional: Resolução CFM nº2.145, de 17 de maio de 2006 – e Legislação Complementar - supervisão editorial Jair Lot Vieira – 5.ed. – São Paulo: Edipro, 2019 (Série Legislação)

CNSAÚDE - Confederação Nacional de Saúde –Código de Boas Práticas – Proteção de Dados para Prestadores Privados em Saúde. 2021

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Curso de Direito de Saúde Suplementar (manual jurídico de planos e seguros de saúde) – 2ªed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Folha de São Paulo. Disponível: <https://www.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2021/06/apos-lucro-de-50-na-pandemia-planos-de-saude-coletivos-sobrem-16.shtml>. Acesso em 08. Set.2021.

FONSECA, Rodrigo Garcia da; CORREIA, André de Luizi. A Confidencialidade na Arbitragem. Fundamentos e Limites. IN: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coord.) Arbitragem. Temas Contemporâneos – São Paulo: Quartier Latim, 2012.

CF, Holmstrom, Bengt. *Moral hazard and observability*. Bell Journal of Economics, 1979, p.74-91. IN: TIMM, Luciano Benetti. Guarise, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. Direito e Economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica dos direitos. 4.ed. Editora Foco: Idaiatuba, SP. 2021

FILHO, Antônio Cordeiro. Cálculo atuarial aplicado: Teoria e aplicações, exercícios resolvidos e propostos. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.

GOMES, Joseane Araújo. Contratos de Plano de Saúde. Leme (SP): JH Mizuno Editora, 2016.

HENRICI, Ricardo Loreretti; Araújo, Lucas Mayal M.de; Relações de Consumo, Contratos de Adesão e Arbitragem. A Reforma da Arbitragem. Coordenação Leonardo de Campos Melo, Ricardo Rezende Benuduzi. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

IESS - Instituto de Estudos de Saúde Suplementar –, PWC PricewaterhouseCoopers Brasil Ltda. Arcabouço Normativo para prevenção e combate à fraude na saúde suplementar no Brasil, novembro de 2018.

IESS - Instituto de Estudos de Saúde Suplementar. NAB | Nota de Acompanhamento de Beneficiários • Edição nº 61 • 2021 • Data base: Julho/2021

IESS - Instituto de Estudos de Saúde Suplementar - Juris Health – Fraudes na saúde suplementar. 2021 p. 2 e 3

JOBIM, Candice Lavocat Galvão. SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. **Judicialização da saúde**. IN: Judicialização da saúde - organizadores Marco Villas Boas, José Cechin. Palmas: Editora Esmat, 2020.

LARA, Natalia; REIS, Amanda; e MINAMI, Bruno. **A Variação de Custos Médicos**. Superintendente Executivo: Luiz Augusto Carneiro. IESS - Instituto de Estudos de Saúde Suplementar. Texto para Discussão nº 71 – 2018

MORAES, Márcio André Medeiros. **Arbitragem nas Relações de Consumo**. 1ª Ed. 6ª reimpressão. Curitiba: Juruá editora, 2011.

MORAIS, Marlus Volney, BURMESTER, Haino (coord.). **Auditoria em Saúde**. Série Gestão Estratégica de Saúde. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES. Sueli Maria Fernandes. **Manual de Auditoria e Contas Médicas** – 1ª ed. Rio de Janeiro: MedBook, 2015.

MENDES, Karyna Rocha. **Curso de Direito da Saúde** – São Paulo: Saraiva, 2013 Instituto de Estudos de Saúde Suplementar – IESS. NAB | Nota de Acompanhamento de Beneficiários • Edição nº 48 • 2020 • Data base: Maio/2020

MUNIZ, Joaquim de Paiva. **Visão Prática da Elaboração da Cláusula Arbitral**. In Práticas de Arbitragem: técnicas, agentes e mercados. 2ed. Rio de Janeiro: Curso Prático de Arbitragem, 2020. p.22

NERY, Ana Luísa. **Arbitragem Coletiva** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2017.

