



PODE O TRIBUNAL DECIDIR SE A TERRA É PLANA? COMENTÁRIOS AO ACÓRDÃO DO IRDR 11, DO TJSP

*Can court decide if the Earth is flat? comments on TJSP's judgment of
IRDR 11*

Revista de Processo - RePro
vol. 323 - Jan/2022

Georges Abboud

Livre-Docente, Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Processo Civil da PUC-SP e do programa de Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino (IDP-DF). Advogado e consultor jurídico.

georges.abboud@neryadvogados.com.br

Ricardo Yamin Fernandes

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-SP. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica – PUC-SP. Professor assistente de processo civil na PUC-SP. Membro do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro da ABDPRO – Associação Brasileira de Direito Processual. Advogado e Gerente Jurídico.

yamin587@hotmail.com

Área do Direito: Civil; Processo

Resumo: O artigo tem como objetivo analisar o acórdão proferido no IRDR 11, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Nesse julgamento, o tribunal analisou a legalidade da cláusula, presente nos contratos de planos de saúde coletivos, que permite o reajuste no prêmio por mudança de faixa etária.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – Ativismo judicial – Decisão vinculante – Saúde suplementar

Abstract: The article aims to analyze the judgment issued in IRDR No. 11, judged by the São Paulo Court of Justice. In this judgment, the court analyzed the legality of the clause, present in the collective health insurance contracts, which allows the readjustment in the price after changing the age group.

Keywords: Repetitive claims resolution incident – Judicial activism – Binding decision – Supplementary health

Sumário: 1. Introdução - 2. (Mais) um ponto sobre ativismo judicial - 3. Do juízo de admissibilidade do IRDR 11 - 4. Do juízo de mérito do IRDR n. 11. - 5. Pode o Tribunal, afinal, decidir se a terra é plana? - 6. Referências bibliográficas

Para citar este artigo: Abboud, Georges; Fernandes, Ricardo Yamin. Pode o Tribunal decidir se a Terra é plana?: comentários ao acórdão do IRDR 11, do TJSP. *Revista de Processo*. vol. 323. ano 47. p. 403-421. São Paulo: Ed. RT, janeiro 2022.



1. Introdução

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR é, com certeza, uma das novidades introduzidas pelo Código de Processo Civil mais enaltecida pela doutrina. Diversos ensaios, livros, teses e estudos foram feitos sobre o assunto.

O IRDR é um dos mecanismos do CPC que permite aos tribunais a formação de um precedente¹. É possível, em nossa doutrina, depreender uma certa vulgarização do sistema de precedentes existente na tradição *common law*, simplificando-o e reduzindo-o à ideia de que, para a adoção de um sistema como o norte americano, bastaria que a lei prescrevesse o respeito obrigatório às decisões proferidas por tribunais².

Quando, a partir de premissas equivocadas, comemora-se precipitadamente a inauguração de um certo instituto, críticas importantes podem ser negligenciadas. É o que tem ocorrido em relação ao IRDR, criado pelo CPC vigente.

O Incidente fez sucesso, também, no âmbito dos Tribunais. No Tribunal de Justiça de São Paulo, até a data do fechamento deste estudo, já haviam sido fixados 43 Temas para julgamento sob o rito do IRDR. Há uma enorme diversidade entre os temas já admitidos para julgamento, variando de questões previdenciárias de policiais, taxa de remoção de lixo, competência dos juizados especiais, precatórios, alimentos, ação rescisória, entre outros. Tanto questões de direito processual como de direito material compõem os assuntos postos a julgamento sob essa sistemática.

O julgamento que nos interessa para este estudo é o tema de número 11. Neste, o Tribunal de Justiça de São Paulo se debruçou sobre um tema muito relevante e recorrente no setor da saúde suplementar, qual seja, os reajustes em contratos de planos de saúde. A questão submetida a julgamento foi assim posta:

“Questões de direito relacionadas a reajuste por mudança de faixa etária aos 59 anos, no âmbito de contratos coletivos de plano de saúde empresariais e por adesão) celebrados a partir de 01.01.2004 ou adaptados à Resolução 63/03, da ANS – Tese fixada pelo C. STJ no REsp 1.568.244/RJ, sob a sistemática dos recursos repetitivos, que não vincula os processos que versem sobre planos coletivos – Divergência jurisprudencial persistente sobre o tema suscitado no âmbito deste E. Tribunal de Justiça – Efetiva repetição de processos – Risco patente de ofensa à isonomia e à segurança jurídica – Requisitos do art. 976, do CPC/15, preenchidos – IRDR admitido, com o seguinte tema: ‘Validade, à luz da Lei 9.656/1998, do CDC e do Estatuto do Idoso, da cláusula de contrato coletivo de plano de saúde (empresarial ou por adesão), celebrado a partir de 01.01.2004 ou adaptado à Resolução 63/2003, da ANS, que prevê reajuste por mudança de faixa etária aos 59 (cinquenta e nove) anos de idade.’”

Em resumo, o Tribunal de Justiça de São Paulo se propôs a definir se o reajuste por mudança de faixa etária, aplicado aos contratos de plano de saúde coletivos, são abusivos ou não, e qual o critério de cálculo adequado, seguindo a Resolução Normativa 63 da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS.

A título explicativo, a Resolução Normativa 63 da ANS estipula um critério matemático para o cálculo dos reajustes por mudança de faixa etária, para que as operadoras possam precificar seus produtos e construir sua tabela. Os requisitos, dispostos no art. 3º da RN são:

“Art. 3º Os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, observadas as seguintes condições: I – O valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária; II – a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.”

Estipula a regra, portanto, que, ao elaborar sua tabela, a operadora de saúde não pode, em relação à última faixa etária, fixar valor de reajuste superior a seis vezes o valor da primeira faixa, e o valor da variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira



e a sétima.

O objetivo deste trabalho é analisar o acórdão proferido no julgamento deste IRDR, tanto sua admissibilidade como o mérito, e verificar se, ao decidir, o Tribunal observou as regras legais que regem o instituto, bem como qual foi a solução dada para um conflito que coloca, de um lado, os consumidores, e de outro um setor altamente regulado.

2. (Mais) um ponto sobre ativismo judicial

Quem se propõe a examinar as polêmicas que circundam as possíveis interpretações que se operam sobre o CPC 1015 não pode escapar do debate relativo ao ativismo, mormente quando se tem em vista, cada vez mais, aumento das hipóteses em que os tribunais podem decidir de forma vinculante.

