



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITO ECONÔMICO

RAPHAEL BRUNO VELONI

**A [IN]EFETIVIDADE DOS DIREITOS NOS CONTRATOS DE PLANOS PRIVADOS
DE ACESSO À SAÚDE A PARTIR DA CONCEPÇÃO KANTIANA DE
RESPONSABILIDADE**

JOÃO PESSOA - PB

2020

RAPHAEL BRUNO VELONI

**A [IN]EFETIVIDADE DOS DIREITOS NOS CONTRATOS DE PLANOS PRIVADOS
DE ACESSO À SAÚDE A PARTIR DA CONCEPÇÃO KANTIANA DE
RESPONSABILIDADE**

Trabalho de dissertação apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), na área de concentração em Direito Econômico, Linha 2 – Estado, Mercado e Sujeitos Sociais: juridicidade e economicidade, como requisito para a obtenção de grau de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Newton de Oliveira Lima

Coorientadora: Prof.^a Dr.^a Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão

JOÃO PESSOA - PB

2020

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

V443i Veloni, Raphael Bruno.

A [IN]EFETIVIDADE DOS DIREITOS NOS CONTRATOS DE PLANOS
PRIVADOS DE ACESSO À SAÚDE A PARTIR DA CONCEPÇÃO
KANTIANA DE RESPONSABILIDADE / Raphael Bruno Veloni. –
João Pessoa, 2020.

225 f.

Orientação: Newton de Oliveira Lima.

Coorientação: Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão.
Dissertação (Mestrado) – UFPB/CCJ.

1. Responsabilidade civil. 2. Responsabilidade
kantiana. 3. Direito à saúde. 4. Saúde suplementar. 5.
Planos privados de acesso à saúde. I. Lima, Newton de
Oliveira. II. Brandão, Fernanda Holanda de Vasconcelos.
III. Título.

UFPB/CCJ

RAPHAEL BRUNO VELONI

**A [IN]EFETIVIDADE DOS DIREITOS NOS CONTRATOS DE PLANOS PRIVADOS
DE ACESSO À SAÚDE A PARTIR DA CONCEPÇÃO KANTIANA DE
RESPONSABILIDADE**

Trabalho de dissertação apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), na área de concentração em Direito Econômico, Linha 2 – Estado, Mercado e Sujeitos Sociais: juridicidade e economicidade, como requisito para obtenção de grau de mestre.

Data de aprovação:

____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Newton de Oliveira Lima (Orientador)
CCJ/PPGCJ/UFPB – Campus I – João Pessoa/PB

Prof.^a Dr.^a Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão (Coorientadora)
CCJ/PPGCJ/UFPB – Campus I – João Pessoa/PB

Prof.^a Dr.^a Maria Cristina Paiva Santiago (Avaliadora Externa)
Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ)

Prof. Dr. Fernando Joaquim Maia (Avaliador Interno)
CCJ/PPGCJ/UFPB – Campus I – João Pessoa/PB

Prof.^a Dr.^a Alana Ramos Araujo
CCJ/PPGCJ/UFPB – Campus I – João Pessoa/PB

Prof. Dr. Alfredo Rangel Ribeiro (Suplente)
CCJ/PPGCJ/UFPB – Campus I – João Pessoa/PB



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

FOLHA Nº 3 / 2020 - PPGCJ (11.01.46.04)

Nº do Protocolo: 23074.069181/2020-15

João Pessoa-PB, 01 de Setembro de 2020

RAPHAEL BRUNO VELONI

**A [IN]EFETIVIDADE DOS DIREITOS NOS CONTRATOS DE PLANOS PRIVADOS
DE ACESSO À SAÚDE A PARTIR DA CONCEPÇÃO KANTIANA DE
RESPONSABILIDADE**

Trabalho de dissertação apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), na área de concentração em Direito Econômico, Linha 2 - Estado, Mercado e Sujeitos Sociais: juridicidade e economicidade, como requisito para obtenção de grau de mestre.

Data de aprovação:

26/06/2020

Banca Examinadora:

(Assinado digitalmente em 06/10/2020 14:29)
FERNANDA HOLANDA DE VASCONCELOS BRANDAO
PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR
Matrícula: 2562955

(Assinado digitalmente em 01/09/2020 20:41)
FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA
PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR
Matrícula: 1699728

(Assinado digitalmente em 01/09/2020 14:53)
NEWTON DE OLIVEIRA LIMA
PROFESSOR DO MAGISTERIO SUPERIOR
Matrícula: 1646564

Para verificar a autenticidade deste documento entre em <https://sipac.ufpb.br/documentos/> informando seu número: **3**, ano: **2020**, documento(espécie): **FOLHA**, data de emissão: **01/09/2020** e o código de verificação: **b44a2ce531**

Aos meus pais, Luiz Alberto e Ana Cristina,
por jamais pouparem amor, carinho e
dedicação em toda minha criação.