PAGANO, Milva Gois dos Santos Pagano; ROMA, Andréia. **Boas Práticas de gestão de saúde Corporativa**. São Paulo: Editora Leader. 2019.

PNUD sobre Avaliação da Viabilidade do Uso da Mediação e da Arbitragem no âmbito do Direito do Consumidor. Disponível <<https://www.defesadoconsumidor.gov.br/portal/ultimas-noticias/1801-audiencia-publica-sobre-a-solucao-de-conflitos-de-consumo>>. Acesso em: 16/Set. 2021

REVISTA VEJA. **A Saúde virou um fardo**. 4 de julho de 2018. p.52-57

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Arbitragem nas Relações de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2006. p.191

ROMITA, Arion Sayão. **Meios alternativos de solução de dissídios trabalhistas**, Revista de Direito do Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, n.60jul/dez.p.66,2004

ROQUE, André Vasconcelos. **A Arbitragem de Dissídios Individuais após a Reforma Trabalhista: limites e possibilidades**. In: TUPINAMBÁ, Carolina (Coord.). *Soluções de Conflitos Trabalhistas: novos caminhos*. São Paulo: LTr,2018.

SALU, Enio Jorge. **Gestão do faturamento e auditoria de contas hospitalares** – 1.ed – Rio de Janeiro: Atheneu, 2018.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem: mediação e conciliação**. 7.Ed. rev., atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SEGATTO, Cristiane. **O lado oculto das contas de hospital** - ÉPOCA | Ideias. Disponível em «<https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2014/05/o-lado-oculto-das-bcontas-de-hospitalb.html>» Acesso: 25/05/2021

SILVA, Joseane Suzart Lopes da Silva. **Plano de saúde e boa-fé objetiva**. Editora JusPodvm: 2ª ed. 2010.

SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE. *Contrato nº 0058.0043.0697 ANS- Sul América Saúde Empresarial Ambulatorial e Hospitalar com Obstetrícia Condições Gerais Versão 06*. Registro na ANS: nº 006246 Vigência: fevereiro 2015.

TEPEDINO, Gustavo et al. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. V.II, p.24-25. IN: HENRICI, Ricardo Loreretti; Araújo, Lucas Mayal M.de; *Relações de Consumo, Contratos de Adesão e Arbitragem*. A Reforma da Arbitragem. Coordenação Leonardo de Campos Melo, Ricardo Rezende Benuduzi. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TOSTES, Eduardo Chow de Martino. **Saúde Suplementar: reajuste de planos coletivos**. Rio de Janeiro: Lumen Yuris. 2019.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO TC021.852/2014-6 Disponível em: www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 58542742

WOODS, Lisa; SLOTKIN, Jonathan R.;COLEMAN, M. Ruth. **Como os empregadores estão resolvendo o problema da assistência médica**. Harvard Business Review Brasil. São Paulo: 27 de agosto de 2019.

ZANETTI, Andrea Cristina. **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Editora Saraiva. p.172

ANEXO 1

CLÁUSULA REAJUSTE: BRADESCO SEGUROS S/A.

Contrato nº005711 Seguro de reembolso de despesas de assistência médico-hospitalar BRADESCO saúde coletivo empresarial - pré-pagamento ambulatorial e hospitalar com obstetrícia Social. - Registro na ANS: nº 005.711, Vigência: agosto 2014.

15. DA APURAÇÃO DO PERCENTUAL ÚNICO DE REAJUSTE

Independente da aplicação do reajuste por mudança de faixa etária, na forma do disposto na Cláusula 14 (Modalidade de Pagamento), haverá aplicação de percentual único de reajuste do prêmio que será apurado de acordo com o enquadramento da apólice nas faixas de vidas seguradas dispostas nos itens 15.1 e 15.2 adiante.

Para fins desse enquadramento, será considerado o último mês do período de apuração do índice por sinistralidade. Exceção será feita às apólices com até 29 (vinte e nove) vidas seguradas, cujo enquadramento respeitará o disposto no subitem 15.1.2.

