


Direitos humanos e planos de saúde: mercantilização, danos morais consumeristas e a posição do tribunal de justiça de São Paulo

Human rights and health plans: commodification, consumer moral damages and the position of the São Paulo court of justice

¹ André Luiz Pereira Spinieli  

² Victor Henrique de Castro 

RESUMO

O direito à saúde compreende uma garantia social reconhecida em nível constitucional, a ser prestada de forma universal e como suporte para a cidadania. Entre os problemas que afetam a materialização desse direito, identifica-se a dificuldade de determinados sujeitos, em razão de critérios econômicos e sociais, conseguirem receber esse modelo de assistência estatal de forma igualitária. Esse cenário abre margem para um novo aspecto envolvendo a saúde: a mercantilização dos direitos humanos e a conseqüente emergência dos planos de saúde. Além de funcionar como bens econômicos, os planos de saúde também têm sido alvo de sucessivas demandas judiciais envolvendo a reparação por danos morais. A partir de uma abordagem bibliográfica, que utiliza referências tanto do âmbito jurídico quanto da sociologia da saúde, e de uma pesquisa empírica que recorre a dados oriundos do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), este trabalho objetiva demonstrar como o acesso à saúde foi afetado pelo fenômeno da mercantilização dos direitos humanos e, principalmente, como tem o Poder Judiciário paulista, em ações derivadas da Comarca de Jaboticabal-SP, atuado para dirimir conflitos que requeiram a reparação por danos morais em face das operadoras de planos de saúde. A partir das demandas analisadas, conclui-se que a tutela do TJSP em casos dessa natureza representa um importante mecanismo de defesa contra a violação do direito à saúde, de modo que a indenização por danos morais, em relação ao acesso à saúde privada, também tem por finalidade suprir as insuficiências estatais em relação a esse direito.

Palavras-chave: Direito à saúde. Mercantilização. Danos morais. Tribunal de Justiça de São Paulo. Direitos humanos.

ABSTRACT

The right to health comprises a social guarantee recognized at the constitutional level, to be provided universally and as a support for citizenship. Among the problems that affect the materialization of this right, it is identified the difficulty of certain subjects, due to economic and social criteria, to be able to receive this model of state assistance in an egalitarian way. This scenario opens the way for a new aspect involving health: the commodification of human rights and the consequent emergence of health plans. In addition to functioning as economic assets, health plans have also been the target of successive lawsuits involving compensation for moral damages. Based on a bibliographic approach, which uses references from both the legal and sociological scopes of health, and an empirical research that uses data from the São Paulo Court of Justice (TJSP), this work aims to demonstrate how access to health was affected by the phenomenon of commercialization of human rights and, mainly, as the Judiciary of São Paulo has, in actions derived from the Judicial District of Jaboticabal-SP, acted to settle conflicts that require compensation for moral damages in the face of health plan operators. Based on the analyzed demands, it is concluded that the protection of the TJSP in cases of this nature represents an important defense mechanism against the violation of the right to health, so that compensation for moral damages, in relation to access to private health, also Its purpose is to make up for state inadequacies in relation to this right.

Keywords: Right to health. Commodification. Moral damages. São Paulo Court of Justice. Human rights.

1 Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista (UNESP/Franca). Universidade Estadual Paulista.

2 Graduando em Direito pela Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal.

1 INTRODUÇÃO

O direito à saúde representa uma garantia constitucional de caráter social (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 119), que funciona como instrumento determinante à realização da cidadania em diferentes perspectivas (SIQUEIRA; BUSSINGUER, 2010, p. 287). As interlocuções entre direitos humanos, saúde e cidadania estão firmadas na possibilidade de realização da justiça social, do bem-estar coletivo e da igualdade. Ocorre que, por conta do Estado ter dificuldades de garantir essas prestações, surge uma emergência dos planos de saúde, fazendo com que o seu acesso fique associado ao fenômeno da mercantilização do direito à saúde³ (MAIA *et al.*, 2009, p. 222-224). Esse novo paradigma tem se adequado às normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de modo que a violação de seus preceitos gera indenização a título de danos morais – que, em razão da multiplicidade de danos possíveis nesse âmbito, provoca a dificuldade de estabelecer critérios seguros para a quantificação da indenização.

Este trabalho tem como objetivo demonstrar que, embora o direito à saúde seja uma garantia universal no âmbito da Constituição Federal (CF), a emergência dos planos de saúde denota um caráter de mercantilização em seu acesso. Na medida em que esses instrumentos são regulamentados pelo CDC, a violação de seus preceitos gera indenização a título de danos morais, de modo que analisamos, neste trabalho, os métodos adotados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) para quantificar os valores indenizatórios, a partir de demandas oriundas da Comarca de Jaboatão-Cabanga-SP. Foi necessário analisar e refletir como o Estado, com o seu objetivo de garantir a universalidade do acesso à saúde por meio de prestações estatais positivas, efetivamente cumpre seu papel através dos diferentes níveis sociais encontrados na sociedade, inclusive buscando compreender como os planos de saúde, com o seu acesso privado e alternativo à população, interferem nas relações sociais de forma a gerar problemas que atingem o âmbito subjetivo dos beneficiados.

