



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

Curso de Bacharelado em Direito

LAÍSSA SALOMÃO BATISTA

CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO DE PLANO DE SAÚDE

BRASÍLIA

2023

LAÍSSA SALOMÃO BATISTA

CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO DE PLANO DE SAÚDE

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito/ Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador (a): Leonardo Gomes de Aquino

BRASÍLIA

2023

LAÍSSA SALOMÃO BATISTA

CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE ADESÃO DE PLANO DE SAÚDE

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito/ Relações Internacionais pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador (a): Leonardo Gomes de Aquino

BRASÍLIA, 07 DE ABRIL DE 2023

BANCA AVALIADORA

Professor (a) Orientador (a)

Professor (a) Avaliador (a)

RESUMO

O principal propósito deste estudo é analisar as cláusulas abusivas presentes nos contratos de adesão dos planos de saúde disponíveis no Brasil. Inicialmente, o trabalho trata do direito à saúde pública e privada, com foco específico nos planos de saúde no país. Em seguida, é abordada a forma como os contratos são estabelecidos entre as operadoras e os contratantes. Por fim, são discutidas as responsabilidades das operadoras em casos de cláusulas abusivas nos contratos e as possibilidades de judicialização para obrigar a operadora a cumprir as obrigações estabelecidas no contrato. A metodologia utilizada para o estudo foi a revisão bibliográfica, utilizando fontes impressas e virtuais, além de outros documentos, de forma indutiva. Embora outras metodologias possam ser aplicáveis ao estudo, o método escolhido permitiu uma visão ampla e aprofundada do assunto em questão.

Palavras-Chaves: Cláusulas Abusivas. Contrato de Adesão. Direito à Saúde. Planos de Saúde.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 O DIREITO À SAÚDE E OS REGRAMENTOS LEGAIS QUE REGEM AS ATIVIDADES DOS PLANOS DE SAÚDE	10
1.1 O DIREITO À SAÚDE PRIVADA	13
1.2 AS NORMAS QUE DISCIPLINAM A SAÚDE SUPLEMENTAR.....	16
2 ASPECTOS GERAIS SOBRE OS CONTRATOS DE ADESÃO REFERENTES AOS PLANOS DE SAÚDE	18
2.1 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS COM ÊNFASE NA AUTONOMIA CONTRATUAL	21
2.2 AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS PLANOS DE SAÚDE FACE AO CONTRATO DE ADESÃO.....	24
3 O POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO NOS LITÍGIOS QUE ENVOLVEM A SAÚDE SUPLEMENTAR E OS PRINCIPAIS IMPACTOS	25
3.1 A JUDICIALIZAÇÃO NO CAMPO DA SAÚDE SUPLEMENTAR.....	26
3.2 AS OPERADORAS DE SAÚDE E A RESPONSABILIDADE CIVIL	28
CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS	31

INTRODUÇÃO

O direito à saúde é um dos direitos fundamentais e é caracterizado como um direito que não pode ser renunciado, transferido, disponibilizado, prescrito ou penhorado. É um direito que se estende além da morte. Essa caracterização é justificada pelo fato de que a saúde é essencial para a manutenção da vida e está prevista no artigo 196 da Constituição Federal de 1988. Este artigo estabelece que o direito à saúde é indispensável para a manutenção da vida e está incluído entre os direitos fundamentais (PAIANO, 2017; FEDERAL, 1988).

De acordo com o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, o Estado tem o dever e a obrigação de promover e garantir o acesso à saúde para todos, com o objetivo de reduzir os riscos de doenças e promover a recuperação dos usuários dos serviços de saúde. Esse acesso deve ser gratuito, universal e igualitário, independente da nacionalidade da pessoa. No início, a responsabilidade de oferecer esse acesso cabe ao Estado, já que ele assumiu essa obrigação. (FEDERAL, 1988).

Diante da alta demanda de usuários do Sistema Único de Saúde e da falta de recursos para manter e garantir a prestação de serviços em tempo hábil, surgiu a oferta de serviços de saúde na esfera privada. Através de um contrato firmado entre o paciente e a operadora de saúde, é possível acordar um determinado plano de saúde que atenda às necessidades do contratante. As operadoras de saúde são organizações profissionais que, embora possam ser vistas como pequenas ou médias em termos de recursos humanos, são grandes em relação às contratações e movimentação de recursos. Essas organizações são caracterizadas como fundações e podem atuar em duas áreas: previdência e assistência à saúde (PICCHIARI, 2009, p. 229-230).

Em contrapartida, as operadoras de saúde são empresas responsáveis por gerir, comercializar e disponibilizar planos de saúde que visam assegurar aos seus beneficiários de assistência médica, hospitalar e odontológica sem limites financeiros. Esses planos são pacotes de serviços que incluem diversas opções de atendimento médico-hospitalar, de acordo com as necessidades do segurado. Eles possuem natureza securitária e são onerosos, exigindo do contratante o pagamento mensal de uma prestação pecuniária. Além disso, os planos de saúde são formalizados por meio de um contrato, que regula o comportamento das partes, e têm duração prolongada.

Após considerar esses aspectos, surge a questão problemática em relação aos usuários dos serviços privados de saúde, que muitas vezes se deparam com uma doença que é coberta pelo plano escolhido, mas enfrentam limitações, como a imposição de prazos para utilização dos serviços ou um período mínimo de carência, o que pode impedir o acesso a atendimento médico necessário, mesmo em casos de urgência ou emergência.

Assim sendo, o beneficiário se vê diante de duas alternativas: a primeira é recorrer aos serviços de saúde pública em busca do tratamento adequado para sua condição, o que pode resultar em mais frustração, não apenas pela possibilidade de ter seu pedido negado, mas também porque o atendimento pode ser agendado para uma data tão distante que, quando finalmente ocorrer, talvez não seja mais necessário, dadas as circunstâncias de sua saúde.

Outra alternativa para o beneficiário é buscar a ajuda do poder judiciário para obter a prestação do serviço médico-hospitalar necessária, mesmo que isso signifique a chamada "judicialização". Isso envolve obter uma decisão judicial para que a operadora de saúde suplementar cumpra com suas obrigações, independentemente do plano escolhido pelo paciente, ou que reembolse o SUS pelos serviços prestados. Embora essa medida seja crucial para a preservação da vida do paciente, ela também recebe críticas doutrinárias, pois pode retirar o direito de outros pacientes à mesma assistência médica.

1 O DIREITO À SAÚDE E OS REGRAMENTOS LEGAIS QUE REGEM AS ATIVIDADES DOS PLANOS DE SAÚDE

Originária na família, a proteção social nasceu do exercício que todos, tanto os mais jovens quanto aqueles que tivessem aptos para trabalhar, sendo permitido que terceiros pudessem ajudá-lo, tinham por obrigação cuidar das pessoas mais idosas do clã. Em se tratando da previsão normativa temos tanto o Código de Hamurabi quanto o Código de Manu, como ainda as primeiras normas que de certa forma instituíram os métodos nesse sentido (IBRAHIM, 2015, p. 1; PEREIRA JÚNIOR apud ARANTES, 2015).

Inclusive previa sobre a concessão de empréstimos realizados em virtude dos riscos. Na Grécia e na cidade Roma, começaram a aparecer as associações, *collegia* ou *sadalitia*, que eram compostas por pequenos produtores e artesãos livres e até uma terceira pessoa, a finalidade era atender os custos praticados em virtude dos funerais de seus associados. Com o decorrer dos tempos, já na Idade Média, os povos dessa época passaram a se desenvolver e em virtude disso buscaram alcançar novos horizontes. Ao que tange as associações que prestavam serviços de forma mútua em caso de algo infortuno atingir um ou mais de seus membros, estas também começaram a crescer ainda mais, fossem nos ambientes políticos, ou econômicos e até os grupos sociais distintos, estas se faziam presentes (ARANTES, 2015).

Ainda não era a nível universal, sua proteção era bastante reduzida se comparada aos dias de hoje, mesmo quando o Estado colaborava, a cobertura se limitava a alguns grupos que atuassem nas atividades de interesse da referida sociedade. Quanto ao atendimento ofertado, essas associações não possuíam nem de acesso ou tampouco de domínio técnico e jurídico para a realização do contrato de seguro, portanto não havia nenhuma segurança se os filiados seriam atendidos ou não, caso precisasse em um momento de intensa necessidade social.