O percentual único de reajuste não poderá ser aplicado em periodicidade inferior a 12 (doze) meses.

15.1. Para as apólices que possuam até 29 (vinte e nove) vidas seguradas, deverão ser obedecidas às condições a seguir:

15.1.1. Todas as apólices coletivas da Operadora que estejam na faixa de até 29 (vinte e nove) Segurados, em atendimento à Resolução Normativa - RN nº 309, de 24/10/12, editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), receberão, anualmente, a aplicação de um percentual único de reajuste do prêmio mensal, o qual será calculado na forma dos subitens 15.1.2. e 15.1.3 adiante.

15.1.2.1. O período de aplicação do percentual único de reajuste do prêmio, nos casos de apólices com até 29 (vinte e nove) vidas seguradas, corresponderá ao período de maio, do ano de divulgação do percentual, a abril do ano subsequente.

15.1.2.2. O percentual único de reajuste do prêmio será divulgado até o primeiro dia útil do mês de maio de cada ano e mantido na página da Bradesco Saúde, na internet. Além disso, o referido percentual será comunicado à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), nos termos da regulamentação em vigor.

15.1.3. O percentual único de reajuste do prêmio será limitado ao produto obtido da multiplicação do índice financeiro do prêmio pelo índice de sinistralidade, apurados na forma descrita nos subitens 15.1.3.1 e 15.1.3.2 a seguir. O valor do percentual único de reajuste das apólices que integrem o agrupamento deverá ser único, não sendo admitido qualquer tipo de variação.

15.1.2. Para fins do enquadramento de uma apólice na faixa de até 29 (vinte e nove) vidas seguradas, será considerada:

- a) a quantidade de Segurados **na data do aniversário da apólice no ano anterior à aplicação do reajuste** ; ou
- b) no caso de apólice recém-contratada, a quantidade de Segurados **na data do 1º (primeiro)**

15.2.1. **ÍNDICE FINANCEIRO DO PRÊMIO** - aplicável às apólices com 30 (trinta) ou mais vidas seguradas:

15.2.1.1. O **ÍNDICE FINANCEIRO DO PRÊMIO** terá por base:

- a) a variação dos custos médicos e hospitalares da carteira, calculados utilizando a metodologia prevista no anexo IV da Resolução Normativa - RN nº 74 da ANS; e
- b) o impacto decorrente da alteração de valores ou da inclusão de eventos e procedimentos de saúde que vierem a ser incorporados aos contratos.

15.2.1.1.1. A Seguradora poderá alterar a quantidade de CRS-DM e de CRS-DH de determinados procedimentos, visando mantê-los compatíveis com os valores praticados no mercado.

15.2.1.1.1.1. O valor do CRS será reajustado obedecendo aos parâmetros aplicados ao reajuste das tabelas de honorários, procedimentos e serviços, praticados com os prestadores referenciados, respeitado o disposto no item 8.1. da Cláusula 8 (Modalidades de Atendimento).

15.2.2. **ÍNDICE DE SINISTRALIDADE** - aplicável às apólices que possuam mais de 30 (trinta) vidas seguradas

15.2.2.1. Para as apólices que possuam entre 30 (trinta) e 199 (cento e noventa e nove) vidas seguradas, deverão ser obedecidas as condições a seguir:

15.2.2.1.1. O reajuste considerará os valores de sinistros e prêmios pagos das apólices coletivas empresariais que possuam entre 30 (trinta) e 199 (cento e noventa e nove) vidas seguradas.

15.2.2.1.2. Somente integrarão a base do cálculo do reajuste por sinistralidade as apólices que tiverem mais de 5 (cinco) meses de vigência.

15.2.2.1.3. Na 1ª (primeira) reavaliação, serão ignorados os sinistros e os prêmios pagos dos 2 (dois) primeiros meses. Sendo assim, o período apurado compreenderá do 3º (terceiro) ao 10º (décimo) meses de vigência da apólice, com aplicação do resultado no faturamento do 13º (décimo terceiro) mês de vigência da apólice, que corresponde ao mês de seu aniversário.