No Brasil, o ativismo judicial se tornou o tema da década. Discutir os limites que se colocam à atividade jurisdicional e os critérios que devem conduzi-la é questão de urgência para a doutrina nacional, que, diuturnamente, assiste à expansão insidiosa do Judiciário frente aos demais Poderes, numa prática nociva a que se intitula *ativismo judicial*.

É importante, nesse cenário, apurarmos o conceito de ativismo, para evitar que dispendamos energia combatendo espantalhos. De início, necessário, desde logo, pontuar que *ativismo não é sinônimo de judicialização de políticas públicas*.

O especial destaque que o Poder Judiciário adquiriu na tradição continental desde o século XX possui motivos sociais, políticos e históricos. Com o término da Segunda Guerra Mundial e a derrota dos combatentes nazistas, os Estados editaram novas constituições, incluindo, em seu texto, uma gama de direitos fundamentais revestidos de força normativa. Esses direitos compõem um mínimo existencial que impõe aos Poderes Públicos a obrigação não só de respeitá-los, mas, também, concretizá-los.

Para dar efetividade à garantia pretendida pelo plexo de direitos fundamentais consagrados nas constituições do Pós-Guerra é que se deu o fortalecimento da jurisdição constitucional, que adquiriu a função de controlar o próprio conteúdo dos atos legislativos.

Num cenário como esse, é, em certa medida, natural que uma gama maior de questões seja judicializada, principalmente quando se acresce ao quanto posto o processo de massificação da sociedade. A judicialização, portanto, é um fenômeno social, consistente na invocação do Judiciário para a resolução de um maior número de questões, e que, por si só, não constitui um problema da teoria do direito.

Ativismo, a seu turno, é um *modus operandi* do Judiciário no momento de julgar as causas judicializadas³. Nada obstante o ativismo não se confundir com judicialização, ambos estão correlacionados de alguma maneira. As mudanças político-jurídicas que deram azo à judicialização também impulsionaram a expansão do ativismo. Contudo, o ativismo é um acontecimento cuja causa direta e imediata é o proceder do magistrado. Cuida-se de um fenômeno cujo início e eventual fim dependem única e exclusivamente do Judiciário. A judicialização, de outra parte, não nasce da postura dos juízes, mas de uma série de fatores histórico-sociais que independem da sua vontade⁴.

Clarissa Tassinari esclarece que o ativismo se manifesta nos julgamentos que, nada obstante possuam alguma aparência de juridicidade, não se pautam em elementos jurídicos, mas na vontade do julgador.⁵⁻⁶

No mesmo sentido, Antoine Garapon associa o ativismo à vontade do juiz: “O ativismo evidencia-se quando, entre muitas soluções possíveis, a escolha do juiz é alimentada pela vontade de acelerar a transformação social ou, ao contrário, de travá-la”⁷.

O ativismo, nesse contexto, escamoteia-se por meio de diversos subterfúgios, a exemplo da invocação do



suposto poder discricionário do juiz ou de argumentos puramente consequencialistas.

Aqui não se trata de repudiar qualquer tipo de argumento de cariz consequencialista. Ocorre que não há consequencialismo que legitime atuação legiferante ou ilegal do julgador. As normas detalhadas podem ser racionalizadas em termos de princípios mais gerais, cujo teor extrapola o âmbito das normas postas. Por conseguinte, existe fundamento suficiente e legal a justificar alguma deliberação inovadora e a decisão particular que lhe seja sujeita.⁸

Conforme afirmamos em outra oportunidade:

“O consequencialismo, ora defendido, pode ser sintetizado na influência de toda a ordem de efeitos que serão desencadeados pela decisão judicial na atividade intelectual do julgador. Analisar as consequências da decisão, no âmbito normativo, nada mais é do que uma vinculação do julgador não apenas com a coerência de suas decisões passadas, mas também em assegurar a integridade em relação ao futuro, mediante teste de universalização, a verificar se essa decisão é replicável e extensível em causas futuras que demandem o mesmo tipo de provimento judicial.”⁹

Quando se pensa numa jurisdição exercida com fundamento nas convicções pessoais ou no desejo do juiz em lugar do direito vigente, automaticamente se antevê um poder arbitrário atentatório à democracia. Dizer que, ao julgar, o magistrado se vale de critérios subjetivos, em detrimento da lei e da Constituição, é constatar que o Judiciário se rebela contra sua própria função – aplicar o direito (e não a sua vontade) ao caso concreto – e suspende os pré-compromissos democráticos vigentes.

Não cabe aos membros do Poder Judiciário realizar juízo político porque não possuem legitimidade para tanto e porque a função que exercem não é a legislativa, mas a jurisdicional; não criam lei, aplicam a lei criada pelo órgão constitucionalmente competente, sempre, é claro, numa atividade interpretativa inerente.

Daí porque não há bom ativismo. Uma sociedade amadurecida compreende que todo ativismo é pernicioso, pois, ao fim e ao cabo, conduz à degeneração do Estado Democrático de Direito.

Consideramos todo ativismo pernicioso para o Estado Democrático de Direito, não podendo, portanto, diferenciar-se entre o bom e o mau ativismo. Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida como *legitimidade do sistema jurídico*, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo.¹⁰

As considerações feitas neste item são importantes para o exame que realizamos em seguida. A saúde é um dos direitos fundamentais que é extremamente judicializado. Esse fato, por si só, não é ruim ou bom.

A celeuma está na maneira como os juízes têm decidido os processos que versam sobre esse tema, que tem um grande complicador, qual seja, a grande possibilidade de uma das partes estar com risco de vida.

3. Do juízo de admissibilidade do IRDR 11

No dia 05.09.2017, foi admitido e distribuído, à Turma Especial de Direito Privado 1 do Tribunal de Justiça de São Paulo, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas número 11, autuado sob o 0043940-25.2017.8.26.0000, para a relatoria do Desembargador Grava Brazil. O recurso paradigma, no qual se discutia a validade da aplicação, por uma operadora de saúde, de reajuste por mudança de faixa etária, foi afetado e encaminhado para análise de admissibilidade do incidente.

Os requisitos para a instauração do Incidente de Demandas Repetitivas estão dispostos no art. 976¹¹ do CPC. São eles: a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Há, também, um requisito negativo para sua



instauração, qual seja, a existência, no âmbito de um tribunal superior, recurso afetado para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva¹².

Analisaremos esses requisitos separadamente, avaliando a fundamentação empregada pelo tribunal para seu reconhecimento.

3.1. Do requisito da efetiva repetição de processos

De fato, a matéria posta em julgamento é extremamente repetitiva. Questões envolvendo saúde suplementar assolam os tribunais de todo o país. Em números absolutos, ingressaram no Tribunal de Justiça de São Paulo, entre o ano de 2014 e o mês de julho de 2017, 98.626 (noventa e oito mil, seiscentos e vinte e seis recursos) versando sobre planos de saúde.

Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, intitulada “Judicialização da Saúde no Brasil: Perfil das demandas, causas e propostas de solução”¹³ identificou-se que o setor de saúde foi responsável por 498.715 processos de primeira instância distribuídos em 17 tribunais de justiça estaduais, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais de justiça estaduais no período de 2008 a 2017. Nesse período, a judicialização aumentou em 130%.

Em números absolutos, o tema saúde é extremamente recorrente no Tribunal.

Dentro do tema saúde, o subtema reajuste nos contratos de plano de saúde é um dos que mais se repete. Não demanda muito esforço, aos julgadores, demonstrar a repetitividade desta questão.

Sob estes pontos, fundamentou o tribunal – a nosso ver, de forma correta, para atender ao requisito da efetiva repetição de processos.

3.2. Do requisito risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica

Em relação ao segundo requisito – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, o relator fundamenta, também adequadamente, apresentando diversas posições adotadas pelo tribunal, sobre o mesmo tema.

A divergência envolvendo o objeto reajuste por faixa etária nos contratos de plano de saúde é assustadora. Exemplificamos, abaixo, algumas posições detectadas, naquele momento, nas câmaras do Tribunal:

Decisões que consideram ilícito o reajuste ao completar 59 anos, ainda que previsto no contrato, por violar o Estatuto do Idoso e ser excessivamente oneroso para o consumidor;

Decisões que consideram o reajuste aos 59 anos, *a priori*, válido, mas afastam o percentual previsto em contrato, por entendê-lo abusivo, dada sua expressividade, ainda que esteja de acordo com a Resolução 63/03, da ANS. Em alguns desses julgados, o percentual é substituído por outro, pleiteado pela parte e/ou fixado a critério da Turma Julgadora, integralmente afastado, sem substituição, ou, ainda, submetido à liquidação de sentença;

Decisões que consideram válido o reajuste aos 59 anos, desde que previsto contratualmente, com as respectivas faixas etárias e percentuais, e desde que esteja de acordo com a Resolução 63/03, da ANS;

Decisões realizam soma aritmética dos percentuais incidentes em cada intervalo, entre a primeira e a sétima faixas e entre a sétima e a décima faixas etárias;

Decisões que consideram a média aritmética dos percentuais incidentes nas faixas anteriores.

Havia, de fato, enorme divergência no interior do Tribunal de Justiça de São Paulo, com decisões em diversos sentidos. A divergência vai desde a legalidade¹⁴ ou não¹⁵ do reajuste, até a fórmula de cálculo¹⁶. Apesar da regra, criada pela ANS, ter determinado o critério matemático a ser adotado no cálculo, o TJSP, a



depende da Câmara, desenvolveu métodos próprios para apuração.

À época da instauração do incidente, autor e réu tinham a sorte fadada ao sorteio de relatoria. A depender da Câmara, colhia-se um resultado diferente. Nítida, portanto, a ofensa a segurança jurídica.

3.3. Da inexistência, no âmbito dos tribunais superiores, de recurso afetado para definição de tese sobre a questão submetida a julgamento no IRDR

Superados os dois requisitos positivos para a admissibilidade do incidente, passa-se à análise do negativo, qual seja, inexistência de recurso afetado, por tribunais superiores, para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva¹⁷.

Sobre esse ponto, instaurou-se uma polêmica, cuja solução foi algo que já sustentamos desde que o CPC entrou em vigor: as decisões vinculantes, independente se exaradas por tribunais superiores ou não, não tem relação direta com os precedentes do *common law*, dado que são mecanismos genuinamente brasileiros para organização e tratamento da litigiosidade repetitiva. Ou seja, as decisões vinculantes brasileiras antes de serem criadoras de complexidade atuam para reduzir a complexidade mediante a introdução de novo comando normativo a ajudar a esclarecer a solução a ser dada aos casos repetitivos sobrestados.

Explicamos.

Em maio de 2016, o Superior Tribunal de Justiça afetou, para julgamento sob o regime de recursos repetitivos, o Recurso Especial 1.568.244/RJ. No recurso – afetado para julgamento no Tema 952 – discute-se a validade da cláusula contratual de plano de saúde que prevê o aumento da mensalidade conforme a mudança de faixa etária do usuário.

Após julgamento, fixou-se a seguinte tese jurídica:

“O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.”

Em uma leitura apressada, é possível imaginar que a instauração do IRDR, no TJSP, seria inadmissível, haja vista a existência de decisão vinculante do STJ sobre matéria idêntica. Há, contudo, uma diferença elementar entre os julgamentos, qual seja, o STJ decidiu e fixou a tese para planos de saúde individuais ou familiares, ao passo que o TJSP instaurou o incidente para decidir a questão para planos coletivos¹⁸. Essa diferença apenas aparenta ser singela. As modalidades de planos – individual e coletivo – possuem regramento regulatório e legal completamente diferentes.

Nesse ponto, abriu-se divergência a respeito da admissibilidade do IRDR. Apesar da diferença entre as decisões, uma parcela dos interessados passou a sustentar a aplicação da decisão do STJ também para os planos coletivos.

O argumento é que, apesar de tratar sobre planos individuais e familiares, a *ratio decidendi*¹⁹ da decisão proferida pelo STJ se aplicaria também aos planos coletivos.

Sustentaram que, apesar da tese fixada pelo STJ consignar, claramente, que abrange apenas os planos individuais e, expressamente ter decidido dessa forma um dos embargos de declaração opostos, é possível extrair as razões de decidir e aplicá-las aos planos coletivos, em razão do suposto sistema de precedentes, estampado no art. 927 do CPC.

Aqui, ousamos discordar desse entendimento. E fazemos isso por uma razão simples: no Brasil não há um



sistema de precedentes. O CPC, em seu artigo 927, criou uma série de decisões obrigatórias, que em nada se confundem com um precedente norte-americano ou inglês²⁰.

Os tribunais brasileiros, ao julgar um recurso repetitivo, IRDR ou IAC, fixam um texto, abstrato, que tem eficácia obrigatória por força de Lei. O que vincula, portanto, é aquilo constante na tese firmada.

O STJ expressamente consignou, em sua tese, que a decisão versava sobre planos individuais e familiares. Este é o texto obrigatório, independente dos fundamentos utilizados para decidir a questão - que tem apenas força argumentativa futura. O que vincula é o texto. Ainda que pudesse haver a extensão argumentativa para planos coletivos essa extensão não poderia se dar pela cogência vinculante do texto legal.