Mais tarde, na Inglaterra, como precursor das demais previsões nesse sentido, foi o “*Poor Relief Act*”, adotado em 1601, que passou a exigir que seus filiados contribuíssem de forma obrigatória. O segundo, foi o “*Workmen’s Compensation Act*”, de 1897, que institucionalizou a proteção em casos de acidentes de trabalho. Já por volta de 1908, veio o terceiro, o “*Old Age Pensions Act*”, que concedeu para as pessoas com faixa etária maior de 70 (setenta) anos de idade, a possibilidade de receber pensões, independentemente de este ter contribuído para o custeio. E por derradeiro, o quarto, em 1911 foi criado um sistema de contribuições sociais compulsórias, mais conhecido como o “*National Insurance Act*”, estabelecendo que a partir de agora essa proteção estava sob os cuidados do empregador, do empregado e do Estado (NOLASCO, 2012).

No México, a norma que de fato incluiu em suas diretrizes a Previdência Social foi a Constituição de 1914. Na Alemanha, ainda ensina dizendo que foi Otto Von Bismarck, chanceler do país britânico em 1883 que trouxe a primeira norma legal sobre a Previdência Social, principalmente no tocante ao auxílio-doença. E por fim, já em meados de 1935, surgiu o “*New Deal*”, nos Estados Unidos, onde pautados nos ensinamentos do “*Welfare State*” (Estado do bem-estar social), em pleno alargamento do plano do governo Roosevelt, este tinha como objetivo principal reduzir ao máximo os problemas sociais advindos da crise econômica vivida pelos norte-americanos em 1929 (NOLASCO, 2012).

Como se vê, a intervenção do Estado nem sempre foi possível. Nos estados absolutistas, ou até nos liberais, eram pequenas as medidas do governo com relação a providências positivas, pelo motivo que, no primeiro, sequer existia Estado de Direito, enquanto no segundo a doutrina predominante era da intervenção mínima, o que prejudicou a centralização de riqueza e alastrou a miséria no século XIX. Por conta da intervenção mínima e das ideias do estado liberal as pessoas estariam libertas. E assim sentimentos tais como o sucesso profissional e o bem-estar familiar dependeriam da dedicação e do mérito individual (CASTRO e LAZZARI, 2010, p. 37).

Razão pela qual a seguridade social, pode ser entendida como sendo o conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos à previdência, à saúde e à assistência social, os quais podem se diferenciar pelo seu caráter de contributividade ou de não-contributividade (art.194 da Constituição Federal). Ao passo que tem se revelado como um sistema de proteção social que abrange os três programas sociais de maior relevância: a previdência social, a assistência social e a saúde (RIBEIRO, 2011, p. 39; TORRES, 2012).

O que para esse trabalho destaca-se a saúde. Nesse mesmo pensamento, a norma constitucional declara, no art. 196, que esta é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. No Brasil há o Sistema Único de Saúde (SUS), que promove ações na área da saúde, sem a exigência de prévia contribuição e nem restrições, como por exemplo se é brasileiro ou não, sendo o órgão responsável por instrumentalizar essas ações o Ministério da Saúde.

Isso porque, até o início do século XIX, as doenças eram tratadas com remédios caseiros, e muitas vezes os tratamentos estavam carregados de superstições e lendas que

mudavam de acordo com as crenças e os costumes de cada comunidade. Nesse sentido pode se dizer que a população recorria, em situações de doença, ao que fosse viável financeiramente ou fisicamente, não havia médicos, que seriam as pessoas capacitadas para lidar com a situação (MATTA et al, 2007, p. 5; SILVA, 2017, p. 14).

Logo, os atendimentos emergenciais e as consultas, eram realizadas pelos pajés, através de cantorias e ervas, ou ainda ao barbeiro ou prático, um conhecedor de algumas técnicas utilizadas pelos médicos europeus, tais como as sangrias, que atendia à população capaz de remunerá-lo. Enfim, estes que eram responsáveis pela assistência à saúde naquela época brasileira: os médicos estrangeiros, os curandeiros, os boticários e os pajés (MATTA et al, 2007, p. 5; SILVA, 2017, p. 14).

O fato é que até o momento citado acima a assistência médica era pautada na filantropia e na prática liberal. Esse quadro só foi mudando de alguma forma após a vinda da Família Real para o Brasil, ainda quando era Colônia de Portugal. Com essa vinda foi constituída a Academia Real de Medicina Social, na Bahia; Vindo a saúde pública ser considerada como “questão social” no Brasil, somente a partir do século XX.

Continuando, já nos anos da República Velha, ocorrida entre 1889 a 1930, quando o país foi governado pelas oligarquias dos estados. Nessa época, foram criados e implementados os serviços e programas de saúde pública em nível nacional. O responsável para garantir esse avanço foi Oswaldo Cruz, que dentre outras funções organizou e implementou progressivamente, instituições públicas de higiene e saúde no Brasil (LUZ, 1991, p. 77-96).

No âmbito da saúde, por sinal existem alguns obstáculos, tais como, dispersão populacional, ausência de produção de bens de consumo duráveis e pequeno número de profissionais formados, dentre outros, serviram como entraves para a ampliação da assistência médica nos serviços de Saúde Pública. Permanecendo assim até os anos, quando devido ao Golpe Militar deu origem a um novo período na Saúde Pública dominado pelo perfil assistencialista da Previdência Social (LUZ, 1991, p. 77-96).

O fato é que mesmo com inúmeras medidas tomadas ao longo do tempo, a Saúde Pública só se tornou um objeto de preocupação com o advento da Constituição Federal de 1988, quando a própria norma traz em seu bojo a saúde como direito de todos e dever do Estado, concedendo assim conseqüentemente acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação da sociedade como todo, garantindo assim não apenas um serviço para a própria continuação da espécie humana, mas a vida.

1.1 O DIREITO À SAÚDE PRIVADA

Conforme Barroso (apud MALLMANN, 2012), a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação. Esse dispositivo representa um marco importante na história da saúde pública no Brasil, pois reconhece a saúde como um direito humano fundamental e estabelece a obrigação do Estado em fornecer assistência médica e sanitária à população de forma igualitária e universal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (FEDERAL, 1988).

Obedecendo as referidas diretrizes:

Art. 198.
I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
III - participação da comunidade. (FEDERAL, 1988)

Isso gerou consequências significativas na relação entre o Estado e a sociedade, exigindo a apresentação constante de novas estratégias em todas as esferas do poder, incluindo a legislativa, executiva e judiciária. Como a saúde é uma necessidade essencial à existência humana, o Supremo Tribunal Federal reforçou sua eficácia imediata e independentemente da existência de normas infraconstitucionais, ao julgar o caso da Suspensão de Tutela Antecipada 175 (MENDES, 2010, p. 5).

“O Ministro Gilmar Mendes, como Relator do caso, afirmou que considerar a norma do artigo 196 como meramente programática e incapaz de produzir efeitos, seria negar a força normativa da Constituição. O Ministro Celso de Mello, por sua vez, enfatizou que o dever do Estado de assegurar a efetividade dos direitos fundamentais de natureza social, limita a discricionariedade administrativa. Em resumo, ambos os Ministros destacam a importância da Constituição Federal em garantir a efetividade do direito à saúde como um direito fundamental de todos os cidadãos.” (MENDES, 2010, p. 12-13)

Essa tutela apresentaria duas faces – uma de preservação e outra de proteção. Enquanto a preservação da saúde se relacionaria às políticas de redução de risco de uma determinada doença, numa órbita genérica, a proteção à saúde se caracterizaria como um direito individual, de tratamento e recuperação de uma determinada pessoa.

Cabendo, portanto, ao Estado, ser o responsável pela consecução da saúde, a sua regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços. A exemplo disso é o amplo acesso aos medicamentos, a integralização da política sanitária, que se insere no contexto da efetivação do direito à saúde, de modo que há mais farmácias populares e de baixo custo e farmácias dentro de postos de saúde que podem ser retiradas gratuitamente pelos usuários.