Ao meu avô, Raimundo Rodrigues, por me
incutir a ideia de cursar o bacharelado em
Direito.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho é produto de muita ajuda recebida, certa dedicação e alguma sorte. Assim, gostaria de agradecer:

Aos meus pais, Ana e Luiz, por todo apoio emocional e material durante minha formação.

À minha irmã e à minha namorada, respectivamente, Camilla e Bárbara, pela paciência e compreensão por minha ausência para a pesquisa.

Ao professor e orientador Newton de Oliveira Lima, pela compreensão em relação às limitações de um jovem aluno, bem como pela boa vontade em sempre conduzir minha pesquisa em Kant.

À professora e coorientadora Fernanda de Vasconcelos Brandão, pelo apoio e liberdade concedida para desenvolver a pesquisa.

Aos membros da banca de qualificação e defesa – os professores Maria Cristina Paiva Santiago, Fernando Joaquim Maia e Alana Ramos Araújo – por se predisporem a ler e contribuir para o desenvolvimento desta pesquisa.

Ao professor, amigo e mestre Adriano Marteleto Godinho, por estimular seus alunos a pensarem (sobre) o futuro do Direito Civil. Isso salvou minha graduação.

Ao professor Luciano Silva e o amigo Gustavo Henrique Queiroz, pelos ensinamentos sobre a teoria kantiana.

Ao amigo Weibert Cavalcanti Barros, por revisar a linguagem desta pesquisa, contribuir para reflexão acerca dos caminhos metodológicos e responder inúmeras dúvidas.

Ao amigo Henrique Jerônimo Bezerra Marcos, pelo apoio antes e durante a dissertação. Minha pesquisa não teria êxito sem sua experiência na Pesquisa em Direito e nem sem as diversas indicações bibliográficas.

À minha amiga Marylad Medeiros da Silva, pelo apoio indescritível em minha formação acadêmica e por sempre acreditar em mim.

Aos amigos e ex-colegas de profissão, Caio Aquino e Paulo Henrique, pelos bons momentos juntos na advocacia, os quais guardo com muito carinho, ainda que a vida nos leve para caminhos distintos.

Ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), seus coordenadores, professores, servidores e alunos, por toda contribuição para dar um passo em direção ao sonho da docência. Devo agradecimentos especiais à coordenadora, a professora Maria Creusa Borges, bem como aos servidores

públicos Rosandro Barros da Silva Souza, Willy Annie Feitosa Barbosa e Ananda Brito Nunes Diniz Lourenço, pelo profissionalismo e dedicação ao programa.

Aos Professores do Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP), por me apresentarem ao Direito Civil.

À CAPES, pelo financiamento da presente pesquisa.

- Abomino-o! exclamou ele a discutir com o amigo. - Aquilo nem é ciência: é uma coisa toda convencional... uma coisa arranjada segundo o capricho de quem a inventou! Nada possui de certo e determinado! No direito tudo admite sofismas; tudo se pode inverter; tudo está sujeito a mil e um alvarás e a duas mil e tantas reformas! Além disso, consta-me que ninguém pode se gabar de saber direito antes de lidar com ele pelo menos quarenta anos! Oh! bela carreira! bela carreira, que exige quase meio século de estudo para se ficar sabendo dalguma coisa dos seus mistérios!... E, demais, que diabo de vantagem oferece o tal direito?.... A magistratura? Deus me defenda! A advocacia? Mas eu detesto os advogados! [...]

- Ora! se o advogado, empregando esses meios, consegue dos jurados a absolvição do réu, é um homem pernicioso, porque faz com que aqueles se pronunciem, não pelo seu juízo calmo e refletido, mas sim dominados pelos efeitos sedutores de um bom discurso; e, se o advogado não consegue vencer a opinião dos jurados, será nesse caso um fiador inútil, visto que não adianta absolutamente nada do que estava feito! (AZEVEDO, 1954, p. 35).