Esta é uma das diferenças fundamentais do sistema de precedentes para o sistema brasileiro, consagrado pelo CPC de 2015. O tribunal superior dá a tese, que deve ser interpretada e aplicada pelos julgadores futuros. A aplicação da tese está limitada pela amplitude do próprio texto.

No caso narrado, ao argumentar por precedente, deveriam os defensores da tese explorar os motivos que levaram o STJ a decidir de determinada maneira, e transpô-los ao julgamento presente. Ou seja, buscar as razões de decidir do tribunal superior, para aplicá-las a situação aparentemente análoga. Isto é completamente diferente de afirmar que a decisão do STJ também vincularia os planos coletivos.

Por não constar, expressamente, na tese decidida pelo STJ, a nomenclatura “planos coletivos”, não é possível afirmar que o tribunal superior já decidiu o tema, e afastar a admissibilidade do IRDR.

E foi exatamente essa a decisão da maioria do TJSP, que, de forma acertada, deu seguimento ao IRDR por entender que a decisão do STJ estava limitada aos planos individuais e familiares.

4. Do juízo de mérito do IRDR n. 11.

A análise do mérito do incidente perpassa por dois pontos: a legalidade da aplicação do reajuste por faixa etária, e a correta aplicação do art. 3º da Resolução 63/03 da ANS, ou seja, da fórmula adequada de se estratificar os reajustes, dentro das faixas etárias.

4.1. Da validade do reajuste, por variação de faixa etária, nos contratos coletivos de planos de saúde

Costumeiramente, os contratos de plano de saúde têm a previsão de duas modalidades de reajuste. Um anual, baseado no aumento da sinistralidade;²¹ e um reajuste periódico, aplicado quando o beneficiário atinge idades específicas. Ao passo que o reajuste anual é calculado anualmente, e varia de acordo com o sinistro apurado na carteira, o reajuste por faixa etária é pré-fixado no contrato. Discute-se, no caso em tela, apenas o segundo.

Primeiro ponto – e mais importante – para analisar a legalidade do reajuste é, justamente, sua previsão legal. A possibilidade de se reajustar o preço do plano de saúde, por alteração de idade, está disposta nos arts. 15 e 16 da Lei 9.656, de 1998²².

A base regulatória, por sua vez, é a Resolução Normativa n. 63, expedida pela ANS. A RN determina que as operadoras adotem dez faixas etárias²³, e estabelece que os percentuais de variação deverão ser fixados da seguinte forma: o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária; a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas; as variações por mudança de faixa etária não podem apresentar percentuais negativos.

A razão de ser desse reajuste é o prenunciável aumento dos custos²⁴, da maior necessidade e utilização de serviços médicos, do aumento na demanda por serviços mais complexos, bem como aumento no próprio



custo dos serviços, notadamente de internação, sobretudo na medida em que o beneficiário envelhece.

A divisão de preços por faixa etária busca refletir a evolução do risco associada à idade de cada beneficiário do plano, de modo que os segurados pertencentes a cada grupo, cujo perfil de risco é similar, paguem mensalidade proporcional ao risco gerado.

Ao arremate, contribuindo para a argumentação de legalidade do reajuste, o STJ, ao julgar o Tema 952, consignou que:

“O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.”

Essa decisão, como explicamos alhures, não vincula o TJSP no que se refere aos planos coletivos. Contudo, confere peso argumentativo relevante sobre a posição adotada pelo tribunal superior.

Baseado nesses argumentos, o TJSP decidiu pela validade do reajuste, firmando a seguinte tese:

“É válido, em tese, o reajuste por mudança de faixa etária aos 59 (cinquenta e nove) anos de idade, nos contratos coletivos de plano de saúde (empresarial ou por adesão), celebrados a partir de 01.01.2004 ou adaptados à Resolução 63/03, da ANS, desde que (i) previsto em cláusula contratual clara, expressa e inteligível, contendo as faixas etárias e os percentuais aplicáveis a cada uma delas, (ii) estes estejam em consonância com a Resolução 63/03, da ANS, e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.”

Aumentar o preço do plano de saúde dificilmente é visto com bons olhos. Sustentar o mercado de saúde suplementar fica em segundo plano, aos olhos de alguns juízes, quando do outro lado está a impossibilidade de um idoso continuar a arcar com os custos de saúde suplementar.

Não obstante o apelo emocional que esse tipo de demandas possa ter, fato é que o reajuste tem previsão legal e regulatória. Para que o Judiciário possa considerar ilícita sua aplicação, é necessário que declare a inconstitucionalidade dos dispositivos legais. Em nossa democracia, a única possibilidade de não aplicação da legislação, pelo Poder Judiciário, é realizando controle de constitucionalidade. Isso não era feito, nas decisões que afastavam a incidência do reajuste.

4.2. Da forma de cálculo do reajuste

Após a aplicação do reajuste ser considerada lícita, o TJSP passou a analisar a metodologia utilizada para o cálculo do valor. De acordo com o inciso II do art. 3º da Resolução 63/03 da ANS, os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, observada a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas, não podendo ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

Variação acumulada é um conceito originado na matemática financeira, e denota uma fórmula para calcular o valor medido entre a base inicial e a base final, ou seja, um método para se apurar o efetivo aumento de determinado valor. Variação acumulada não se trata de soma de índices, e nem de média aritmética²⁵.

A soma de percentuais não reflete o aumento real. Um exemplo matemático simples demonstra isso: uma mensalidade de R\$ 100,00 (cem reais) que sofre um reajuste de 10% passa para R\$ 110,00 (cento e dez reais). A aplicação de um novo reajuste de 10% eleva essa mensalidade para R\$ 121,00 (cento e vinte e um reais). Se somássemos os reajustes, e aplicássemos à primeira parcela (R\$ 100,00 com reajuste de 20%), o valor obtido seria R\$ 120,00 (cento e vinte reais).

A soma dos percentuais de reajuste, feita em uma grande quantidade de julgados, não respeita a técnica da variação acumulada, e não leva ao mesmo resultado. Exatamente por essa razão, o art. 3º, II, da Resolução ANS 63/03, fala em "variação acumulada", não em "soma dos percentuais".

A ANS, ao se manifestar nos autos do IRDR, por meio de sua área técnica, disse o óbvio, ou seja, que a simples soma aritmética dos percentuais está incorreta, e que o cálculo deve se dar da forma acumulada, como previsto na norma²⁶.