A criação do Sistema Único de Saúde (SUS) foi resultado do movimento da Reforma Sanitária, ocorrido no final dos anos 1970 e na década de 1980. Naquela época, o Brasil enfrentava graves problemas de saúde pública, com doenças como varíola, malária, febre amarela e peste causando muitas mortes (POLIGNANO, 2001).

Desse modo, em resposta ao caos sanitário presente no Brasil na época, o movimento da Reforma Sanitária ganhou força no final dos anos 1970 e durante a década de 1980. Esse movimento culminou na VIII Conferência Nacional de Saúde em 1986, que reuniu diversas áreas da saúde e grupos sociais em busca da concretização das políticas sociais. Como resultado, a saúde passou a ser vista como um bem público a ser construído com a participação de todos os setores da sociedade brasileira (ALVES, 2009).

Apesar das tentativas de melhoria da situação sanitária, a intervenção cada vez maior dos profissionais de saúde nas áreas urbanas foi mal recebida pela população, que demonstrou desconfiança e medo. Esse clima culminou na Revolta da Vacina em 1904, um movimento de resistência à campanha de vacinação contra a varíola. A partir de 1920, graças ao esforço de Carlos Chagas, o Departamento Nacional de Saúde, ligado ao Ministério da Justiça, foi reestruturado e passou a incluir propaganda e educação sanitária como parte da rotina de ação (POLIGNANO, 2001).

O fato é que passado algum tempo e depois do aparecimento de outros programas que visavam oferecer algum tipo de serviço de saúde a população, o SUS, ou seja, o Sistema Único de Saúde, que foi implantado de forma paulatina, principalmente por conta da Lei Orgânica da Saúde, a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 que foi responsável pela operacionalização do SUS e pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990 e que trouxe a esse novo programa algumas características, como: o controle social, ou seja, a participação dos usuários (população) na gestão do serviço.

Lígia Bahia explica que a denominação SUS se baseia na definição de "sistemas" como um conjunto de instituições e ações coordenadas que trabalham juntas para atingir um objetivo comum. O termo "Único" se refere à integração de dois sistemas distintos, o sistema previdenciário e o sistema do Ministério da Saúde e das secretarias de saúde estaduais e

municipais, que foi alcançada pela fusão do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps) com o Ministério da Saúde (BAHIA, 2018).

O SUS busca a universalização do acesso a todos os serviços de saúde da rede pública e privada contratada, bem como a gestão única em cada esfera de governo. O termo "Saúde" é entendido como um componente essencial da cidadania e democracia, influenciado por condições de vida, trabalho e acesso a bens e serviços, e não somente como a ausência de doença, que é o objeto da medicina (BAHIA, 2018).

De toda sorte, vale destacar que os serviços de saúde devem estar organizados de modo a oferecer todas as ações requeridas para uma atenção integral, devendo a integralidade ser entendida como o direito que tem o cidadão ao atendimento do conjunto de todas as suas necessidades, e ao fazer assim fará com que a prática da integralidade não deve ser entendida apenas como um preceito constitucional do SUS.

Isso representa uma garantia de acesso a todos os cidadãos, independentemente de sua condição financeira, com o objetivo de aprimorar a assistência à saúde já prestada à população e fornecer respostas positivas e resolutivas para a maioria dos problemas de saúde que afetam a comunidade em geral.

Em contraste, a assistência à saúde privada começou a ser oferecida durante a presidência de Getúlio Vargas, com a implantação de um novo sistema previdenciário e de assistência individual por meio da Lei nº 4.682 de 1923, também conhecida como Lei Eloy Chaves. Esse sistema previdenciário visava a saúde dos trabalhadores e foi um grande avanço, originando a caixa de aposentadoria e pensão (CAP), inicialmente destinada aos trabalhadores das estradas de ferro e, posteriormente, estendida a outras categorias. (LUTZKY, 2019, p. 2; ARRIECHE, 2009).

Em 1930, durante a reforma previdenciária, as CAPS foram incorporadas ao sistema previdenciário e os institutos de aposentadoria e pensão - IAP foram organizados por área de atuação profissional em vez de por empresa, como ocorria nas CAPS. Já em 1960, foi criada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS) (Lei nº 3.807), que unificou toda a legislação previdenciária. (ARRIECHE, 2009).

Posteriormente, no final dos anos 60, surgiram os primeiros planos de saúde no Brasil, inicialmente disponíveis apenas para pessoas jurídicas. Com o tempo, esses planos foram estendidos para pessoas físicas, devido à alta demanda pelo serviço. Entretanto, essa expansão gerou a necessidade de regulamentação desses contratos, a fim de que o Estado pudesse manter

o controle sobre o setor e garantir segurança jurídica para os usuários, assegurando que os contratos fossem cumpridos de acordo com os termos acordados (LUTZKY, 2019, p. 3).

Esse sistema é formado pelos OPS (Operadores de Plano de Saúde), onde tem o beneficiário como a sua razão de ter a necessidade da busca pelo atendimento na saúde privada, apesar dele ter acesso amplo ao serviço público de saúde, gerando assim a criação de uma longa cadeia, com contratos de adesão do beneficiário, o particular com a empresa que irá intermediar o acesso a saúde privada, com custos estipulados.

1.2 AS NORMAS QUE DISCIPLINAM A SAÚDE SUPLEMENTAR

No que se refere às normas que regulam a saúde suplementar no Brasil, é importante mencionar duas leis em particular: a Lei nº 9.656/98 e a Lei nº 9.961/2000. Ambas têm como objetivo regulamentar as atividades das operadoras de planos de saúde e representam marcos regulatórios importantes para o setor de saúde suplementar no país. A partir da promulgação dessas leis, passaram a vigorar normas específicas sobre o assunto no Brasil (BRASIL, 1998; BRASIL, 2000).

A Lei nº 9.656/98 foi incorporada ao sistema jurídico brasileiro com o objetivo de estabelecer as regras para as Operadoras de Plano de Saúde em relação à prestação de serviços de saúde. Essas operadoras ficaram sujeitas à regulamentação da ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), que é responsável por fiscalizar suas atividades em todo o país (BRASIL, 1998).

Tal Lei trouxe mudanças, como por exemplo, a estipulação de regras a fim de proteger o beneficiário enquanto consumidor, a indicação de um modelo único em relação aos planos, a inserção de serviços tanto ambulatoriais quanto hospitalares, entre outros, passaram a integrar o dito segmento, diversas obrigações e mecanismos que controlarão a maneira como as prestadoras do mencionado serviço irão operacionalizar.

Enquanto a segunda, a Lei nº 9.961/2000, a referência agência então passa a atuar basicamente na defesa do interesse público junto à assistência suplementar, regulando as relações contratuais com os beneficiários e os prestadores vinculados às operadoras, objetivando a garantia do acesso à saúde por parte dos beneficiários.

A Lei nº 9.656/98 e a Lei nº 9.961/2000, juntamente com a atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), foram responsáveis por mudanças significativas no setor de saúde suplementar no Brasil. A primeira lei estabeleceu regras para as operadoras de planos de saúde, incluindo a criação de um modelo único para os planos, a inclusão de serviços

ambulatoriais e hospitalares, e a proteção do beneficiário como consumidor. A ANS, por sua vez, foi criada para regular as relações contratuais entre operadoras, beneficiários e prestadores de serviços, e garantir o acesso à saúde para os beneficiários.

A agência também é responsável por controlar a assimetria da informação e aumentar a participação dos beneficiários no setor. Como uma autarquia, a ANS possui natureza privada e autonomia para tomar decisões, o que permitiu a criação de novas resoluções e instruções normativas. Antes da regulamentação, a relação entre as operadoras e os beneficiários era muitas vezes abusiva, mas com a intervenção do Estado foi possível estabelecer uma relação mais equilibrada e justa (SÖRENSEN, 2017, p. 17-21; BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 251).

A saúde suplementar é de extrema importância para o Brasil, já que além de funcionar em conjunto com a saúde pública, permite medir a qualidade dos cuidados de saúde de forma abrangente. Isso significa que, independentemente da condição pré-existente dos usuários, o sistema oferece acesso igualitário aos cuidados de saúde, o que impede que as operadoras neguem assistência necessária aos beneficiários que aderiram ao plano (COSTA, 2020, p. 33).