O trabalho foi dividido em três tópicos. No primeiro, abordamos o dever do Estado em promover o direito à saúde aos cidadãos e, principalmente, as mutações sociais que nos permitem reconhecer os planos de saúde como uma característica do fenômeno de mercantilização dos direitos humanos. No segundo, avançamos sobre a análise jurisprudencial, indicando detalhadamente a metodologia utilizada e apresentando os dados obtidos a partir do recorte selecionado. metodologia utilizada e apresentando os dados obtidos a partir do recorte selecionado. No tópico, buscamos verificar acórdãos que trataram da indenização por danos morais envolvendo planos de saúde, a fim de compreender a metodologia utilizada pelo TJSP para a quantificação dos danos. Finalmente, o terceiro tópico apresenta uma interpretação sobre os dados colhidos na jurisprudência paulista, além do mapeamento das estratégias judiciais para a efetivação do direito à saúde a partir da condenação das seguradoras.

2 DIREITO À SAÚDE, CONSUMO E MERCANTILIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A EMERGÊNCIA DOS PLANOS DE SAÚDE

A partir da década de 1930, a melhoria nas condições de vida dos brasileiros foi acompanhada pela construção legislativa de novos direitos sociais (BEHRING; BOSCHETTI, 2011, p. 146-152). Voltados espe-

3 Para o direito, a ideia de “justiça social” é ampla o bastante para abranger diferentes paradigmas conceituais (DUBET, 2011, p. 11-14). Ao se tratar da efetivação do direito à saúde por meio da iniciativa privada, é fundamental levar em consideração algumas construções teóricas que determinaram o padrão comportamental do Estado em relação à concretização dos direitos sociais. Enquanto responsáveis primárias pela materialização dessas garantias, as instituições estatais lidam diretamente com a necessidade de determinar quais elementos são prioritários em suas políticas e, mais que isso, como consolidar estratégias que permitam minimizar as discriminações (HACHEM, 2014, p. 107-110). Enquanto a “igualdade de oportunidades” foi evidenciada pela política burguesa, com a proposta de garantir acesso equânime aos bens e serviços dos quais sujeitos socialmente excluídos são carentes, a “igualdade de posições” procura combater frontalmente as problemáticas do capitalismo por meio da redução das distâncias entre as posições sociais que esses atores ocupam em cada comunidade política (HACHEM, 2014, p. 107-111). Em outros termos, na medida em que o primeiro se preocupa com a naturalização das desigualdades desenvolvidas a partir do livre-arbítrio dos sujeitos, o segundo paradigma visa retirar o caráter de “mercantilização” que pesa sobre determinados bens, a fim de que sejam postos à disposição de todos os sujeitos sociais (HACHEM, 2014, p. 109; DUBET, 2011, p. 24). Por meio dessa interpretação da justiça social, os serviços de saúde não deveriam ser necessariamente privatizados, mas prestados obrigatoriamente pelas instituições estatais com o respectivo custo dividido entre os contribuintes (HACHEM, 2014, p. 109).

cialmente à afirmação do direito à saúde pública, eles possibilitaram diferentes avanços em políticas sociais. Ocorre que, apesar da existência formal do acesso à saúde em nível constitucional, também surgiram diferentes fatores de desigualdades que influenciaram diretamente as classes sociais que gozam de menor poder econômico (BEHRING; BOSCHETTI, 2011, p. 267-27; DUBET, 2011, p. 13-14). Isso decorre do fato de não haver uma justa distribuição de recursos, que garantam uma vivência comunitária mais igualitária, entre indivíduos pertencentes a diferentes níveis sociais (FRASER, 2008, p. 169-189). Essa divergência econômica entre grupos sociais denota o motivo dos mais pobres terem menos acesso à saúde e, conseqüentemente, sofrerem mais com doenças do que os mais ricos (WEITZ, 2016, p. 4). Com o aumento das crises econômicas e dos índices de desemprego, as populações mais vulneráveis acabam sofrendo diretamente com esses efeitos negativos, não tendo acesso aos sistemas de saúde tanto por motivos de lotação quanto por não terem condições financeiras de contratar planos de saúde privados (SANTOS; VIEIRA, 2018, p. 5).

Nessa perspectiva, cabe ao Estado brasileiro respeitar o direito fundamental de acesso à saúde, devendo alocar de forma razoável seus recursos financeiros e orçamentários, a fim de assegurar a efetiva fruição do direito pelos cidadãos em sintonia com o que prescreve o documento constitucional (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 134). Vale mencionar que o direito à saúde é essencialmente um direito de cada cidadão, pois está vinculado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da dignidade inerente a cada ser humano, sendo um acesso universal e igualitário que visa a evitar a desigualdade social (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 139)⁴. Devido a isso, criou-se o Sistema Único de Saúde (SUS), que possui em suas diretrizes o princípio da universalidade, responsável por garantir o atendimento aos cidadãos sem distinção de raça, cor, etnia ou religião (SALES *et al.*, 2019, p. 58).

Apesar do direito à saúde ter sido consagrado pela CF, caracterizando-se como um direito fundamental e social, em respeito ao princípio da igualdade, muitas vezes o Estado não consegue atender a todos os necessários de forma igualitária. Por esse motivo, abriu-se margem aos processos de mercantilização e privatização dos serviços públicos, com a livre concorrência de empresas de planos de saúde como um acesso privado e alternativo à saúde⁵ (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 125-126). Nesse sentido, entende-se que os direitos humanos se tornaram uma categoria de bens econômicos: aqueles que não possuem determinado poder aquisitivo não conseguem ter acesso às garantias e direitos proporcionados pelos processos de mercantilização desses direitos sociais⁶ (RUBIO, 2013, p. 10-13; BEHRING; BOSCHETTI, 2011, p. 155-158; HOPP; LIJTERMAN, 2019, p. 69). A garantia do direito à saúde é fortemente atingida por essa mercantilização, uma vez que aqueles que possuem mais poder aquisitivo podem usufruir de um maior acesso à saúde, que garanta melhores técnicas medicinais e medicamentos mais eficientes (WHITE, 2002, p. 57-58; DANANI; LINDENBOIM, 2003, p. 253-266). A tendência é que o Estado passe a ter o papel de assegurar o mínimo atendimento para as pessoas de baixa renda, que não têm possibilidade de pagar por atendimentos médicos, direcionando àqueles de classe média-alta os serviços privados de planos de saúde (SANTOS; VIEIRA, 2018, p. 8).