15.2.2.1.4. As reavaliações subsequentes à do primeiro período serão realizadas, sucessivamente, considerando-se os 12 (doze) meses seguintes ao do último período reavaliado. A aplicação do reajuste ocorrerá sempre no aniversário da apólice, relativo à sua data-base.

15.2.2.1.5. Na apuração dos prêmios pagos serão descontados os impostos incidentes sobre o valor cobrado.

15.2.2.1.6. Para o cálculo do índice de correção do prêmio, será utilizada a fórmula a seguir:

$$I = \frac{SG}{Y \times PP}$$

Onde:

I = índice de correção para o prêmio vigente;

SG = soma dos sinistros, relativos ao período de apuração, das apólices com características semelhantes à apólice reavaliada;

PP = soma dos prêmios pagos, relativos ao período de apuração, das apólices com características semelhantes à apólice reavaliada; e

Y = fator variável constante da proposta de seguro.

15.2.2.2. Para as apólices que possuam de 200 (duzentas) a 999 (novecentas e noventa e nove) vidas seguradas, deverão ser obedecidas às condições a seguir:

15.2.2.2.1. O reajuste considerará os valores de sinistros retidos e prêmios da apólice reavaliada e do conjunto das apólices coletivas empresariais com características semelhantes a esta.

15.2.2.2.1.1. Somente integrarão a base do cálculo do reajuste por sinistralidade as apólices que tiverem mais de 5 (cinco) meses de vigência.

15.2.2.2.2. Na 1ª (primeira) reavaliação, serão ignorados os sinistros e os prêmios pagos dos 2 (dois) primeiros meses. Sendo assim, o período apurado compreenderá do 3º (terceiro) ao 10º (décimo) meses de vigência da apólice, com aplicação do resultado no faturamento do 13º (décimo terceiro) mês de vigência da apólice, que corresponde ao mês de seu aniversário.

15.2.2.2.3. As reavaliações subsequentes à do primeiro período serão realizadas, sucessivamente, considerando-se os 12 (doze) meses seguintes ao do último período reavaliado. A aplicação do reajuste ocorrerá sempre no aniversário da apólice, relativo à sua data-base.

15.2.2.2.4. Na apuração dos prêmios pagos serão descontados os impostos incidentes sobre o valor cobrado.

15.2.2.2.5. Para o cálculo do índice de correção do prêmio, será utilizada a fórmula a seguir:

$$I = \frac{(0,3 \times SI/PP) + (0,7 \times SG/PPG)}{Y}$$

Onde:

I = índice de correção para o prêmio vigente;

SI = soma dos sinistros retidos, relativos ao período de apuração, da apólice reavaliada;

PP = soma dos prêmios, relativos ao período de apuração, da apólice reavaliada;

SG = soma dos sinistros retidos, relativos ao período de apuração, das apólices com características semelhantes à apólice reavaliada;

PPG = soma dos prêmios, relativos ao período de apuração, das apólices com características semelhantes à apólice reavaliada; e
 Y = fator variável constante da proposta de seguro.

15.2.2.3. Para as apólices que tenham mais de 1.000 (mil) vidas seguradas, deverão ser obedecidas às condições a seguir:

15.2.2.3.1. O reajuste considerará os valores de sinistros e prêmios pagos da apólice reavaliada, exclusivamente.

15.2.2.3.2. Na primeira reavaliação serão ignorados os sinistros retidos e os prêmios dos 2 (dois) primeiros meses. Sendo assim, o período apurado compreenderá do 3º (terceiro) ao 10º (décimo) meses de vigência da apólice, com aplicação do resultado no faturamento do 13º (décimo terceiro) mês de vigência da apólice, que corresponde ao mês de seu aniversário.