Ademais, em relação à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), é importante ressaltar que atualmente existem no Brasil aproximadamente 715 operadoras médico-hospitalares que atendem a cerca de 46.723.985 beneficiários. Esses beneficiários aderem a diferentes tipos de contratação, incluindo:

Assistência médica com ou sem odontologia	Total
Individual ou Familiar	8.937.798
Coletivo Empresarial	31.495.379
Coletivo por adesão	6.206.495
Coletivo não identificado	590
Não informado	83.723

Fonte: Sistema de Informações de Beneficiários-SIB/ANS/MS

De acordo com o artigo 8º da Lei nº 9.656/98, as operadoras precisam cumprir uma série de requisitos para obter autorização para funcionar, que incluem, além de outros que a ANS possa requerer:

- Registro nos Conselhos Regionais de Medicina e Odontologia;
- Descrição detalhada dos serviços que pretendem oferecer;
- Comprovação da capacitação e qualificação dos profissionais contratados;
- Comprovação da capacidade econômico-financeira para fornecer o atendimento proposto nos planos oferecidos;
- Definição da área geográfica a ser atendida (BRASIL., 1998).

No que se refere às operadoras que já estavam em atividade antes da implementação da lei, foi concedido um prazo de 120 dias para atenderem aos requisitos mencionados, sob pena de sofrerem penalidades mais severas. A falta de cumprimento desses requisitos será considerada um agravante em casos de infração. Além disso, a ANS pode solicitar informações adicionais a qualquer momento e, se houver irregularidades, pode suspender os serviços prestados pelas operadoras até que a situação seja regularizada.

Além de regular as atividades das operadoras de planos de saúde, a Lei nº 9.956/98 também aborda a forma como o plano de saúde privado é implantado, os critérios para que as operadoras possam funcionar, entre outros aspectos relacionados ao tema. No próximo capítulo, a lei ainda abordará a intervenção estatal por meio da judicialização e os impactos que essas decisões podem ter na segurança jurídica não apenas das partes envolvidas, mas de toda a sociedade.

2 ASPECTOS GERAIS SOBRE OS CONTRATOS DE ADESÃO REFERENTES AOS PLANOS DE SAÚDE

Desde os primórdios da humanidade, as pessoas têm encontrado diversas formas de realizar contratos, impulsionadas pelas suas necessidades, limitações e, por vezes, pela escassez de recursos. Na antiguidade, por exemplo, era comum utilizar o sistema de trocas de mercadorias, conhecido como escambo. Segundo Batisti, esse sistema evoluiu a partir do

momento em que o homem deixou de ser nômade para se tornar sedentário. A evolução humana ao longo da história tem sido marcada por diversas transformações. Em tempos antigos, a sobrevivência humana dependia de uma vida nômade, buscando alimento por meio da caça e pesca. Com o domínio da produção de alimentos, o homem fixou-se à terra, tornando-se sedentário e gerando excedentes. Esses excedentes possibilitaram o surgimento do comércio de mercadorias como uma nova forma de suprir as necessidades (BATISTI, 2001, p. 151).

O autor menciona que na antiga Mesopotâmia já existiam normas legais que regulamentavam a compra e venda de serviços e mercadorias. As Leis de Eshnunna, promulgadas entre os anos de 1825 e 1787 a.C, e o Código de Hamurabi, elaborado posteriormente no Império Babilônico, por volta de 1758 a.C, regulavam diversos tipos de contratos, como execução, taxas de juros e preços de serviços. Já no Direito Romano, a forma como os contratos eram celebrados variava de acordo com o período histórico. (BATISTI, 2001, p. 151).

No período arcaico do direito romano, o contrato era visto como um ato que subordinava o devedor à autoridade do credor. Já no período clássico, os contratos eram acordos normatizados e, portanto, protegidos pela *actio*, que incluía três tipos: a) *litteris*, que exigia a inscrição no livro do credor (denominado *codex*); b) *re*, que era efetivado pela entrega da coisa; e c) *verbis*, que era celebrado com a troca de palavras orais, como em um ritual religioso. Durante a República Romana e o Alto Império Romano, surgiu uma nova espécie contratual - o *contratus solo consensu* - que envolvia vendas, locações, mandatos e sociedades. Para esses contratos, bastava apenas a manifestação da vontade, sem formalidades adicionais (BATISTI, 2001, p. 151).

Durante a era Medieval, que se estende desde a queda do Império Romano do Ocidente no século V d.C. até a tomada de Constantinopla pelos turcos em 1453, o contrato sofreu uma transformação significativa. Nesse período, além da figura do senhor feudal, havia a influência da religião, o que conferia ao contrato uma natureza quase eterna, segundo Fourquin. O contrato feudal consistia na entrega voluntária de um homem, o vassalo, a outro homem, que se tornava seu amo. O vassalo tinha a obrigação de prestar fidelidade, aconselhamento e assistência militar e material ao seu amo, enquanto este último deveria oferecer fidelidade, proteção e sustento ao seu vassalo. (FOURQUIN apud CASTRO, 2013, p. 121)

A falta de regulamentação das relações de consumo no passado se dava em parte porque, naquela época, o produtor e o consumidor mantinham uma relação de compra e venda equilibrada, uma vez que o comprador negociava diretamente com o artesão. Mesmo que os fenícios fossem conhecidos por suas práticas comerciais em grande escala, não havia normas específicas aplicáveis às suas transações comerciais. (NORAT, 2011).

O Código de Hamurabi, criado pelo Rei Hamurabi no período Babilônico, foi o primeiro documento jurídico a abordar questões relacionadas a contratos. Sua finalidade era tornar o rei glorioso entre os demais reis. O código adotava o princípio da lei de talião, que consistia em impor a mesma dor ou injúria sofrida a quem a causou. O código também estabelecia direitos e obrigações tanto para os profissionais quanto para as pessoas que contratavam seus serviços (NORAT, 2011).

Em várias civilizações antigas, incluindo a Mesopotâmia, o Egito Antigo e a Índia do século XIII a.C., as leis locais incluíam punições para práticas comerciais desonestas, tais como a adulteração de mercadorias, a venda de produtos de qualidade inferior à acertada ou a venda de bens semelhantes a preços diferentes. Por exemplo, o Código de Massú previa multas e outras punições para tais condutas (OLIVEIRA, 2010, p. 6).

Com a queda do feudalismo, o surgimento da burguesia e a difusão do Cristianismo, surgiu um novo tipo de comércio que utilizava moeda nas relações de consumo, o que antecipava o capitalismo. Esse período foi marcado por um intenso desenvolvimento comercial, que levou ao surgimento de vilas e cidades a partir das feiras de comércio (NORAT, 2011).

Com a evolução do comércio, o consumidor deixou de ter um contato direto com o produtor e passou a negociar com um novo tipo de fornecedor: o comerciante, que muitas vezes não tem informações sobre a produção do produto ou serviço e pode deixar o consumidor em uma situação de vulnerabilidade.

No período moderno, com a transição do Estado Liberal para o Estado Social de Direito, o Estado começou a intervir nas relações entre particulares, principalmente nas relações de consumo, proporcionando um mínimo de respaldo jurídico ao consumidor que estava desprotegido. Hoje, no Estado Democrático de Direito em que vivemos, o consumidor pode contar com a proteção dos princípios que regem seus contratos e com a intervenção do Estado para evitar a inclusão de cláusulas abusivas e outras práticas que prejudicam o consumidor (SANTOS, 2016, p. 8).

Aqui no Brasil, por exemplo, apesar de forma superficial, a proteção ao consumidor foi abordada desde os tempos do Império. Juntos constituíam os elementos fundantes do Direito

Português e que foi implantada em solo brasileiro, pelas influências do Direito Romano, Canônico e Germânico, que rezava as chamadas Ordenações Filipinas.

As Ordenações Filipinas mencionavam de forma discreta o consumidor, mas já consideravam hipossuficientes o menor e as mulheres. Em 1850, com a implementação do Código Comercial, foram estabelecidos diversos direitos e obrigações relacionados aos passageiros e embarcações. O objetivo era garantir segurança jurídica para ambas as partes, de forma que ao pactuarem a compra e venda de passagens para uma determinada viagem, estariam cientes de que deveriam cumprir as normas estabelecidas e teriam direitos para serem indenizados em caso de quebra de contrato (VIEGAS e ALMEIDA, 2011).