A correta interpretação da resolução normativa é diretamente dependente do cálculo correto da variação acumulada, seja por meio da fórmula matemática respectiva, seja por meio da adoção de valor simbólico para a primeira faixa etária, com o fim de se alcançar o aumento real na mensalidade do plano de saúde verificado em cada um dos intervalos entre a primeira e a sétima faixas etárias, e entre a sétima e a décima faixas etárias.

Esses reajustes, cujos cálculos seguem as diretrizes impostas pela agência reguladora tem, como um dos objetivos, manter o equilíbrio econômico-financeiro, não só do contrato individual, mas de todo o setor. As decisões judiciais que desaplicam a Resolução ANS 63/03, afastando os percentuais contratuais de reajuste por mudança de faixa etária e substituindo-os por percentuais aleatórios, sem qualquer fundamento técnico-atuarial, e que não refletem o avanço da idade ou até mesmo por índice nenhum, ou que aplicam erroneamente o cálculo, contribuem para que o valor dos planos de saúde seja cada vez mais alto, em prejuízo de todos os consumidores, até mesmo aqueles que não são contratantes do serviço.

Felizmente, diante dos argumentos acima explicitados, o Tribunal de Justiça decidiu pela necessidade de se fazer o cálculo, respeitando as diretrizes expedidas pela agência reguladora. Fixou, então a segunda tese:

"A interpretação correta do art. 3º, II, da Resolução 63/03, da ANS, é aquela que observa o sentido matemático da expressão 'variação acumulada', referente ao aumento real de preço verificado em cada intervalo, devendo-se aplicar, para sua apuração, a respectiva fórmula matemática, estando incorreta a soma aritmética de percentuais de reajuste ou o cálculo de média dos percentuais aplicados em todas as faixas etárias."

O Tribunal, em decisão extremamente técnica, levou em consideração os pareceres matemáticos e atuariais, trazidos aos autos, para tomar sua decisão. Ao julgar pela validade do reajuste e da metodologia de cálculo, o TJSP reforça a importância do órgão regulador e de suas atribuições de expertise.

5. Pode o Tribunal, afinal, decidir se a terra é plana?

Apesar do resultado do IRDR, a resposta para a pergunta do título é positiva. A questão levada a julgamento pelo Tribunal de Justiça de São Paulo demonstra que os julgadores poderiam, tranquilamente, ter reescrito uma regra matemática.

O conceito de variação acumulada não pertence ao Direito. Pertence, em realidade, à uma ciência exata. É, portanto, um dado, que deve ser interpretado pelo julgador, e não alterado, redesenhado ou apropriado.

Apesar disso, foi necessário um esforço hercúleo, com pareceres técnicos, financeiros e atuariais, por parte do mercado das operadoras de saúde, para demonstrar que onde a norma escreve "variação acumulada", deve-se ler "variação acumulada", ou seja, exatamente o que está escrito. Nesse sentido é a lição de Henrique Arbache e José Carlos Van Cleef de Almeida Santos:

"Foi necessário que as operadoras trouxessem inúmeros estudos e pareceres para que o Tribunal se convencesse de que não era possível admitir critério outro, que não justamente o matemático, arquitetado e implementado pela agência reguladora (...)." ²⁷



A decisão exarada no IRDR, que tem caráter vinculante e obrigatório, adotou o conceito matemático. Caso, contudo, acompanhasse uma das centenas de decisões que simplesmente desconsideram a fórmula, ou o cálculo, ou o próprio reajuste, estaríamos diante de uma decisão vinculante que passa a borracha em fórmula desenvolvida através método científico, utilizado por ciência externa ao Direito.

O objetivo deste trabalho – mais do que fazer uma ode ao mercado da saúde suplementar, ou elogiar uma boa decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi alertar, novamente, para o risco criado pelas decisões obrigatórias.

No IRDR n.º 11, decidiu-se pelo formato esférico da Terra. Seguimos na luta para que não tenhamos que resgatar navios que caíam na borda do planeta, após decisão judicial que o achate.

6. Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2021.

ARBACHE, Henrique Pires; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. Análise sistêmica da saúde suplementar e sua importância para o equilíbrio e sustentabilidade das complexas e relevantes relações estabelecidas em seu entorno. *Revista Jurídica de Seguros*, n. 14, p. 65-83.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. São Paulo: Ed. RT, 2016.

DIAS DE SOUZA, Marcelo Alves. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

FERNANDES, Ricardo Yamin. *Do incidente de assunção de competência*. São Paulo: Ed. RT, 2020.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Ed. RT, 2016.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil comentado*. 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto? Decido conforme minha consciência*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

1 Aqui nos valem do termo precedente nos referindo a decisões judiciais vinculantes. Essa visão que equipara todos os provimentos judiciais vinculantes – recrudescida pela adição do IRDR e do IAC – incorre, no mínimo, em simplificação metodológica. Essa simplificação impede a compreensão da complexidade argumentativa de um real precedente e não potencializa o sistema vinculatório brasileiro em sua dimensão funcional/real consistente no mecanismo – legislativamente criado – para o enfrentamento da litigiosidade repetitiva brasileira. Para críticas envolvendo o tema, vide: ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2021; e FERNANDES, Ricardo Yamin. *Do incidente de assunção de competência*. São Paulo: Ed. RT, 2020.

2 “De sorte que, ao nosso ver, mesmo num país (ainda) filiado à família civil law, é possível entender-se que a exegese assentada pelos tribunais deve projetar uma dupla eficácia: horizontal, ao interno do próprio tribunal, harmonizando suas parcelas e conferindo-lhes recíproca coesão; e vertical, em face das demais instâncias vinculadas (...). Corolariamente, o novo CPC, revelando inspiração na família *commom law*, dispõe no § 1º do art. 489 que se considera não fundamentada (e, portanto, nula: CF, art. 93, IX) a decisão judicial que ‘VI – deixar de seguir (...) precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção [*distinguishing*] no caso em julgamento ou a superação do entendimento [*overruling*].” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: a luta contra dispersão jurisprudencial excessiva*. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 20-25).

3 O quanto reportado é sumarizado com excelência por Clarissa Tassinari, em obra referência sobre o tema: “É possível perceber, portanto, que a judicialização é mais uma constatação sobre aquilo que vem ocorrendo na contemporaneidade por conta da maior consagração de direitos e regulamentações constitucionais, que acabam por possibilitar um maior número de demandas, que, em maior ou menor medida, dasaguarão no Judiciário; do que uma postura a ser identificada como positiva ou negativa. Isto é, esta questão está ligada a uma análise contextual da composição do cenário jurídico, não fazendo referência à necessidade de se criar (ou defender) um modelo de jurisdição fortalecido. Por tudo isso, pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma questão social. A dimensão desse fenômeno, portanto, não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante. Ao contrário, ele é derivado de uma série de fatores originalmente alheios à jurisdição, que possuem seu ponto inicial em um maior e mais amplo reconhecimento de direitos, passam pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade – características de sociedade de massas. A diminuição da judicialização não depende, portanto, apenas de medidas realizadas pelo Poder Judiciário, mas, sim, de uma plêiade de medidas que envolvem um comprometimento de todos os poderes constituídos” (TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 32).