15.2.2.3.3. As reavaliações subsequentes à do primeiro período serão realizadas, sucessivamente, considerando-se os 12 (doze) meses seguintes ao do último período reavaliado. A aplicação do reajuste ocorrerá sempre no aniversário da apólice, relativo à sua data-base.

15.2.2.3.4. Na apuração dos prêmios, serão descontados os impostos incidentes sobre o valor cobrado

15.2.2.3.5. As reavaliações serão efetuadas, obedecendo a fórmula a seguir:

$$I = \frac{SG}{Y \times PP}$$

Onde:

I = índice de correção para o prêmio vigente;

SI = soma dos sinistros, relativos ao período de apuração, da apólice reavaliada;

PPI = soma dos prêmios pagos, relativos ao período de apuração, da apólice reavaliada;

e

Y = fator variável constante da proposta de seguro.

15.2.2.3.5.1. Sempre que o índice de reajuste para o prêmio vigente, obtido pela fórmula descrita no subitem 15.2.2.3.5, resultar em número inferior a 1 (um), será considerado o índice como igual a 1 (um).

ANEXO 2

CLÁUSULA REAJUSTE: SUL AMÉRICA COMPANHIA DE SEGURO SAÚDE.

Contrato nº 0058.0043.0697 ANS- Sul América Saúde Empresarial Ambulatorial e Hospitalar com Obstetrícia Condições Gerais Versão 06. Registro na ANS: nº006246 Vigência: fevereiro 2015.

27. Reajuste do Prêmio do Seguro Com o objetivo de manter o equilíbrio técnico atuarial dos contratos, o prêmio será reajustado anualmente, com periodicidade não inferior a 12 (doze) meses, e o percentual de reajuste será apurado de acordo com o enquadramento dos contratos na quantidade de vidas definidas nas cláusulas 27.1, 27.2, 27.3 e 27.4, independente do reajuste aplicado automaticamente por mudança de faixa etária.

a) Para os contratos com até 29 (vinte e nove) vidas terão como mês de referência para a primeira apuração o mês de assinatura do contrato, sendo que as apurações subsequentes ocorrerão anualmente no mês de aniversário do contrato do ano anterior à aplicação do reajuste.

b) Para os contratos com mais de 29 (vinte e nove) vidas, terão como mês de referência para a apuração da quantidade de vidas, o mês anterior que antecede a apuração do reajuste.

c) Conforme dispõe a regulamentação vigente, qualquer reajuste aplicado ao contrato é informado à Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, em até 30 (trinta) dias após a sua aplicação. Para os contratos com até 29 (vinte e nove) vidas, além de informar a ANS, o percentual de reajuste a ser aplicado será divulgado até o primeiro dia útil do mês de maio de cada ano no Portal Sul América Saúde Online, área logada, e será informado se a Empresa Contratante integrou o agrupamento de contratos, conforme dispõe a Resolução Normativa RN nº 309. SulAmérica Saúde Coletivo Empresarial

27.1 Reajuste para Contratos com até 29 (vinte e nove) vidas.

De acordo com a Resolução Normativa – RN 309, de 24/10/2012, editada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, os contratos que contemplem até 29 (vinte e nove) vidas, serão agrupados e o percentual de reajuste será único para todos, independente do plano contratado e será aplicado no período que compreende o mês de maio, da divulgação do percentual, a abril do ano subsequente. Os critérios para o cálculo do percentual de reajuste estão definidos a seguir.

27.1.1 Reajuste Financeiro do Prêmio

O prêmio será reajustado com base na Variação dos Custos Médico Hospitalares - VCMH, e de outras despesas incidentes sobre a operação do seguro, além de incorporações tecnológicas e coberturas adicionais.

a) A VCMH que poderá ser ponderada por plano, região e sexo, é calculada por meio da variação do custo do sinistro per capita anual de dois períodos consecutivos compreendidos de março a fevereiro, considerando os sinistros pagos dos contratos que contemplem até 29 (vinte e nove) segurados, sendo o último período imediatamente anterior à data de referência. Considera-se como data de referência o mês de maio do ano de início do ciclo de aplicação de reajuste.