A proteção ao consumidor no Brasil ganhou força com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual consagrou a proteção do consumidor como garantia constitucional e princípio orientador da atividade econômica. Posteriormente, com a criação do Código de Defesa do Consumidor, esses direitos foram consolidados de forma mais completa, criando um microsistema de relações de consumo com novas normas e princípios jurídicos. Isso levou a uma transformação das relações entre consumidores e fornecedores, resultando em um maior equilíbrio nas relações jurídicas (KOSTESKI, 2004).

Apesar da existência de normas reguladoras e princípios norteadores das relações de consumo, é evidente que as relações entre fornecedores e consumidores no Brasil ainda são bastante frágeis, conforme demonstrado pelo número de atendimentos mencionados anteriormente. Mesmo cientes de suas obrigações e deveres, os fornecedores têm negligenciado a qualidade dos produtos e serviços fornecidos, entregando-os após o prazo estipulado, com vícios e defeitos, ou com qualidade insuficiente. Esse comportamento é claramente desrespeitoso em relação ao consumidor, que se encontra diante desses problemas e muitas vezes precisa recorrer a órgãos de proteção e ao poder judiciário para ter seus direitos reparados (KOSTESKI, 2004).

2.1 OS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS COM ÊNFASE NA AUTONOMIA CONTRATUAL

De acordo com o autor citado, os princípios que orientam os contratos são conhecidos como "princípios informadores", pois têm como objetivo informar quais são os fundamentos que os contratantes devem seguir. Esses princípios são considerados gerais, já que são aplicáveis a diversas situações, e são fundamentais, pois resultam em um conjunto de regras lógicas. O autor enfatiza que não é possível a qualquer pessoa inventar ou criar detalhes

normativos, mas apenas ao legislador, que tem a responsabilidade de positivizar esses princípios em lei (FIUZA, 2014, p. 403)

Os princípios que guiam os contratos no âmbito civil são conhecidos como "princípios informadores", que têm como objetivo orientar as partes contratantes sobre os fundamentos a serem seguidos. Esses princípios são de natureza geral e abrangem várias situações, resultando em um conjunto de regras baseado em lógica. Vale ressaltar que apenas o legislador pode positivizar essas regras, e não é permitido que outras pessoas criem normas detalhadas.

No que diz respeito aos contratos, esses princípios incluem: a obrigatoriedade do vínculo; o consensualismo; a função social; a boa-fé; a busca pela justiça das relações obrigacionais; a dignidade humana; e a autonomia da vontade. Cada um desses princípios será explicado em detalhes a seguir (FIUZA, 2014, p. 403).

O princípio da obrigatoriedade do vínculo é o primeiro dos princípios informadores dos contratos. Ele estabelece que as partes contratantes devem cumprir com as obrigações assumidas no contrato nos termos acordados. É permitido que as partes modifiquem o contrato, desde que haja consenso entre elas, mas não é permitido retroceder em relação ao que foi pactuado. Esse princípio tem como objetivo assegurar a segurança jurídica, ainda que isso possa prejudicar a equidade material (FIUZA, 2014, p. 404; KYT, 2003, p. 32; MOTA, 2019, p. 16).

O segundo princípio, talvez o mais importante, é o consensualismo, que se concretiza no momento em que o contrato é estabelecido. Sobre o assunto, destaca-se que basta o simples acordo de vontades, ou o chamado consentimento, para que o contrato seja válido, independentemente da entrega da coisa ou da realização do serviço (FIUZA, 2014, p. 405; BARBOSA, 2008, p. 5; MOTA, 2019, p. 15).

O terceiro princípio é o da função social, que se refere à justiça do contrato. Isso significa que se espera que o cumprimento do contrato não venha a onerar excessivamente nenhuma das partes, uma vez que ele exerce um papel social. Além disso, todas as partes envolvidas devem solidariamente respeitar o que foi previamente acordado para garantir o cumprimento justo do contrato (BAGGIO, 2014, p. 46-69).

O princípio da função social do contrato destaca que este não é apenas uma relação entre as partes envolvidas, mas também uma relação com a sociedade como um todo, podendo gerar benefícios ou prejuízos para terceiros. Assim, é possível que este princípio limite a autonomia da vontade das partes, permitindo a intervenção de terceiros caso sejam prejudicados (BARBOSA, 2008, p. 12).

Este princípio requer que os interesses dos contratantes estejam sempre em harmonia com os interesses da sociedade como um todo. Portanto, não é permitido que a liberdade contratual seja utilizada como pretexto para realizar um ato iníquo que prejudique a justiça. A não observância desse princípio pode levar à nulidade do contrato. Segundo Nalin, esse princípio pode ser visto em duas perspectivas: intrínseca, que se concentra na busca pela igualdade entre as partes, e extrínseca, que se refere aos resultados produzidos pelo contrato. (KYT, 2003, p. 72-79).

O princípio da boa-fé é caracterizado por uma atuação consciente e pensada, levando em consideração o outro contratante e respeitando seus interesses legítimos, expectativas razoáveis e direitos. Isso significa agir com lealdade, sem abuso ou obstrução, evitando causar lesão ou desvantagem excessiva e cooperando para alcançar o objetivo do contrato e realizar os interesses das partes (MARQUES, 2004, p. 101).

Esse entendimento reflete a importância do elemento de confiança que deve estar presente nas relações contratuais. Ele se relaciona a um estado de consciência em que fatores como o conhecimento do objeto e natureza do contrato por ambas as partes e o estado psicológico devem ser levados em consideração. Além disso, é esperado que as partes ajam de forma consistente ao longo da vigência do contrato, e qualquer ato ilícito ou praticado com a intenção de prejudicar uma das partes pode retirar a obrigação de cumprimento do contrato (BAGGIO, 2014, p. 55; BARBOSA, 2008, p. 10).

O quinto princípio se refere à busca pela justiça nas relações obrigacionais, onde toda relação dessa natureza deve ser justa, independentemente da sua fonte. Já o sexto princípio é o da dignidade humana, que se caracteriza como um valor moral e espiritual inerente a cada indivíduo, sendo que este valor se manifesta através da autodeterminação consciente e responsável da própria vida. Além disso, a dignidade humana traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, sendo considerado um mínimo invulnerável que deve ser garantido por todo ordenamento jurídico, salvo em casos excepcionais, sem menosprezar a estima que todas as pessoas merecem enquanto seres humanos (FIUZA, 2014, p. 405; MORAES, 2011).

A proteção da dignidade humana deve ser efetivada tanto materialmente quanto processualmente, através de diversas leis. No âmbito processual, o direito ao contraditório e a garantia de proteção jurídica efetiva são exemplos de como a dignidade humana é protegida por meio do processo. O processo garante condições mínimas de existência, incluindo uma vida digna, que é o fim da ordem econômica, onde a desigualdade não é tolerada entre os membros

de uma sociedade. Dessa forma, o ser humano deve ser elevado a um objetivo máximo do ordenamento, merecedor de respeito e de uma existência digna. É nesse sentido que nosso ordenamento jurídico deve ser baseado (HARBERLE, 2009, p. 90).

O sexto e último princípio do rol, que é o princípio da autonomia contratual, estabelece que as partes possuem liberdade para escolher as condições e cláusulas do contrato, inclusive o local onde será celebrado e qual será o foro eleito em caso de conflito, seja ele nacional ou estrangeiro, sempre buscando a norma mais favorável para ambas as partes (CASTRO, 2008).

Esse princípio permite que as pessoas tenham a liberdade de decidir se desejam ou não assumir obrigações e estabelecer regras contratuais, desde que estejam em conformidade com os demais princípios para que possam ser válidas. No entanto, é importante ressaltar que os interesses das partes envolvidas não podem prejudicar terceiros ou a coletividade em nenhuma circunstância (FIUZA, 2014, p. 404; BARBOSA, 2008, p. 4; XAVIER, 2010, p. 37).

A razão para a aceitação do contrato como uma figura jurídica de importância superior se deve ao fato de que é a partir dele que surge a relação jurídica. Além disso, é necessário que as partes envolvidas estejam completamente de acordo com os termos e demais aspectos do contrato para que este seja firmado, ou seja, a intenção é o que prevalece. Assim, os fatos devem ser ajustados ao que foi acordado anteriormente (RÁO, 1999, p. 23).