Na medida em que o acesso à saúde se tornou uma garantia valorada economicamente, surgiram novas perspectivas para um mercado que se volta à venda desse acesso, levando-nos à ideia dos *planos de saúde*, que são regidos pelo direito consumerista. Essa perspectiva advém da saúde ser um serviço público, essencial à população, que, conseqüentemente, tornou-se um bem econômico a ser explorado pela iniciativa privada de forma complementar através de um contrato privado com o particular e o interessado, respeitando a regulamentação da

4 Nesse viés, qualquer limitação de acesso motivada pelos marcadores da diferença deve ser extirpada (SARMENTO, 2016, p. 104). Além disso, esse direito se estende ao ponto de obrigar o Poder Público ao fornecimento de medicamentos, tratamentos, exames e cirurgias, como forma de efetivação dos direitos humanos (PUCCINI; CECÍLIO, 2004, p. 1342-1353).

5 O texto constitucional também garante à iniciativa privada a possibilidade de atuação no âmbito da saúde, de forma complementar. Esse modelo caracteriza o sistema de Saúde Suplementar, composto pelas seguintes modalidades assistenciais: autogestão, cooperativa médica, seguradora especializada em saúde e administradora de benefícios (COSTA *et al.*, 2022, p. 96).

6 A abordagem crítica dos direitos humanos, compreendendo-os como um complexo de garantias que inclui o direito à saúde em suas múltiplas facetas, representa uma das epistemologias que teceram considerações sobre o fenômeno da mercantilização da vida social. Na dinâmica capitalista, a lógica dos direitos humanos é subordinada à possibilidade de serem realizados bons negócios. Assim, existindo uma oportunidade para obter lucros e benefícios econômicos em detrimento dos direitos humanos, sobretudo por existir uma demanda mercadológica, os níveis de desigualdade e injustiças sociais não importam (BEHRING; BOSCHETTI, 2011, p. 155-158).

Agência Nacional de Saúde (ANS) – organismo que fiscaliza os serviços prestados pelas seguradoras, sob a normatização da Lei nº. 9.656, de 1998 (SARLET; FIGUEIREDO, 2014, p. 122).

É necessário salientar que, apesar dessas agências de planos de saúde oferecem técnicas e melhores atendimentos aos segurados, o seu objetivo principal é a aferição de lucro (CASTILLO *et al.*, 2017, p. 2154). O produto da relação entre as partes é a saúde do beneficiado e, na maior parte das vezes, por ser um produto complexo, o mercado de saúde acaba sendo de difícil configuração, tendo resultados inespecíficos, cujo sucesso depende de procedimentos médicos, sem que seja possível aferir sua qualidade ou saber quem são os agentes envolvidos nos atendimentos. Ainda, acrescenta-se o risco de serem tais procedimentos negados no momento de sua utilização (SILVA, 2004, p. 10). Portanto, para que haja a correta prestação dos serviços, é necessária a atuação da ANS para fiscalizar e regulamentar a atividade dessas agências. Além disso, é evidente a abrangência do CDC para regular essas relações com os planos de saúde⁷.

Denota-se, assim, que a expansão do mercado de saúde fez surgir várias hipóteses de contratação de serviços suplementares à saúde, sendo o atendimento na rede pública do SUS apenas mais um serviço a ser escolhido por aqueles que não participam de um sistema privado ou que não contratem atendimentos com prestadores particulares, entre as diversas hipóteses contratuais existentes (MAIA *et al.*, 2009, p. 222). As entidades privadas de saúde formam uma estrutura de mercado financiada pelos próprios pacientes ou por empresas privadas participantes do sistema de saúde suplementar. A opção pela contratação desses planos ou seguros garante a cobertura contra eventuais sinistros que podem vir a ocorrer. No entanto, como dito anteriormente, não há garantias de qualidade e segurança do atendimento prestado pelas entidades provedoras desses serviços (MAIA *et al.*, 2009, p. 222).

Os consumidores não conseguem prever quais doenças o afligirão durante a vida, pois isso não depende apenas dos comportamentos individuais de cada um, mas sim de um contexto social e de políticas públicas que garantam uma melhor convivência aos cidadãos (WHITE, 2002, p. 39-40). Assim, os planos de saúde são utilizados como uma ferramenta capaz de tranquilizá-los no caso da necessidade de acesso a tratamentos e medicações eficientes contra as doenças que surgirem inesperadamente (MAIA *et al.*, 2009, p. 222). Acontece que os consumidores se apresentam como a parte vulnerável da relação contratual no âmbito dos planos de saúde, submetendo-se a contratos pré-estabelecidos pelas seguradoras e tendo direito de acesso a todas as informações sobre os tratamentos ou procedimentos médicos conveniados pelos planos de seguro (CARNEIRO *et al.*, 2012). Isso implica a ideia de que as operadoras de planos de saúde possuem informações pré-contratuais sobre os valores negociados sobre os tratamentos e medicamentos a serem segurados, marcando, assim, a característica dos modelos de contrato de adesão⁸ (MAIA *et al.*, 2009, p. 224).