b) Os sinistros dos 5 (cinco) primeiros meses de vigência dos contratos que compuserem a base de cálculo do reajuste serão substituídos pelo sinistro per capita dos demais meses de vigência do período de apuração desses contratos, o qual será multiplicado pela quantidade de beneficiários vigentes para cada mês substituído.

c) A variação encontrada, nos termos da apuração descrita, resultará no Índice de Variação dos Custos Médicos Hospitalares - IVCMH. 27.1.2 Reajuste do Prêmio em Função da Sinistralidade O prêmio do seguro será reajustado sempre que o Índice de Reajuste de Sinistralidade - IRS apurado no agrupamento estiver acima de 0,65 (sessenta e cinco centésimos).

a) Na apuração do índice de sinistralidade serão considerados os valores de sinistros e prêmios pagos dos últimos 12 (doze) meses, que compreende o período de março a fevereiro, imediatamente anterior à data de referência. Considera-se como data referência o mês de maio do ano do início do ciclo de reajuste.

b) Os sinistros dos 5 (cinco) primeiros meses de vigência dos contratos que compuserem a base de cálculo do reajuste serão substituídos pelo sinistro per capita dos demais meses de vigência do período de apuração desses contratos, o qual será multiplicado pela quantidade de beneficiários vigentes para cada mês substituído.
SulAmérica Saúde Coletivo Empresarial

c) Não serão considerados os impostos e comissões incidentes sobre o valor do prêmio pago

d) Os prêmios serão reajustados em função da sinistralidade, caso o índice da fórmula abaixo seja maior que 1 (um). Caso o índice seja menor que 1 deve ser utilizado 1 como resultado do IRS, que será utilizado na fórmula para compor o Percentual de Reajuste Único – PRU.

$$\text{IRS} = \left[\frac{\sum \text{sinistro}}{\sum \text{prêmio}} \right] / 0,65$$

Em que:

IRS = Índice de Reajuste da Sinistralidade;

\sum **Sinistros** = Soma dos sinistros pagos dos últimos 12 (doze) meses que compreende o período de março a fevereiro, imediatamente anterior à data referência. Considera-se como data referência o mês de maio do ano do início do ciclo de aplicação do reajuste. Os sinistros dos 5 (cinco) primeiros meses de vigência dos contratos que compuserem a base de cálculo do reajuste serão substituídos pelo sinistro per capita dos demais meses de vigência do período de

apuração desses contratos, o qual será multiplicado pela quantidade de beneficiários vigentes para cada mês substituído.

Σ **Prêmios** = Soma dos prêmios pagos líquidos de impostos e comissões dos últimos 12 (doze) meses que compreende o período de março a fevereiro, imediatamente anterior à data de referência.

Considera-se como data de referência o mês de maio do ano do início do ciclo de aplicação do reajuste. 0,65 = Índice Máximo de Sinistralidade.

27.1.3 Percentual de Reajuste Único - PRU

Desta forma, o PRU será obtido considerando a composição dos resultados encontrados.

$$\text{PRU} = \left[(\text{IVCMH} * \text{IRS}) - 1 \right] * 100$$

Em que:

PRU = Percentual de Reajuste Único;

IVCMH = Índice de Variação dos Custos Médicos Hospitalares;

IRS = Índice de Reajuste por Sinistralidade dos contratos que fazem parte do agrupamento.

27.2 Reajuste para Contratos de 30 (trinta) a 99 (noventa e nove) vidas

Serão considerados todos os contratos que contemplem de 30 (trinta) a 99 (noventa e nove) vidas no mês que antecede a apuração do reajuste, e os critérios para o reajuste estão definidos a seguir.

27.2.1 Reajuste Financeiro do Prêmio

O prêmio será reajustado com base na Variação dos Custos Médico hospitalares - VCMH, e de outras despesas incidentes sobre a operação do seguro, além de incorporações tecnológicas e coberturas adicionais.