2.2 AS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS PLANOS DE SAÚDE FACE AO CONTRATO DE ADESÃO

O contrato de adesão é uma forma de manifestação unilateral da vontade em relação a outra pessoa, em que a parte aderente não tem a oportunidade de negociar ou alterar as cláusulas presentes no documento, mas apenas aceitá-las e cumprir com suas obrigações. O Código de Defesa do Consumidor (CDC) assegura esse direito no artigo 54 e exige que o contrato seja claro e de fácil entendimento para o consumidor, especialmente quando as cláusulas limitam seus direitos. Portanto, independentemente da natureza do contrato de adesão, as cláusulas sempre serão interpretadas em favor do consumidor, considerando seu grau de vulnerabilidade (GOMES, 2016, p. 20; BRASIL, 1990; RAMOS e LEITE, 2019, p.129).

O Código Civil de 2002, em seu artigo 187, dispõe que as cláusulas abusivas surgem quando alguém, ao exercer seu direito, ultrapassa seus limites como fornecedor, violando princípios como a boa-fé, entre outros que garantem que os contratos e as relações de consumo sejam estabelecidos de forma adequada. Isso resulta na prática de uma ou mais ações descritas no artigo 39 do CDC (BRASIL, 2002; BRASIL, 1990).

Para explicar, cláusulas abusivas são disposições contratuais que causam situações humilhantes ao consumidor, visto que este é incapaz de cumprir suas obrigações e ainda preservar o mínimo para sua subsistência. Nessas situações, o contratante é forçado a abrir mão de seus direitos. Por essa razão, tais cláusulas serão anuladas de pleno direito, ou seja, não terão qualquer efeito sobre o contratante e este estará livre de quaisquer consequências decorrentes do não cumprimento dessas cláusulas (SE; OTI, 2019, p. 14-15; GOMES, 2016, p. 34-35; RAMOS e LEITE, 2019, p. 129).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) determinou através da Súmula 608 que os contratos de planos de saúde serão regulados pelo CDC, exceto nos casos em que são administrados por entidades de autogestão. Além disso, a Súmula 609 do STJ dispõe que a alegação por parte da empresa seguradora de que não irá cobrir as doenças existentes será considerada ilícita, a menos que a empresa tenha solicitado os exames prévios ao contratante no momento da contratação, demonstrando, assim, estar agindo de má-fé. Após a assinatura do contrato, as empresas de planos de saúde estão obrigadas a cumprir com suas obrigações (STJ, 2018).

3 O POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO NOS LITÍGIOS QUE ENVOLVEM A SAÚDE SUPLEMENTAR E OS PRINCIPAIS IMPACTOS

Desde a antiguidade, o Estado assumiu diversos conceitos, como a polis para os Gregos e os Civita para Roma. Modernamente, pode-se afirmar que a sociedade civil é a forma mais complexa e perfeita de Estado. O termo "Estado" foi utilizado pela primeira vez por Maquiavel em 1513 em sua obra "O Príncipe". Mais tarde, a partir do século XVI, autores como Hobbes, Locke, Rousseau e Montesquieu atribuíram novos significados e expandiram o conceito da terminologia, dando-lhe um sentido político (FRIEDE, 2010, p. 15-49. DALLARI, 2007, p. 11).

Segundo a perspectiva de Karl Marx, o Estado é visto como um instrumento fundamental de dominação de classes na sociedade capitalista. Já em outra vertente de pensamento, para que uma entidade seja considerada um Estado, são necessários elementos como a soberania, tanto interna quanto externa; a delimitação territorial, ou seja, a existência de um espaço físico que pertença ao Estado; e a presença de uma sociedade subordinada a esse sistema (CARNOY, 2005, p. 67; ROUSSEAU, 2000, p. 30).

O Estado tem como sua principal finalidade promover o bem-estar da sociedade, considerando sempre a ordem social, política e econômica dentro de sua jurisdição territorial. Atualmente, é difícil definir o Estado, uma vez que este assume muitas funções e é um ente abstrato. Ele pode ser interpretado tanto como uma organização político-jurídica quanto como uma instituição administrativa (HOLANDA, 1999, p. 826).

O Estado evoluiu ao longo da história e passou por várias atribuições. Inicialmente, era visto como autoritário, com a figura de um soberano, mas posteriormente tornou-se democrático, permitindo a participação popular e a divisão dos poderes. Depois, veio o Estado liberal, em que a intervenção do Estado nas atitudes dos particulares era mais sentida. Por fim, temos o Estado intervencionista, que participa ativamente na sociedade, principalmente na economia, tanto de forma positiva quanto negativa (ARAÚJO e ARRUDA, 2006, p. 5).

Nos últimos tempos, tem-se observado que o poder judiciário tem se sobressaído em relação aos demais poderes, uma vez que tem extrapolado suas funções originais, alegando que os demais poderes estão inativos ou porque as questões tratadas envolvem direitos fundamentais ou ainda porque os juízes estão mais próximos do caso concreto e, portanto, caberia a eles decidir sobre as modificações necessárias em determinadas normas para atender a uma necessidade específica. Esse fenômeno tem se mostrado cada vez mais comum na área da saúde suplementar, onde o poder judiciário determina que os pacientes recebam tratamentos médicos mesmo que esses serviços não estejam cobertos pelos planos de saúde contratados, interferindo não só no contrato estabelecido entre as partes, mas também retirando vagas que poderiam ser utilizadas por outras pessoas.

3.1 A JUDICIALIZAÇÃO NO CAMPO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

Em termos gerais, a judicialização pode ser vista de duas maneiras: em primeiro lugar, do ponto de vista constitucional, ela se refere ao novo papel dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado, que resultou em uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na política. Enquanto isso, a judicialização da política seria um "processo pelo qual uma comunidade de intérpretes, por meio de um amplo processo hermenêutico, procura dar substância e forma aos princípios abstratamente configurados na Constituição" (MACIEL e KOERNER, 2002, p. 113-133).

Judicialização é o processo de levar questões para a esfera judicial, buscando solucionar conflitos através da prestação jurisdicional. Atualmente, diversas questões de grande repercussão política ou social estão sendo decididas pelos órgãos do Poder Judiciário, em vez

de serem resolvidas pelas instâncias políticas tradicionais, como o Congresso Nacional e o Poder Executivo, que inclui o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral (BEIRÃO, 2016, p. 117-128; BARROSO, 2012, p. 23-32).

A judicialização de questões políticas se caracteriza pela atribuição ao Poder Judiciário da análise de questões que, em princípio, seriam de competência dos poderes Executivo e Legislativo. Esse fenômeno acaba por conferir ao Poder Judiciário uma dimensão política, uma vez que passa a desempenhar um papel que vai além da interpretação da legalidade, atuando também em questões de mérito administrativo e política, o que pode levar à sua politização.

A judicialização de baixa intensidade é caracterizada pela intervenção dos tribunais em casos específicos de ações políticas ou indivíduos envolvidos em atividades ilegais, como a corrupção, que são levados aos tribunais para investigação. Isso resulta em uma influência limitada nas condições da ação política. (BEIRÃO, 2016, p. 117-128).

De maneira geral, o fenômeno em questão é a transferência de questões sobre políticas públicas para o Poder Judiciário, em vez de serem definidas e geridas pelo Executivo com a aprovação do Legislativo. Esse fenômeno é relativamente novo e tem sido mais proeminente nas decisões do Supremo Tribunal Federal, sendo caracterizado por uma polarização de opiniões.

De acordo com o texto, existem três razões para o surgimento da judicialização. A primeira é a redemocratização do país, culminando na promulgação da Constituição de 1988. A segunda é a constitucionalização ampla, que incluiu inúmeras questões na Constituição que antes eram decididas pelo processo político e pela legislação ordinária. A terceira e última razão é o sistema brasileiro de controle constitucional, considerado um dos mais abrangentes do mundo (BARROSO, 2012, p.23-32).

A judicialização da política pode contribuir para um padrão de interação entre os poderes que não é necessariamente prejudicial à democracia, e a transformação da jurisdição constitucional em parte do processo de formulação de políticas públicas é um desdobramento das democracias contemporâneas. Essa aproximação entre Direito e Política pode levar à dificuldade de distinguir entre direitos e interesses políticos, o que pode levar ao desenvolvimento de uma política de direitos (DE CASTRO, 1997, p. 147; CASTRO, 1994, p. 44).