4 É o que leciona Georges Abboud: “Ativismo é toda decisão judicial que se fundamenta em convicções pessoais, senso de justiça do intérprete em detrimento da legalidade vigente – legalidade aqui entendida como legitimidade do sistema jurídico, e não como mero positivismo estrito ou subsunção do fato ao texto normativo” (ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2021. p. 913).

5 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 148.

6 “Em suma, pode-se afirmar que o ativismo judicial é um problema de teoria do direito. Mais precisamente de teoria da interpretação, na medida em que sua análise e definição dependem do modo como se olha para o problema da interpretação do Direito. Vale dizer: é a interpretação um ato de vontade do intérprete ou o resultado de um projeto compreensivo no interior do qual se operam constantes suspensões de pré-juízos que constituem a perseguição do melhor (ou correto) sentido para a interpretação? Definitivamente, nos filiamos à segunda possibilidade de retratação teórica do problema, o que ficará claro no decorrer da exposição.” (TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 56).

7 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 56.

8 ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2021. p. 208. Ver: KOZICKI, Katya; PUGLIESE, Willian. *Direito, Estado e razão prática: teoria do direito de Neil MacCormick*, In: TORRANO, Bruno; OMMATI, José Emílio Medauar (Org.). *O positivismo jurídico no século XX*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 160.



9 ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2021. p. 378.

10 ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 1493.

11 “Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

12 Sobre os requisitos, dispõe Marcos Cavalcanti, em obra dedicada ao tema: “Dessa forma, para que o IRDR possa ser admitido, é preciso que existam, previamente, decisões antagônicas proferidas nos diversos processos repetitivos, colocando em risco os princípios da isonomia e da segurança jurídica. Sem divergência decisória não haverá risco aos referidos princípios constitucionais e, então, faltarão interesse processual na instauração do incidente. Há, por consequência, necessidade da existência prévia de decisões conflitantes sobre a mesma questão de direito, proferidas nos variados processos repetitivos. Além disso, embora também não esteja expresso no texto final do NCPC, o IRDR somente poderá ser suscitado quando, pelo menos, algumas das demandas repetitivas já estiver em tramitação no tribunal competente, o que se conclui de uma simples leitura do parágrafo único do art. 979 do NCPC. O principal objetivo do IRDR é impedir o risco de violação aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, além de garantir a economia processual. Isso não quer dizer, todavia, ser necessária a existência de uma enorme quantidade de processos repetitivos em tramitação. Observe-se, por exemplo, que a tramitação de dez ações coletivas versando sobre direitos individuais homogêneos pode dar ensejo à quebra da isonomia e da segurança jurídica com grande repercussão.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Ed RT, 2016. p. 215).

13 Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/03/66361404dd5ceaf8c5f7049223bdc709.pdf]. Acesso em: 20.05.2021.

14 “Plano de saúde Análise do tema pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Representativo de Controvérsia 1.568.244 RJ Controvérsia que se cinge ao reajuste por mudança de faixa etária Não aplicação do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003) à espécie, por ser o reajuste ora impugnado aplicado quando o beneficiário completou 59 anos de idade Abusividade, entretanto, caracterizada Excesso no percentual de reajuste (88,99%) Reforma da R. Sentença apelada para fixar o percentual em 60%, sem prejuízo dos reajustes anuais autorizados pela ANS, consoante entendimento desta Colenda Câmara Devolução dos valores pagos a maior, sob pena de enriquecimento ilícito da ré.” (TJSP – 1021333-60.2015.8.26.0003, 1ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Christine Santini, j. em 28.07.2017).

15 Citamos aqui, como exemplo: “I. Reajuste de mensalidade por mudança de faixa etária. Usuária que completou 59 (cinquenta e nove) anos de idade. Descabimento. Reajuste vedado pelo artigo 15, parágrafo 3º, da Lei 10.741/03. Aplicação da Súmula 91 deste E. Tribunal. Ofensa ao princípio da boa-fé que deve nortear os contratos consumeristas. Atenuação e redução do princípio do *pacta sunt servanda*. Incidência do disposto no artigo 421 do Código Civil. II. Reajustes de mensalidade fundados na sinistralidade do negócio, aplicados anualmente entre 2010 e 2015. Imposição de majorações sem demonstração do efetivo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, que deve se dar de forma clara e minuciosa. Precedentes deste E. Tribunal. Abusividade igualmente reconhecida. III. Reconhecimento da nulidade dos reajustes por faixa etária e por sinistralidade apontados na causa de pedir. Imperativo afastamento da exigibilidade, garantida a incidência tão somente dos índices editados pela ANS para o período.” (TJSP –



1002702-10.2016.8.26.0011, 3ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Donegá Morandini, j. em 02.08.2017).