27.2.2 Reajustes do Prêmio em Função da Sinistralidade

O prêmio do seguro será reajustado sempre que o índice de sinistralidade apurado no grupo de empresas estiver acima de 0,70 (setenta centésimos).

- a) Na apuração do índice de sinistralidade serão considerados os valores de prêmios pagos e sinistros pagos, mais sinistros avisados e não pagos dos últimos 12 (doze) meses, que compreende o mês imediatamente anterior à data de apuração.
- b) Não serão considerados prêmios e sinistros dos três primeiros meses de vigência dos contratos
- c) Os contratos que integrarão a base de cálculos devem ter mais que cinco meses de vigência dos contratos.
- d) Não serão considerados os impostos e comissões incidentes sobre o valor do prêmio pago.
- e) Os prêmios serão reajustados em função da sinistralidade, caso o índice da fórmula abaixo seja maior que 1 (um). Caso o índice seja menor que 1 deve ser utilizado 1 como resultado do IRS, que será utilizado na fórmula abaixo para compor o percentual de reajuste.

$$\text{IRS} = \left[\frac{\Sigma \text{ sinistro}}{\Sigma \text{ prêmio}} \right] / 0,70$$

Em que:

IRS = Índice de Reajuste da Sinistralidade;

Σ **Sinistros** = Soma dos sinistros pagos dos últimos 12 meses imediatamente anterior a data de apuração

Σ **Prêmios** = Soma dos prêmios pagos dos últimos 12 meses imediatamente anterior a data de apuração

0,70 = Índice Máximo de Sinistralidade.

27.2.3. Composição do Reajuste a ser aplicado aos contratos que contemplem de 30 (trinta) a 99 (noventa e nove) vidas

$$R = (IVCMH * IRS) - 1 * 100$$

Em que:

R = Reajuste

IVCMH = Índice de Variação dos Custos Médicos Hospitalares;

IRS = Índice de Reajuste por Sinistralidade dos contratos que fazem parte do agrupamento.

Caso o índice seja menor que 1 deve ser utilizado 1 na aplicação da fórmula.

27.3 Reajustes para Contratos de 100 (cem) a 499 quatrocentos e noventa e nove) vidas.

Serão considerados todos os contratos que contemplem de 100 (cem) a 499 (quatrocentos e noventa e nove) vidas no mês que antecede a apuração do reajuste e os critérios para o reajuste estão definidos a seguir.

27.3.1 Reajuste Financeiro do Prêmio

O prêmio será reajustado com base na Variação dos Custos Médico Hospitalares - VCMH, e de outras despesas incidentes sobre a operação do seguro, além de incorporações tecnológicas e coberturas adicionais.

27.3.2 Reajustes do Prêmio em Função da Sinistralidade

O prêmio do seguro será reajustado sempre que o índice de sinistralidade apurada estiver acima de 0,70 (setenta centésimos).

a) Na apuração do índice de sinistralidade serão considerados os valores de prêmios pagos e sinistros pagos, mais sinistros avisados e não pagos dos últimos 12 (doze) meses, que compreende o mês imediatamente anterior à data de apuração, considerando 50% (cinquenta por cento) do resultado de todos os contratos coletivos empresariais que contemplem de 100 (cem) a 499 (quatrocentos e noventa e nove) vidas e, 50% (cinquenta por cento) do resultado do próprio contrato.

b) Não serão considerados os impostos e comissões incidentes sobre o valor do prêmio pago.

c) Não serão considerados os prêmios e sinistros dos três primeiros meses de vigência dos contratos

d) Os contratos que integrarão a base de cálculos, devem ter mais de cinco meses de vigência SulAmérica Saúde Coletivo Empresarial

e) O índice de Reajuste de Sinistralidade, será obtida conforme a seguinte fórmula:

$$\text{IRS} = \left[\left(\frac{\sum \text{Sinistros ca}}{\sum \text{Prêmios ca}} \right) / 0,7 \right] \times 0,5 + \left[\left(\frac{\sum \text{Sinistros co}}{\sum \text{Prêmios co}} \right) / 0,7 \right] \times 0,5$$

Em que:

IRS = Índice de Reajuste de Sinistralidade

\sum **Sinistros ca** = soma dos sinistros pagos da carteira dos últimos 12 (doze) meses imediatamente anterior a data de apuração.