3.2 AS OPERADORAS DE SAÚDE E A RESPONSABILIDADE CIVIL

A priori, ao que se refere o instituto da responsabilidade, de uma forma geral é mister abordar, existem três: a civil, penal e administrativa. Ela é devida em decorrência dos danos causados. Outra característica, ela é do tipo objetiva, ou seja, obriga de forma direta o agente a reparar os danos causados, isto é, independentemente de haver culpa ou dolo, conforme dispõe o artigo 927, parágrafo único do Código Civil (BRASIL, 2002).

Que por sinal, pode ser dividida em objetiva e subjetiva: a primeira, quando não se exige a culpa, a apuração é realizada apenas baseada na conduta, seja ela lícita ou ilícita. E a segunda, aquela causada por conduta culposa. A culpa caracteriza-se quando o agente que causou o dano ao praticar a ação com negligência ou imprudência. Já o dolo é à vontade conscientemente dirigida à produção do resultado ilícito.

A responsabilidade penal, está implicada na sanção pelo cometimento de delito; já a responsabilidade administrativa decorre do cometimento de uma infração administrativa (descumprimento de norma com sanção aplicada por autoridade administrativa); enquanto a responsabilização cível compreende a obrigação de reparar o dano. Está se caracteriza pela previsibilidade do autor.

Ela pode ser imposta seja a pessoa física quanto a jurídica, por apenas ter causado o dano, inclusive existe a chance de serem aplicadas cumulativa ou alternativamente sanções penais, administrativas ou civis, isto é, para uma delas ou para ambas.

A administrativa é vista como sendo uma manifestação do poder de polícia do Estado. Ela deve ser apurada dentro da própria Administração, momento esse em que será instaurado um processo administrativo, com todos os requisitos a ele inerentes, como, o contraditório e a ampla defesa. A qual, poderá ser cerca de três tipos, vejamos: teoria da irresponsabilidade; teoria da culpa do serviço e a teoria risco integral, a qual se subdividem em teoria do risco suscitado ou criado e teoria do risco administrativo (regra), há depender de cada situação (MILARÉ, 2000, p. 260).

Com efeito, mesmo que haja violação de um dever jurídico e que tenha havido culpa, e até mesmo dolo, por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, por não ter verificado prejuízo. Por isso é mister comentar sobre os elementos da responsabilidade civil para melhor compreensão do tema. A responsabilidade civil extracontratual é analisada através de três pilares, sendo eles: a conduta humana (ato ilícito); o dano; Culpa; e Nexo causal.

Por conseguinte, esses elementos, os requisitos da responsabilidade civil, quais sejam: ação ou omissão, nexos de causalidade, culpa e o dano, obedecem algumas exigências: o dano

que deverá ser certo, podendo ser material ou moral; e a relação de causalidade, laço ou relação direta de causa e efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano são os pressupostos indispensáveis da responsabilidade civil. A responsabilidade civil, então advém de uma violação da norma jurídica preexistente, violação esta que gerará uma obrigação a quem provocou o dano e conseqüentemente a obrigação de indenizar o lesionado, portanto, nem todo ato ilícito causará danos (DIAS, 2008, p. 26).

O código civil vigente adotou a teoria dos danos diretos e imediatos, a necessidade de reparar surgirá quando o evento que resultou em dano apresentar tanto o efeito direto quanto imediato de certa causa. À causa servia apenas o antecedente fático ligado necessariamente ao resultado que causasse dano como uma consequência instantânea. Sendo necessário averiguar o ocorrido, sem que seja estabelecida a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou, aquele só estará gerando responsabilidade quando tiver por causa uma falta cometida ou então um risco legalmente confirmado.

Por conseguinte, em se tratando da responsabilidade civil para as operadoras de planos de saúde, em consonância com a Lei 9.656 de 1998, precisamente no art. 17, § 3º, prever que a referida empresa se responsabilizará quando ao julgar necessário que o consumidor – paciente seja transferido de um estabelecimento hospitalar para outro, sem que essa deslocação, tal como a própria internação, não sendo onerado ao paciente nenhum valor em acréscimo (BRASIL, 1998).

Além dessa previsão, traz o art. 18, parágrafo único, que as ditas operadoras também poderão ser responsabilizadas civilmente e até consideradas irregulares se elas manterem contrato com outras, sejam prestadoras de serviços e/ou profissionais que não estejam devidamente credenciados. Inclusive quanto ao sigilo em relação àquele que exerce o cargo de diretor técnico ou fiscal caso venha expor alguma informação restrita da empresa e que só as obtiveram pelo fato do cargo ocupado (BRASIL, 1998).

Isso porque, a responsabilidade será objetiva, ou seja, independe do paciente ter ou não culpa, a exemplo disso foi o que o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – TJ – RJ, ao julgar a Apelação 0011291-06.2016.8.19.0204, desproveu o referido recurso sob a alegação que devido a ré não ter oportunizado a internação do autor em um hospital apto, a condenou ao pagamento de indenização por entender que essa ação adentrou ao ilícito, configurando nesse caso uma lesão moral pela aflição sofrida pelo paciente (BRASIL, 2019).

CONCLUSÃO

Portanto, à luz do exposto, é perceptível que o Estado, ao buscar consolidar-se como um Estado Democrático de Direito, reconheceu diversos direitos fundamentais, essenciais e imprescindíveis para a existência humana, os quais devem ser exercidos em plena extensão e sem quaisquer formas de limitação. Um exemplo desse tipo de direito é o direito à saúde, que, apesar de ser um direito social, tem como objetivo proteger o bem jurídico da vida e, portanto, não pode ser objeto de negociação, mas deve ser garantido e protegido independentemente de quem oferece os serviços nesse sentido.

Verifica-se que as operadoras de saúde frequentemente violam os direitos dos consumidores ao priorizarem benefícios econômicos em detrimento da oferta de serviços médicos e hospitalares adequados às necessidades dos pacientes. Isso pode levar a situações constrangedoras e vexatórias durante o atendimento. Além disso, as cláusulas contratuais muitas vezes não são apresentadas de forma clara e compreensível ao consumidor.

No entanto, é importante destacar que o consumidor não está completamente desamparado, uma vez que as cláusulas abusivas do contrato são consideradas nulas e sem efeito legal, independentemente de o contrato ainda estar em vigor. Nesse sentido, é possível recorrer ao poder judiciário para buscar a realização dos seus direitos. Essa prática tem se tornado comum e colocado o poder judiciário em uma posição de destaque, obrigando-o a exercer funções que vão além da sua natureza primordial.

Pode-se afirmar com precisão que não está sendo buscada a justiça, visto que a imagem de Têmis, representada com olhos vendados e uma balança na mão, simboliza a igualdade na aplicação das leis para todos os indivíduos, sem distinção de raça, gênero ou posição social. No entanto, recentemente, essa venda tem sido afastada para que se dê uma atenção especial a certos grupos ou indivíduos, o que afasta a justiça da sua imparcialidade e princípios fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Terezinha Noemides Pires et al. **Política Nacional de Medicamentos: análise a partir do contexto, conteúdo e processos envolvidos**. 2009.

ARANTES, Renato Hallen. **A origem e a evolução histórica da Seguridade Social brasileira**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 17 mar. de 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52731&seo=1>. Acesso em: 07 abril 2023.

ARAÚJO, Inaldo da Paixão Santos; ARRUDA, Daniel Gomes. **Contabilidade Pública: da Teoria à Prática**. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARRIECHE, Douglas Echevengúá. **Direito do previdenciário**. 2009. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/imagens_sistemas/arquivos/36420_previdenciario01.pdf. Acesso em: 07 abril 2023.

BAHIA, Ligia. **Trinta anos de Sistema Único de Saúde (SUS): uma transição necessária, mas insuficiente**. Cadernos de saúde pública, v. 34, 2018.

BAGGIO, Andreza Cristina. **Princípios contratuais e contratos empresariais: uma análise a partir da pretensa unificação do direito privado brasileiro**. IUS GENTIUM, v. 9, n. 5, p. 46-69, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio et al. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, v. 26, 2012.