Esse tipo de pré-contrato, que apenas necessita da anuência do beneficiado, pode gerar problemas futuros pela mudança de comportamentos das partes, surgindo o risco de danos morais (MAIA *et al.*, 2009, p. 224). Essas mudanças de comportamentos têm relação com problemas causados pelas operadoras de planos de saúde, que envolvem a não cobertura e não reembolso de contratos de saúde; o não cumprimento à oferta; a rescisão/alteração de contrato, entre outros. Devido a isso, há uma constante procura por parte dessas empresas de atuarem na hipótese de risco de lucro, pois, na venda de seus planos sempre procuram uma carteira de clientes que possuem menor risco de ficarem doentes, propiciando a cobertura de riscos mais lucrativos (MALTA *et al.*, 2004, p. 439). Essa atitude tomada pelas operadoras denota como a saúde se tornou um objeto próprio do mercado de consumo, com a incessante procura pelo lucro em detrimento do benefício dos segurados (WHITE, 2002, p. 58).

7 Destaca-se, aqui, o que dispõe a súmula 608 do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão”. Essa Súmula consolida o entendimento de que a relação entre o fornecedor do plano de saúde e o beneficiário configura uma estrutura jurídica de consumo, uma vez que o objeto do contrato caracteriza a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, preenchendo, assim, as definições de fornecedor e consumidor.

8 A principal forma de contratação dos planos de saúde se dá por meio dos contratos de adesão. Esse tipo de contrato é comumente utilizado na área consumerista, pois apresenta uma forma ágil e célere nas contratações devido a sua eficiência. Tais contratos são elaborados pelo proponente, com modelos prontos expondo a sua manifestação de vontade, cabendo apenas a outra parte anuir a suas regras, ou seja, não ocorre um livre debate entre as partes, mas apenas uma aceitação tácita pelo aderente das cláusulas e condições previamente estabelecidas pela outra.

3 O QUE DIZEM OS DADOS: PLANOS DE SAÚDE, JUDICIALIZAÇÃO E DANOS MORAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

O Estado se apresenta como um importante agente na efetivação dos direitos sociais. Isso demonstra o entendimento de que o mínimo de bem-estar econômico e de segurança deve ser concedido para que a sociedade se construa de forma igualitária, mesmo havendo diferentes níveis sociais (GORDON, 2001, p. 24). No entanto, os direitos sociais são prestados de forma mínima pelo Estado, que, na ausência de condições econômicas para mantê-los, revela estar esse modelo de garantia diretamente relacionado com o mercado. Apesar de serem prestações concretas reconhecidas segundo um princípio de universalidade assegurado constitucionalmente, somente aqueles que possuem capacidade econômica podem ter o amplo acesso, caracterizando, assim, garantias particulares e seletivas (GORDON, 2001, p. 25).

A introdução do acesso à saúde no contexto da mercantilização é uma decorrência das dificuldades enfrentadas pelas instituições estatais para assegurar o exercício integral e tempestivo dessa garantia, evidenciadas pela falta de recursos, pelo longo período de espera para prestação dos atendimentos, além da falta de medicamentos e redução de leitos (BEHRING; BOSCHETTI, 2011, p. 223). Assim, os planos de saúde nascem como forma de complementariedade à realização do projeto constitucional do direito à saúde universal (SANTOS; VIEIRA, 2018, p. 10-11). Por serem considerados consumidores, os segurados possuem o direito subjetivo de receber uma adequada prestação de serviços pelas operadoras de planos de saúde (MADUREIRA; GARCIA, 2016, p. 6), inclusive fazendo jus ao recebimento de indenizações a título de danos morais em casos de verificação de problemas contratuais (MADUREIRA; GARCIA, 2016, p. 7). Nessas hipóteses, o problema que surge diz respeito ao valor quantificado para reparar o dano moral.

Realizou-se um levantamento de julgados do TJSP provenientes da comarca de Jaboticabal-SP, com o objetivo de compreender como o Judiciário paulista efetivamente aborda a questão da quantificação dos danos morais em demandas relacionadas aos planos de saúde. Foram selecionados para análise os julgados situados entre os anos de 2017 a 2021⁹. Para o levantamento jurisprudencial foi utilizado o método de coleta de dados, através da pesquisa de jurisprudência no portal “e-SAJ” do TJSP¹⁰. É importante salientar que a seleção do termo “dano moral” objetivou analisar e compreender a evolução desse conceito no entendimento jurisprudencial do TJSP, no período e cidade selecionados, bem como a sua caracterização em ações que tratem sobre os planos de saúde no âmbito do direito do consumidor.

Optou-se por pesquisar acórdãos considerando o primeiro e o último dia de cada um, dos anos de 2017 a 2021. Tanto a seleção quanto a análise dos julgados ocorreu de forma ampla, excluindo-se aquelas demandas que tratam sobre questões meramente processuais, como discussão de competência, embargos e agravos de instrumento de decisões interlocutórias. Dessa forma, foram observados apenas os acórdãos que mencionaram aspectos relativos aos danos morais, com a sua caracterização ou não, e os métodos utilizados para quantificá-los. Obtiveram-se 58 acórdãos no total. No primeiro ano, havia 5 acórdãos que se amoldavam ao recorte metodológico da pesquisa; no segundo ano, foram 10; no terceiro ano, foram 15; no quarto ano, 18; e, no quinto ano, 10 acórdãos.