\sum **Prêmios ca** = soma dos prêmios pagos da carteira dos últimos 12 (doze) meses imediatamente anterior a data de apuração.

\sum **Sinistros co** = soma dos sinistros pagos do contrato dos últimos 12 (doze) meses imediatamente anterior a data de apuração.

\sum **Prêmios co** = soma dos prêmios pagos do contrato dos últimos 12 (doze) meses imediatamente anterior a data de apuração.

27.3.3 Composição do Reajuste a ser aplicado aos contratos que contemplem de 100 (cem) a 499 (quatrocentos e noventa e nove) vidas

$$R = \left[(\text{IVCMH} * \text{IRS}) - 1 \right] * 100$$

Em que:

R = Reajuste

IVCMH = Índice de Variação dos Custos Médicos Hospitalares;

IRS = Índice de Reajuste por Sinistralidade dos contratos que fazem parte do agrupamento. Caso o índice seja menor que 1 deve ser utilizado 1 na aplicação da fórmula.

27.4 Reajustes do Prêmio do Seguro para contratos com 500 (quinhentas) vidas ou mais. Para os contratos com 500 (quinhentas) vidas ou mais, o índice de sinistralidade será avaliado individualmente, ou seja, por contrato, e a apuração da quantidade de vidas será no mês que antecede a apuração do reajuste.

27.4.1 Reajuste Financeiro do Prêmio

O prêmio será reajustado com base na Variação dos Custos Médico Hospitalares - VCMH, e de outras despesas incidentes sobre a operação do seguro, além de incorporações tecnológicas e coberturas adicionais.

27.4.2 Reajuste do Prêmio em função da Sinistralidade

O prêmio do seguro será reajustado sempre que o índice de sinistralidade apurada estiver acima de 0,70 (setenta centésimos).

- a) Na apuração do índice de sinistralidade serão considerados os valores de prêmios pagos e sinistros pagos, mais sinistros avisados e não pagos dos últimos 12 (doze) meses, que compreende o mês imediatamente anterior à data de apuração.
- c) Não serão considerados prêmios e sinistros dos três primeiros meses de vigência dos contratos
- d) Os contratos que integrarão a base de cálculos devem ter mais que cinco meses de vigência dos contratos
- e) Não serão considerados os impostos e comissões incidentes sobre o valor do prêmio pago.
- f) Os prêmios serão reajustados em função da sinistralidade, caso o índice da fórmula abaixo seja maior que 1 (um). Caso o índice seja menor que 1 deve ser utilizado 1 como resultado do IRS, que será utilizado na fórmula abaixo para compor o percentual de reajuste.

$$\text{IRS} = \left[\frac{\sum \text{sinistro co}}{\sum \text{prêmio co}} \right] / 0,70$$

Em que:

IRS = Índice de Reajuste da Sinistralidade;

\sum **Sinistros co** = Soma dos sinistros pagos do contrato dos últimos 12 meses imediatamente anterior a data de apuração

\sum **Prêmios co** = Soma dos prêmios pagos do contrato dos últimos 12 meses imediatamente anterior a data de apuração

0,70 = Índice Máximo de Sinistralidade.

27.4.3 Composição do Reajuste a ser aplicado aos contratos que contemplem 500 (quinhentas) vidas ou mais

$$R = \left[(\text{IVCMH} * \text{IRS}) - 1 \right] * 100$$

Em que:

R = Reajuste

IVCMH = Índice de Variação dos Custos Médicos Hospitalares;

IRS = Índice de Reajuste por Sinistralidade dos contratos que fazem parte do agrupamento. Caso o índice seja menor que 1 deve ser utilizado 1 na aplicação da fórmula.