BARBOSA, Haroldo Camargo. **Princípios Contratuais na Teoria Clássica e na Pós-Modernidade**. Revista Eletrônica de Direito Privado da UEL, Londrina, p. 114-128, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BATISTI, Leonir. **Direito do Consumidor para o Mercosul: enfoque jurídico e econômico dos blocos de integração**. Juruá, 2001.

BEIRÃO, André Panno; BEIRÃO, Ana Carolina Nogueira. **As origens da Politização da Justiça ou da Judicialização da Política no atual Sistema Constitucional Brasileiro**. Revista Interdisciplinar do Direito-Faculdade de Direito de Valença, v. 13, n. 2, 2017.

BRASIL, Casa Civil et al. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da união**, v. 20, 1990.

BRASIL, Casa Civil. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, v. 1, 1990.

BRASIL, Constituição Federal de. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, n. 176[^] sSupl, 1990.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998: Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da União**, 1998.

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000: Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar-ANS e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 2000.

BRASIL, Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil. Disponível em:** < [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002 L](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm), v. 10406, p. 1950-1969, 2002.

BRASIL. TJ-RJ. **Apelação Civil 0011291-06.2016.8.19.0204**. Jurisprudência. Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759759256/apelacao-apl-112910620168190204>. Acesso em: 07 abril 2023.

CARNOY, Martin; UTRILLA, Juan José. **Estado e teoria política**. México: Alianza, 2005.

CASTRO, C. A. P. D., & LAZZARI, J. B. **Manual de direito previdenciário**. 12. rev. e atual. Conforme a legislação em vigor até, 2010.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro**. Jus Navigandi. Disponível em: < [http://jus2. uol. com. br/doutrina/texto. asp](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp), 2012.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. 2008.

CASTRO, Marcos Faro de. **Dívida externa, globalização da economia e direitos humanos**. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, n. 184, p. 125-144, 1994.

COSTA, João Pedro Junqueira Curado Fleury. **Uma análise sob os contratos de plano de saúde sob a ótica da qualidade dos serviços prestados de acordo com o código de defesa do consumidor**. 2020.

DALLARI, Dalmode Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. Saraiva, 2007.

DE BARROS, Januária Lino; BEIRUTH, Aziz Xavier. **Aplicação de modelos de previsão de insolvência nas operadoras de planos de saúde do Brasil**. RAGC, v. 4, n. 15, 2016.

DE CASTRO, Marcus Faro. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política**. Revista brasileira de ciências sociais, v. 12, p. 147-156, 1997.

DE MOURA, Elisângela Santos. **O direito à saúde na Constituição Federal de 1988. Âmbito Jurídico, XVI**, v. 114, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda compartilhada: uma solução para os novos tempos**. Revista Jurídica Consulex, n. 275, p. 26, 2008.

FEDERAL, Senado et al. **Constituição da república federativa do Brasil**, 1988.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 2009.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 17 ed. Revista dos Tribunais. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2014.

FRIEDE, Reis. **Curso de ciência política e teoria geral do estado: teoria constitucional e relações internacionais**. Forense, 2010.

GOMES, Nilcéia Moreira. **Cláusulas abusivas nos contratos de adesão**. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. Saraiva Educação SA, 2020.

HÄRBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e de direito constitucional**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini–Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

IBRAHIM, F. Z. **Curso de Direito Previdenciário**. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2015.

INGLECIAS, Patrícia. **Direito ambiental**. São Paulo: RT, 2014.

JÁCOME, Marília Augusta Raulino; Martins, Orleans Silva; Paiva, Simone Bastos. **A Regulação Econômico-Financeira como Indutora de Boas Práticas de Governança Corporativa no Setor de Saúde Suplementar**. In: INTERNATIONAL CONFERENCE IN ACCOUNTING. 2017.

KYT, Audrey Silva. **Princípios sociais do contrato frente a sociedade de massa**.

KOSTESKI, Graciele. A história das relações de consumo. **Advocacia Dr. Roberto**, 2004.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso completo de direito civil**. 2010.

LUTZKY, Daniela Courtes. **Judicialização da saúde privada:(im) possibilidade de negativa de**. 2019.

LUZ, Madel Therezinha. **Notas sobre as políticas de saúde no Brasil de " Transição Democrática": anos 80.** Physis: Revista de Saúde Coletiva, v. 1, p. 77-96, 1991.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da judicialização da política: duas análises.** Lua Nova: revista de cultura e política, p. 113-133, 2002.

MALLMANN, Eduarda. **Direito à saúde e a responsabilidade do Estado.** Direito NET, v. 31, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico.** Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MATTA, Gustavo Corrêa et al. **Políticas de Saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde.** 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Voto no Julgamento da suspensão da Tutela antecipada nº 175 no Supremo Tribunal Federal. **STF: Brasília,** 2010.

MILARÉ, Édis. **Direito do meio ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, 8ª edição. **São Paulo: Editora Atlas,** 2011.

MOTA, THAYNARA. **CONTRATO DE ADESÃO: interferência na Autonomia da Vontade e a possibilidade de revisão.** 2019.

NOLASCO, Lincoln. Evolução histórica da previdência social no Brasil e no mundo. **Âmbito Jurídico,** v. 15, n. 98, 2012.

NORAT, Markus Samuel Leite. Evolução histórica do direito do consumidor. **Cognitio Juris, João Pessoa, Ano I,** n. 2, 2011.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Tratado de direito do consumidor: doutrina, prática forense e legislação. **São Paulo: Jurídica brasileira,** p. 6, 2010.

PAIANO, Daniela Braga. **Direito à intimidade e à vida privada.** 2017.

PICCHIAI, Djair. **Estratégia, Estrutura e Competências Gerenciais:** estudo de uma operadora de plano de saúde, modalidade autogestão. Revista de Ciências da Administração, v. 11, n. 25, p. 229-253, 2009.

POLIGNANO, Marcus Vinícius. **História das políticas de saúde no Brasil: uma pequena revisão.** **Cadernos do Internato Rural-Faculdade de Medicina/UFMG,** v. 35, p. 01-35, 2001.

RÁO, Vicente. Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. **O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração,** v. 4, 1999.

RAMOS, Luiz Felipe Nunes; LEITE, Glauber Salomão. **Cláusulas abusivas nos contratos de adesão referentes à planos de saúde**. Caderno de Graduação-Humanas e Sociais-UNIT-PERNAMBUCO, v. 4, n. 2, p. 129-129, 2019.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Direito Previdenciário Esquemático**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Martin Claire, 2000.

SANTOS, Ângelo Jesus Nascimento. **A tutela do direito do consumidor em Cabo Verde**. 2016.

SECOTI, Rafaela Manganelli Lourencini. **Cláusulas abusivas nos contratos de adesão em relação ao direito do consumidor**. 2019.

SÖRENSEN, Bruna Segat Heusner. **Planos coletivos de saúde: normas regulamentadoras e a interpretação dos tribunais face às abusividades**. 2019.

STJ. Superior Tribunal de Justiça. **Súmulas 608 e 609**. Brasília, 2018. DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO. Edição nº 2414 - Brasília, Disponibilização: Segunda-feira, 16 de Abril de 2018 Publicação: Terça-feira, 17 de Abril de 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_608_2018_segunda_secao.pdf. Acesso em: 07 abril 2023.

TEIXEIRA, Ariosto. Dissertação: **“A Judicialização da Política no Brasil”**. UNB, 1997.

TORRES, Fabio Camacho Dell'Amore. **Seguridade social: conceito constitucional e aspectos gerais**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 98, 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral. rev. e atual**. São Paulo: Atlas, 2016.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; ALMEIDA, Juliana Evangelista de. **A historicidade do Direito do Consumidor**. Âmbito Jurídico, 2011.

VIEIRA, Eriton; SILVA, Fábio Márcio Piló. **Responsabilidade civil por dano ambiental: discussões acerca das teorias do Risco Criado e do Risco Integral**. Editora Fórum, 2015.

XAVIER, Paulo Sérgio. **Análise Comparativa entre os Princípios Contratuais dos Códigos Civis de 1916 e de 2002**/ Paulo Sérgio Xavier. Fundação Educacional do Município de Assis-FEMA-Assis, 2010.