Após a seleção dos acórdãos, realizou-se uma verificação das ementas e do conteúdo do texto, observando se o TJSP foi acionado para decidir sobre casos relacionados aos danos morais em ações envolvendo planos de saúde. Estruturou-se de acordo com os seguintes critérios: a) analisar os métodos utilizados para quantificar os danos morais que estão sendo adotados atualmente; b) ações em que houve o pedido de indenização por danos morais em primeira instância, com a sua concessão ou não pelo magistrado; c) ações em que se decidiu pela

9 A escolha do recorte temporal, que estabelece a análise de casos assentados nos últimos cinco anos, tem como justificava examinar os métodos utilizados pelo TJSP para a quantificação do dano moral em ações envolvendo planos de saúde, inclusive em quais ações estão surgindo essa responsabilidade por danos morais.

10 O caminho utilizado para realizar o levantamento jurisprudencial dos julgados do TJSP podem ser analisados através do mapa de imagens, disponível em: https://drive.google.com/drive/folders/1EoiHqQOc5beM0W-eMDeaYfIO_CzK2Ms9?usp=sharing.

concessão dos danos morais e os motivos para quantificar o valor indenizatório. Em seguida, foi realizada uma análise do conteúdo dos julgados, verificando todos os critérios mencionados anteriormente com o intuito de eliminar decisões que não se relacionavam com o objetivo da pesquisa jurisprudencial¹¹.

Assim, excluindo-se os julgados que não tratavam da matéria analisada, foram selecionados 20 acórdãos, sendo 1 julgado do período de 2017; 0 julgados em 2018; 7 julgados do período de 2019; 8 julgados do período de 2020 e 4 julgados do período de 2021. Os acórdãos foram organizados e disponibilizados em um banco de dados públicos, utilizando a plataforma “Google Drive”¹².

Tabela 01 – Classificação dos julgados

Ref.	Tipo de ação (Inicial)	Sentença e Valor Dano Moral	Tipo de Recurso	Câmara do TJ/ SP	Decisão Acórdão
1	Indenização por danos materiais e morais	Parcialmente procedente - R\$ 8.000	Apelação Cível	4ª Câmara de Direito Privado	Negou provimento
2	Indenização por danos morais	Procedente - R\$ 10.000,00	Apelação Cível	7ª Câmara de Direito Privado	Parcial provimento - Reduziu para R\$ 8.000,00
3	Obrigação de fazer c/c indenização por danos morais	Parcialmente procedente - R\$ 5.000	Apelação Cível	3ª Câmara de Direito Privado	Parcial provimento - Reduziu para R\$ 5.000,00
4	Cominatória c/c indenização por danos morais	Parcialmente procedente - R\$ 5.000	Apelação Cível	9ª Câmara de Direito Privado	Parcial provimento - Reduziu para R\$ 5.000,00
5	Indenização por danos materiais e morais	Parcialmente procedente - R\$ 10.000	Apelação Cível	2ª Câmara de Direito Privado	Parcial provimento - Manteve o valor
6	Obrigação de fazer c/c danos morais	Procedente - R\$ 10.000,00	Apelação Cível	2ª Câmara de Direito Privado	Provimento - Manteve o valor
7	Obrigação de fazer c/c indenização por danos morais	Procedente - R\$ 10.000,00	Apelação Cível	9ª Câmara de Direito Privado	Provimento - Manteve o valor
8	Obrigação de fazer c/c indenização por danos morais	Procedente - R\$ 10.000,00	Apelação Cível	1ª Câmara de Direito Privado	Negou provimento
9	Obrigação de fazer c/c indenização por danos morais	Procedente - R\$ 5.000,00	Apelação Cível	8ª Câmara de Direito Privado	Parcial provimento - Retirou a indenização
10	Indenização por danos materiais e morais	Parcialmente procedente - R\$ 15.000	Apelação Cível	3ª Câmara de Direito Privado	Parcial provimento - Diminuiu o valor para R\$ 10.000,00
11	Obrigação de fazer c.c indenização por danos morais	Procedente - R\$ 8.000,00	Apelação Cível	3ª Câmara de Direito Privado	Negou provimento
12	Obrigação de fazer c.c danos morais	Parcialmente procedente - R\$ 10.000	Apelação Cível	7ª Câmara de Direito Privado	Parcial provimento - Manteve o valor

11 Na primeira verificação dos julgados, observou-se que alguns processos não se relacionavam com o tema de indenização por danos morais em ações de planos de saúde e apenas traziam o termo “moral” em determinada citação ou referência ao longo do texto da decisão. Além disso, algumas ações discutiam questões meramente processuais.

12 Para analisar os acórdãos, informações gerais dos acórdãos analisados e tabelas, acesse o seguinte link: https://drive.google.com/drive/folders/1EoiHqQc5beM0W-eMDeaYfIO_CzK2Ms9?usp=sharing.