16 Nesse ponto, a divergência se dá de diversas maneiras. Tem-se, por exemplo decisões que consideram a soma aritmética dos percentuais incidentes nas faixas: “Apelação. Plano de saúde coletivo empresarial, disponibilizado por entidade fechada de previdência complementar. Declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulado com pedido de restituição de quantia paga a maior devido a reajuste reputado abusivo. Insurgência contra cláusula que prevê reajuste por deslocamento de faixa etária atingimento de 59 anos pela beneficiária titular e pelo marido dependente. Sentença de procedência. Inconformismo da ré Fundação CESP. Provimento parcial. No mérito a sentença resta mantida por seus próprios fundamentos (artigo 252, RITJSP), apenas pontualmente reformada no tópico da distribuição dos ônus sucumbenciais. 1. Afastada preliminar de cerceamento de direito de produção de prova, visto que os elementos probatórios constantes nos autos são suficientes para o julgamento antecipado no seu estado. 2. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às entidades fechadas de previdência complementar e que administram plano de saúde restrito a seus beneficiários, independentemente de não haver oferta livre do plano de saúde de autogestão a mercado. Há prestação de serviços médico-hospitalares mediante remuneração. Incidência da Súmula 469/STJ e da Súmula 100 deste E. Tribunal de Justiça. 3. No mérito, afere-se possibilidade jurídica de reajustamento da mensalidade de plano de saúde quando do atingimento da faixa etária de 59 anos pelos usuários, contudo, o limite de reajustamento deve ser calculado segundo as diretrizes matemáticas da ANS (artigos 15, *caput* e § único, Lei 9.656/98; 15, § 3º, Lei 10.741/03; e 3º, inciso II, da Resolução Normativa 63/2003 editada pela ANS). Ausência de abusividade, em abstrato, desta previsão negocial. Cálculos matemáticos operados com exatidão pelo juízo de primeiro grau, para reduzir o percentual de reajuste de 67,92% para 24,39%. 4. Restituição das diferenças de mensalidades referentes aos reajustes reputados abusivos. Alegação recursal de que nenhum valor deve ser devolvido, por ausência de ressalva quando dos respectivos pagamentos. Pleito para que seja limitada a restituição às prestações vencidas após a data da propositura da demanda. Disciplina da restituição deve ser atrelada à orientação presente dos Recursos Especiais 1.360.969/RS e 1.361.182/RS, relatados pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze (*DJe* 19.09.2016), que fixa tese no sentido de que ‘na vigência dos contratos de plano ou de seguro de assistência à saúde, a pretensão condenatória decorrente da declaração de nulidade de cláusula de reajuste nele prevista prescreve em 20 anos (art. 177 do CC/1916) ou em 3 anos (art. 206, § 3º, IV, do CC/2002), observada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2002’. Observada, em concreto, essa regra e os dados de que a parte autora propôs a presente demanda em agosto de 2015 e os reajustes impugnados, cuja abusividade foi reconhecida, incidiram a partir de dezembro de 2013, devem ser restituídas integralmente as diferenças indevidas cobradas. 5. Alegação recursal de sucumbimento recíproco. Acolhimento. Preservada a validade de cláusula contratual e apenas reduzida a sua eficácia, verifica-se decaimento minoritário, porém também relevante dos pedidos iniciais. Distribuição dos ônus de sucumbência em conformidade com a regra 70% pela ré e 30% pela parte autora. 6. Recurso de apelação da ré Fundação CESP provido em parte, quanto ao item 5. (...) Salvo melhor juízo, rejeitando-se nesse particular o laudo elaborado por assistente contratado pela parte ré, esta Relatoria compreende como adequada a interpretação literal da diretiva do órgão regulador como se fosse a soma aritmética dos percentuais, e não a sua comparação por fatores de multiplicação/divisão (...)” (TJSP – 1085355-30.2015.8.26.0100, 9ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Piva Rodrigues, j. em 01.08.2017). Há decisões, também, que aplicam a fórmula matemática de cálculo da variação acumulada: “Obrigação de fazer. Plano de saúde coletivo. Reajuste por mudança de faixa etária aos 59 anos da segurada. Admissibilidade. Pactuado se apresenta claro e preciso. Percentuais aplicados constaram expressamente do contrato e observaram as limitações pertinentes. Onerosidade excessiva ou abusividade não caracterizadas. Pessoas com idade mais avançada necessitam de maiores cuidados médicos, portanto, as despesas se ampliam. Equilíbrio econômico do ajuste deve sobressair. Princípio do mutualismo se faz presente. Revisão contratual ou restituição de valores sem suporte. Improcedência da ação apta a prevalecer. Apelo provido. (...) Destarte, não se vislumbra ilegalidade na conduta da apelante, pois aplicara a Resolução Normativa 63 da



ANS, observando inclusive as variações entre as faixas etárias, o que não pode ser apurado por mera somatória de percentuais, consequentemente, a improcedência da ação deve prevalecer” (TJSP – 1009896-61.2016.8.26.0011, 4ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda j. em 14.07.2017).

17 “Em síntese: proferida decisão de afetação pelo relator do STJ ou STF não se admitirá a instauração do IRDR para discutir a mesma questão de direito. É desnecessária a movimentação da máquina judiciária para o processamento e julgamento do IRDR. A decisão proferida pelo STJ e ou STF em recurso repetitivo já alcançará de forma vinculante os processos em tramitação no Estado, Distrito Federal ou Região do tribunal onde se pretendia instaurar o incidente.” (CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas*. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 233).

18 O plano de saúde individual é contratado diretamente com a operadora, ao passo que 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. A ANS estabelece regras de regulação diferentes para essas modalidades de plano.

19 *Ratio decidendi* são as razões que levaram o magistrado a chegar àquela conclusão e, portanto, é a parte que, no *commom law*, compõem a *holding* da decisão, ou sua parte vinculante. Nesse sentido: FERNANDES, Ricardo Yamin. *Do incidente de assunção de competência*. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 60.

20 “Em primeiro lugar, o precedente anglo-saxão é formado através da extração da *ratio decidendi* de uma decisão proferida. O que fará essa decisão ser repetida pelos juízes no futuro é sua qualidade. Na Assunção de Competência, sua vinculação é obrigatória, em razão do comando legislativo. Os juízes deverão aplicar a decisão proferida em Assunção de Competência, independentemente de sua qualidade. Em segundo lugar, no sistema do *common law*, muitas vezes a *ratio decidendi* extraída de uma decisão pelos julgadores futuros, não tem relação fática com a causa original. Citamos nesta pesquisa, como exemplo, o caso *Marbury v. Madison*, que inaugurou o controle difuso de constitucionalidade nos Estados Unidos. O que se extraiu desse caso, para formar o precedente, foi a possibilidade de se realizar esse controle de constitucionalidade. No sistema brasileiro, por outro lado, a *ratio decidendi* do caso será explicitada pelos próprios julgadores e transformada em um texto abstrato a ser aplicado pelos juízes.” (FERNANDES, Ricardo Yamin. *Do incidente de assunção de competência*. São Paulo: Ed. RT, 2020. p. 220).

21 A sinistralidade é o principal indicador dos contratos de plano de saúde e equivale à relação entre as despesas com a utilização dos serviços médicos e o prêmio que a operadora recebeu pelo contrato.

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

[...]

IV – as faixas etárias e os percentuais a que alude o caput do art. 15 [...].”

23 “Art. 2º Deverão ser adotadas dez faixas etárias, observando-se a seguinte tabela: I – 0 (zero) a 18



(dezoito) anos;

II – 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;

III – 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;

IV – 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;

V – 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;

VI – 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;

VII – 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;

VIII – 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos;

IX – 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos;

X – 59 (cinquenta e nove) anos ou mais.”