13	Declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais	Parcialmente procedente - R\$ 500,00	Apelação Cível	6ª Câmara de Direito Privado	Parcial provimento - Majorou para R\$ 5.000,00
14	Obrigação de fazer c/c indenização por danos morais	Parcialmente procedente - R\$ 5.000	Apelação Cível	4ª Câmara de Direito Privado	Negou provimento
15	Obrigação de fazer c/c indenização por danos morais	Parcialmente procedente - R\$ 5.000	Apelação Cível	7ª Câmara de Direito Privado	Negou provimento
16	Indenização por danos morais	Procedente - R\$ 10.000,00	Apelação Cível	3ª Câmara de Direito Privado	Negou provimento
17	Obrigação de fazer c/c indenização por danos morais	Procedente - R\$ 4.000,00	Apelação Cível	4ª Câmara de Direito Privado	Negou provimento
18	Obrigação de fazer c/c indenização por danos morais	Parcialmente procedente - R\$ 3.000	Apelação Cível	6ª Câmara de Direito Privado	Parcial provimento - Manteve o valor
19	Obrigação de fazer c/c indenização por danos morais	Procedente - R\$ 10.000,00	Apelação Cível	5ª Câmara de Direito Privado	Negou provimento
20	Obrigação de fazer c/c indenização por danos morais	Procedente - R\$ 4.000,00	Apelação Cível	8ª Câmara de Direito Privado	Negou provimento

Fonte: elaborado pelo autor.

Depreende-se que os planos de saúde não possuem o caráter de universalidade comparado com o direito à saúde concedido pelo Estado. Eles são restritivos e particulares a uma determinada categoria de pessoas que possuem condições financeiras de contratá-los (GORDON, 2001, p. 25). Porém, apesar de serem limitantes, há inúmeras demandas judiciais em que o Poder Judiciário é acionado para solucionar os litígios envolvendo as partes contratantes de planos privados de saúde, sendo que, dessas ações, muitas se referem a produtos e serviços não contemplados por essas empresas, gerando a possibilidade de reparação a título de indenização por danos morais em benefício dos consumidores (VIEIRA, 2020, p. 25). Nesse sentido, o Judiciário possui o importante papel de delimitar quais métodos devem ser utilizados para arbitrar o valor indenizatório, como forma de evitar novos litígios e divergências nas interpretações.

4 A INTERPRETAÇÃO DOS DADOS: CRÍTICA À MERCANTILIZAÇÃO DA SAÚDE E OS MÉTODOS JUDICIAIS

Assim como o Poder Judiciário constitui um importante mecanismo de defesa para preservar os direitos dos indivíduos contra omissões das operadoras de planos de saúde, também pode funcionar como arena de disputa para ações que requerem a compensação via indenização por danos morais em virtude de conflitos provenientes dessa natureza. Nesse sentido, a incessante procura pelo Poder Judiciário, sobretudo pelos beneficiários de planos de saúde, indica que o Estado não se posiciona mais como o único responsável pela garantia do acesso à saúde. As prestações materiais realizadas por essas operadoras de planos de saúde possuem o papel fundamental de garantir esse direito, tendo em vista que ocorre entre essas partes uma relação contratual voltada à necessidade de assegurar as prestações de serviços de saúde reguladas pelo CDC. Isso demonstra a relevância do tema envolvendo os planos de saúde com o CDC, inclusive no que toca à questão da responsabilidade reparatória por danos morais por essas operadoras (VIEIRA, 2020, p. 25).

Conforme se afirmou anteriormente, os consumidores adquirem os serviços das operadoras de planos de saúde com o intuito de receberem a tempestiva e adequada prestação dos serviços contratados. No caso de negativa dessas coberturas ou qualquer outro problema que afete a qualidade dos serviços, surge o direito subjetivo dos consumidores serem ressarcidos a título de danos morais pelos prejuízos sofridos, uma vez que o psicológico da vítima acaba sendo afetado de forma prejudicial ao ponto de gerar efeitos em sua saúde mental e física (SANTANA, 2009, p. 180). O dano moral caracteriza uma privação ao exercício dos direitos da personalidade, sendo uma violação do estado físico, psíquico e moral da vítima, e nesses casos o direito a indenização possui o intuito de compensar o dano sofrido, punir o infrator e desestimular novas práticas semelhantes (SANTANA, 2009, p. 180-181).

Acontece que um dos problemas da indenização por danos morais está centrado na questão de sua quantificação. Ao se considerar que o dano moral decorre de uma lesão a determinado bem da vida que não possui correspondência pecuniária, sem qualquer possibilidade de aferição econômica, como a vida, a saúde e os direitos da personalidade, encontrar uma quantia que corresponda com exatidão ao dano sofrido pela vítima é um papel fundamental direcionado ao magistrado no momento de julgar as ações que envolvam essas situações (MADUREIRA; GARCIA, 2016). Pode se tratar de situações indescritíveis, que dificultam a determinação do valor indenizável, podendo um determinado acontecimento ter níveis e efeitos diferentes para cada indivíduo¹³ (SANTANA, 2009, p. 181).

Alguns dos critérios a serem utilizados pelo magistrado no momento da fixação do *quantum debeatur* referem-se, inicialmente, ao grau de culpa do ofensor, acompanhada da reprovabilidade ou censurabilidade de sua conduta em face dos princípios e regras jurídicas vigentes e à intensidade da alteração anímica verificada na vítima, aferindo o juiz sobre a intensidade e duração do sofrimento experimentado por ela (SANTOS, 2015, p. 119). Além disso, também pode ter relação com a repercussão do ato ilícito no meio social, expondo a vítima à sociedade (SANTOS, 2015, p. 120). Outro fator que deve ser levado em consideração compreende a situação econômico-financeira do ofensor, evitando que um valor inexpressivo sirva de estímulo a novas práticas e gere lucratividade na reiteração de violações (VENOSA, 2013). Ainda, a fixação do valor indenizatório deve se compor a partir das condições pessoais da vítima, pelo seu nível cultural, inserção social, idade, sexo, profissão, entre outros (SANTANA, 2009, p. 260).

Após a pesquisa dos julgados decorrentes de Jaboticabal-SP e referentes às indenizações por danos morais envolvendo planos de saúde, percebeu-se que, apesar das circunstâncias de cada caso, os critérios mais utilizados pelos julgadores levam em consideração as condições do ofensor e do ofendido, o nível da ofensa, a repercussão na vida do ofendido – tanto no seu íntimo quanto perante a sociedade –, a proporcionalidade e a razoabilidade do valor arbitrado. Além disso, outro método utilizado pelo TJSP foi a abordagem bifásica¹⁴. Esse paradigma decisório possui a importante função de evitar a subjetividade por parte dos julgadores na aferição do *quantum indenizatório*, de forma a garantir uma maior previsibilidade no processo de quantificação das indenizações por danos morais e impedir que os mesmos critérios sejam empregados para definir os valores em diversos processos sem que a real necessidade compensatória por parte do consumidor, assim como a extensão do dano causado pela seguradora dos planos de saúde, sejam levadas em consideração.

13 Os aspectos principais a serem desenvolvidos pelo magistrado na valoração do dano moral é o atendimento às finalidades compensatórias, punitivas e preventivas ao agente causador do dano de forma a atender todas as finalidades da indenização (SANTANA, 2009, p. 238). A compensatória se restringe no fato de que o dinheiro na reparação do dano moral serve como meio de compensar ou proporcionar uma satisfação à vítima. A punitiva, por outro lado, visa gerar uma sanção ao agente causador do ato ilícito, de forma a censurar o ato atentatório aos direitos da personalidade do ofendido, e possibilitar que o julgador considere a grau de culpa e a condição econômica do ofensor para fixar o valor em dinheiro da indenização. A preventiva tem a finalidade de intimidar o agente causador do dano em não praticar semelhante condutas no futuro, e reduzir a incidência de atentados, através de uma diminuição patrimonial do ofensor (SANTANA, 2009, p. 238).

14 Essa metodologia é dividida em duas partes: na primeira, estabelece-se um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes; na segunda etapa, levam-se em consideração as circunstâncias do caso concreto, para fixar definitivamente o valor da indenização.

Dentre os principais problemas que geram a indenização por danos morais diante dos julgados analisados, enquadram-se fundamentalmente os seguintes: problemas de não cobertura, não abrangência e não reembolso de contratos de saúde. Além disso, também foi possível notar que, mesmo em situações nas quais o SAC – Resolução de Demandas tenha sido acionado, houve ausência de resposta, excesso de prazo e não suspensão imediata da cobrança. Outros elementos estão relacionados ao não cumprimento da oferta e fatores que se associam à rescisão e alteração do contrato. Nesse viés, tendo como parâmetro as demandas estudadas nesta pesquisa, entende-se que a aplicação do CDC no âmbito dos planos de saúde confirma o que já havia sido defendido: trata-se de uma importante ferramenta de atuação contra a má prestação de serviços e valores exorbitantes das mensalidades ofertadas aos consumidores. Além disso, com a aplicação do CDC, a relação consumerista desigual é desestimulada e abre margem ao equilíbrio, fazendo com que a indenização busque reparar os abalos psíquicos, morais e físicos sofridos pelos consumidores (SANTANA, 2009).

Pode-se reconhecer que, por conta dos planos privados, o direito social de acesso à saúde possui um custo muito elevado, funcionando a indenização como um meio indireto de salvaguardar os direitos dessa natureza (GALDINO, 2005, p. 228). Por ter alto custo, nem mesmo o Estado com sua promessa constitucional de direito absoluto e universal de acesso à saúde consegue atender a todos de forma efetiva, fazendo com que muitas pessoas sejam destinatárias majoritárias da possibilidade de exercício, enquanto outras são excluídas dessas prestações (GALDINO, 2005, p. 230). A dinâmica dos planos de saúde revela a constante configuração de problemas relacionados à prestação de seus serviços, cujo contexto faz com que, além da possibilidade de articular pedidos de indenização por danos materiais, a indenização por danos morais se configure como um instrumento de defesa e de acesso à justiça social (VIEIRA, 2020, p. 56).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alta demanda de pessoas que utilizam os serviços de saúde ofertados pelo Estado inviabilizam o acesso célere a todos os cidadãos. Diante dessa dificuldade, e com o nascimento dos planos de saúde, o direito passa a ter um novo aspecto social e jurídico, tornando-se um bem econômico. O fenômeno da mercantilização decorre do sentido de que os mais pobres não conseguem acessar tais garantias na mesma proporção que pessoas de nível socioeconômico superior. As empresas que atuam no ramo privado e alternativo de saúde são reguladas pelo CDC, tendo em vista que buscam aferição de lucros e benefícios econômicos em detrimento dos consumidores, que caracterizam a parte mais vulnerável. Portanto, eles podem vir a sofrer danos em seu âmbito subjetivo e o direito a indenizações por danos morais.

A partir de uma análise jurisprudencial realizada no âmbito do TJSP, cujo recorte metodológico enquadraram apenas demandas originárias da Comarca de Jaboticabal-SP, esta pesquisa possibilitou visualizar que há número significativo de ações que envolvem os planos de saúde e pedidos de indenização por danos morais. Assim, dentro das amostras selecionadas, foi possível visualizar e identificar quais os métodos e razões utilizadas pelo TJSP para a (não) quantificação de danos morais em situações relacionadas à violação contratual em planos de saúde. Os dados obtidos demonstraram que os critérios utilizados pelo TJSP levam em consideração as condições socioeconômicas das partes envolvidas no conflito, os níveis das ofensas, as repercussões negativas do fato na vida do consumidor ofendido, a proporcionalidade e a razoabilidade no estabelecimento do valor indenizatório, além de empregar o método bifásico.