24 Colacionamos aqui trecho do parecer elaborado pela Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras FIPCAFI, extraído das fls. 610 do processo: “O envelhecimento é um processo natural que faz com que, a partir de certa idade (ao redor dos trinta anos), a saúde comece lentamente a se deteriorar, processo que se agrava significativamente a partir dos sessenta anos de idade. Há certamente variações entre indivíduos, que podem ser explicadas por fatores diversos, como hábitos de vida, predisposição genética, etc., mas o efeito do envelhecimento sobre as condições gerais de saúde é universal. Quanto mais idosa a pessoa, maiores tendem a ser os riscos relacionados à sua saúde. Isso implica que os custos de assistência à saúde aumentam conforme aumenta a idade dos beneficiários. [...] Além da crescente fragilidade do organismo, há outros fatores que colaboram ainda mais para o aumento dos gastos de saúde por parte de pessoas idosas, como a maior complexidade dos serviços demandados por esse grupo e a maior busca por serviços de saúde. Essas pessoas tendem a ter mais doenças crônico-degenerativas, tendem a consumir mais serviços de saúde e o custo médio de internação de pessoas idosas é maior do que aquele observado em faixas etárias mais jovens”.

25 Destacamos, aqui, trecho de parecer exarado pela Prof. Luciana Yeung: “este exercício de soma aritmética não faz sentido, pois viola o princípio básico do cálculo percentual. Para valores percentuais, a operação que gera o efeito de somatória é o de multiplicação e não o de adição. É isso o que diferencia o conceito de juros simples – de pouca valia e aplicação prática, pois viola os fundamentos da economia e mesmo os da natureza (os crescimentos no mundo vegetal e animal acontecem a taxas percentuais compostas e não simples) – dos de juros compostos. A soma aritmética simples é operação aplicada no cômputo de juros simples, inadequada para o assunto em questão (e para a maior parte absoluta, se não a integralidade, dos assuntos do mundo real)” (YEUNG, Luciana. *Parecer Econômico*, . 1.563-1.583).

26 Importante colacionar trecho do parecer colacionado pela ANS que, além de justificar o cálculo, apresenta as fórmulas matemáticas: “Dentre as linhas de julgamento destacadas, foram relacionadas três maneiras de se calcular as variações máximas permitidas pela RN 63/03, cada uma seguida de um exemplo: Primeira maneira: mera soma aritmética dos percentuais incidentes em cada intervalo (entre a primeira e a sétima faixas e entre a sétima e a décima faixas): '(i) Soma-se o percentual aplicado entre a primeira e a sétima faixas (0% + 68,38% + 0,49% + 3,92% + 2,90% + 1,45% + 33,26% = 110,40%); (ii) Soma-se o percentual aplicado entre a sétima e a décima faixas (33,26% + 17,37% + 0,72% + 107,51% = 158,86%); (iii) Subtrai-se do resultado obtido no item (ii) o valor obtido no item (i) para encontrar-se o percentual

cobrado a maior (158,86% - 110,40% = 48,46%); (iv) Por fim, alcança-se o percentual correto para o reajuste subtraindo o valor percentual cobrado a maior do percentual da última faixa previsto no contrato (107,51% - 48,46% = 59,05%). Segunda maneira: média aritmética dos percentuais incidentes nas faixas anteriores: 'No caso, por contrato, na última faixa deveria incidir o percentual de 131,73%, sendo certo, no entanto, que o Tribunal determinou a incidência do percentual de 14,30%, resultante da seguinte operação de cálculo de média dos percentuais previstos no contrato, anteriores ao da faixa de 59 anos (56,55% + 2,72% + 1,68% + 3,03% + 1,37% + 43,42% + 1,6% + 4,06%/8 = 14,30%)' Terceira maneira: aplicação da fórmula matemática de cálculo da variação acumulada e/ou aplicam os percentuais contratualmente previstos a valor simbólico para a primeira faixa etária, com o fim de apurar a variação do preço em cada intervalo, ambos levando ao mesmo resultado: 'Os percentuais previstos demonstram que o valor do prêmio para a última faixa etária (59 anos ou mais) é, em qualquer caso, inferior a 6 (seis) vezes o valor do prêmio correspondente à primeira faixa etária (até 18 anos). A aplicação da fórmula matemática para o cálculo da variação acumulada, com base na tabela de fls. 48, demonstra que a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas é equivalente àquela entre a primeira e a sétima faixas. Confira-se: – Variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas (Plano Especial): $[(65,81/100) + 1] \times [(1,00/100) + 1] \times [(2,18/100) + 1] \times [(2,03/100) + 1] \times [(1,03/100) + 1] \times [(38,85/100) + 1] = 2,45$ $1 = 1,45 \times 100 = 145\%$ - Variação acumulada entre a sétima e a décima faixas (Plano Especial): $[(27,16/100) + 1] \times [(1,89/100) + 1] \times [(89,07/100) + 1] = 2,45$ $1 = 1,45 \times 100 = 145\%$. O atendimento a ambos os critérios previstos na Resolução n. 63/2003, da ANS, pode ser facilmente confirmado aplicando-se os percentuais previstos na tabela contratual a valor simbólico definido para a primeira faixa etária (por exemplo, R\$ 100,00).' Diante dos entendimentos diversos que foram constatados, solicita-se nova manifestação desta ANS com a análise dos três modelos de julgamento citados, com vistas a sinalizar ao TJ-SP qual destes se amolda aos termos da RN 63/2003. Das três formas acima aventadas, a terceira maneira é a correta para se verificar a variação acumulada para fins de adequação ao artigo 3º da RN 63/2003. Os percentuais de reajuste devem ser considerados de forma acumulada uma vez que, na prática, é desta forma que eles são aplicados ao contrato. Cada percentual incidirá sobre a mensalidade que estava sendo paga na faixa etária imediatamente anterior. A mensalidade que estava sendo paga na faixa anterior, por sua vez, trará consigo os percentuais aplicados nas faixas anteriores. Se hoje, por exemplo, um beneficiário se encontra na 5ª faixa etária, ao atingir a 6ª faixa, à sua mensalidade será aplicado o percentual referente à 6ª faixa. Quando atingir a 7ª faixa etária, à sua mensalidade (que contém o reajuste aplicado anteriormente) será aplicado o percentual referente à 7ª faixa. E assim sucessivamente. É importante enfatizar, portanto, que as regras constantes do artigo 3º da RN = 63/2003 devem ser aplicadas levando-se em conta este raciocínio, uma vez que os reajustes são aplicados de forma cumulativa" (Fls. 1.249-1.251 dos autos do IRDR).

27 ARBACHE, Henrique Pires; SANTOS, José Carlos Van Cleef de Almeida. Análise sistêmica da saúde suplementar e sua importância para o equilíbrio e sustentabilidade das complexas e relevantes relações estabelecidas em seu entorno. *Revista Jurídica de Seguros*, n. 14, p. 68.