Conclui-se que, em um cenário de mercantilização do direito à saúde por meio da emergência dos planos privados como alternativas à realização material dessa garantia, a tutela do Poder Judiciário corresponde a um importante mecanismo de defesa das possibilidades de acesso efetivo à saúde. A indenização por danos morais indica um instrumento válido ao acesso à justiça social, voltado não apenas à necessidade de reparação dos danos causados por empresas prestadoras de planos de saúde, mas também à tentativa de suprir a insuficiência das prestações estatais em relação a esse direito humano.

REFERÊNCIAS

- BEHRING, E. R.; BOSCHETTI, I. **Política social: fundamentos e história**. São Paulo: Cortez, 2011.
- CARNEIRO, L. A. F. (Org.). **Planos de saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- CASTILLO, C. H. M. *et al.* El acceso a la salud como derecho humano en políticas internacionales: reflexiones críticas y desafíos contemporáneos. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 22, n. 7, p. 2151-2160, 2017.
- COSTA, L. B. *et al.* Atenção primária e saúde suplementar no Brasil: revisão integrativa. **Cadernos ESP/CE**, v. 16, p. 95-106, 2022.
- DANANI, C; LINDENBOIM, J. Trabajo, política y políticas sociales en los 90: ¿hay algo de particular en el caso argentino? *In: LINDENBOIM, J.; DANANI, C. (Coords.). Entre el trabajo y la política: las reformas de las políticas sociales argentinas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Biblos, 2003.
- DUBET, F. **Repensar la justicia social: contra el mito de la igualdad de oportunidades**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2011.
- FRASER, N. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada de justiça. *In: SARMENTO, D.; IKAWA, D.; PIOVESAN, F. (Eds.). Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GALDINO, F. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GIANNINI, M. L. L. **Danos punitivos e danos sociais nos planos de saúde**. 57 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.
- GORDON, S. Ciudadanía y derechos Sociales: ¿criterios distributivos? *In: ZICCARDI, A. (Org.). Pobreza, desigualdad social y ciudadanía: los límites de las políticas sociales en América Latina*. Buenos Aires: Clacso, 2001.
- HACHEM, D. W. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.
- HOPP, M. V.; LIJTERMAN, E. Trabajo, derechos sociales y protección social en Argentina de la reconstrucción neoliberal. **Revista Katálisis**, Florianópolis, v. 22, p. 66-79, jan./abr. 2019.
- MADUREIRA, C.; GARCIA, L. de M. O direito do consumidor frente à negativa de cobertura pelos planos de saúde. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 106, n. 25, p. 249-271, jul./ago. 2016.
- MAIA, E. A. *et al.* Contabilidade de custos e discriminação de preços entre clientes particulares e de planos de saúde: evidências de hospitais do município do Rio de Janeiro. **Saúde em Debate**, v. 33, n. 92 p. 222-233, maio/ago. 2009.
- MALTA, D. C. *et al.* Perspectivas da regulação na saúde suplementar diante dos modelos assistenciais. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 9, n. 2, p. 433-444, jun. 2004.
- RUBIO, D. S. Sobre a racionalidade econômica eficiente e sacrificial, a barbárie mercantil e a exclusão dos seres humanos concretos e a natureza. **Revista de Estudos Jurídicos da UNESP**, v. 17, n. 26, p. 1-16, 2013.

SALES, O. P. *et al.* O Sistema Único de Saúde: desafios, avanços e debates em 30 anos de história. **Revista Humanidades & Inovação**, v. 6, n. 17, p. 54-65, nov. 2019.

SANTANA, H. **Dano moral no direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, A. J. **Dano moral indenizável**. Salvador: Juspodivm, 2015.

SANTOS, I. S.; VIEIRA, F. S. The right to healthcare and fiscal austerity: the Brazilian case from an international perspective. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 23, n. 7, p. 2303-2314, jul. 2018.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. O direito fundamental à proteção e promoção da saúde no Brasil: principais aspectos e problemas. In: RÉ, A. I. M. R. (Org.). **Temas aprofundados**: Defensoria Pública. Salvador: Juspodivm, 2014.

SARMENTO, D. **Dignidade humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, A. A. da. A relação entre as operadoras de planos de saúde e os prestadores de serviços: um novo relacionamento estratégico. In: BRASIL. **Documentos técnicos de apoio ao Fórum de Saúde Suplementar de 2003**. Rio de Janeiro: Ministério da Saúde, 2004.

SIQUEIRA, M. P.; BUSSINGUER, E. C. de A. A saúde no Brasil enquanto direito de cidadania: uma dimensão da integralidade regulada. **Revista de Direitos e Garantia Fundamentais**, v.1, n.8, p. 253-310, 2010.

VENOSA, S. de S. **Direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2014.

VIEIRA, F. S. **Direito à saúde no Brasil**: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça. Brasília: IPEA, 2020.

WEITZ, R. **The sociology of health, illness, and health care**: a critical approach. 7. ed. Boston: Cengage Learning, 2016.

WHITE, K. **An introduction to the sociology of health and illness**. Los Angeles: Sage Publications, 2002.