RESUMO

Neste trabalho, expõe-se a categoria do direito de acesso à saúde no âmbito privado, a qual está qualificada pelo risco de inefetividade de seus direitos e pela proliferação de atentados à pessoa. Nos âmbitos público e privado, o direito de acesso à saúde sofre indevidas recusas, pelo Estado ou Operadoras de Planos de Saúde, ocasionando o recurso ao judiciário. Assim, a judicialização da saúde e a litigância contida têm sido estudadas para se adequarem à escassez de recursos na concretização de tal direito, diversidade de riscos à pessoa e proliferação de descumprimentos contratuais, demonstrando a necessidade de se repensarem os efeitos da responsabilidade civil. Nesta Dissertação, tem-se por objeto o estudo do diálogo entre sanções negativas e positivas na mensuração dos danos morais em hipóteses de responsabilização das Operadoras de Planos de Saúde. Tem-se por objetivo geral analisar o conteúdo das funções repressiva e promocional, no que tange às sanções extraídas do art. 944, parágrafo único, do CC/02. O problema que norteou esta pesquisa foi: Como a promoção e a repressão, aplicadas mediante a responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, podem ser meios hábeis para se estimular a efetividade dos direitos no mercado nacional de planos privados de saúde? A hipótese fundamental é a de que a promoção e a repressão, a partir da aplicação da concepção kantiana de responsabilidade, podem intensificar o alcance dos efeitos da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, estimulando o cumprimento de direitos e desencorajando a sua violação intencional no mercado nacional. Dessa forma, a pesquisa é alicerçada na obra de Immanuel Kant, notadamente na sua concepção de responsabilidade. Adota-se como método a imputação judiciária kantiana, que permite intensificar o alcance dos efeitos da responsabilidade civil ao conjugar retribuições positivas, compensações e retribuições negativas com o mérito, o débito e o demérito, respectivamente. Para tanto, realizou-se uma análise qualitativa a partir de dados sobre o alcance dos efeitos da responsabilidade civil das Operadoras, bem como daqueles sobre a concepção kantiana de responsabilidade. Esses dados pertinentes ao tema desta pesquisa foram levantados da literatura jurídica brasileira e estrangeira, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e das demais fontes normativas, especialmente daquelas atinentes à responsabilidade e às medidas de controle social no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde. Na pesquisa, encontraram-se indícios da utilidade, no âmbito da responsabilidade civil, do recurso a variadas medidas de controle social de caráter positivo e negativo. Tal construção é de superior segurança e funcionalidade se instruída pelo debate democrático em detrimento da interpretação de cláusulas gerais. Essa construção democrática

teria a aptidão de instruir uma sistemática benéfica aos agentes econômicos meritórios, bem como de elaborar desincentivos à violação reiterada do direito de acesso à saúde por intermédio de retribuições positivas e negativas, mas sem abdicar dos avanços da dogmática cível na reparação de danos. Dessa forma, a concepção kantiana de responsabilidade ampliaria a definição de responsabilidade civil ao oferecer um ponto de partida para essas construções democráticas.

Palavras-chaves: Responsabilidade civil. Responsabilidade kantiana. Direito à saúde. Saúde suplementar. Planos privados de acesso à saúde.

ABSTRACT

In this work, the category of the right of access to health in the private sphere is exposed, which is qualified by the risk of [in] effectiveness of its rights and by the proliferation of attacks on the person. In the public and private spheres, the right of access to health suffers undue refusals, by the State or Health Plan Operators, causing recourse to the judiciary. Thus, the judicialization of health and the contained litigation have been studied in order to be adequate to the scarcity of resources in the realization of such right, diversity of risks to the person and proliferation of contractual breaches, demonstrating the need to rethink the scope of the effects of civil responsibility. In this Dissertation, the objective is to study the dialogue between negative and positive sanctions in the measurement of moral damages in cases of liability of Health Plan Operators. The general objective is to analyze the content of the repressive and promotional functions, with respect to the sanctions extracted from art. 944, sole paragraph, of CC / 02. The problem that guided this research was: How can promotion and repression, applied through civil responsibility for off-balance sheet damages, be a useful means of stimulating the effectiveness of rights in the national market for private health plans? The fundamental hypothesis is that promotion and repression, based on the application of the Kantian conception of responsibility, can intensify the scope of the effects of civil liability for off-balance sheet damages, stimulating the fulfillment of rights and discouraging their intentional violation in the national market. In this way, the research is based on the work of Immanuel Kant, notably in his conception of responsibility. The Kantian judicial imputation is adopted as a method, which makes it possible to intensify the scope of the effects of civil liability by combining positive retributions, compensations and negative retributions with merit, debt and demerit, respectively. To this end, a qualitative analysis was carried out based on data on the extent of the effects of the Operators' civil liability, as well as those on the Kantian conception of responsibility. These data pertinent to the theme of this research were taken from the Brazilian and foreign legal literature, from the jurisprudence of the Superior Court of Justice (STJ) and from other normative sources, especially those related to responsibility and social control measures in the Civil Code, in the Code of Consumer Defense and Protection and in the Law on Private Health Care Plans and Insurance. In the research, evidence was found of the utility, in the scope of civil responsibility, of the use of various positive and negative social control measures. Such construction is of superior security and functionality if instructed by the democratic debate at the expense of the interpretation of general clauses. This democratic construction would have the ability to

instruct a beneficial system to meritorious economic agents, as well as to elaborate disincentives to the repeated violation of the right of access to health through positive and negative rewards, but without abdicating advances in civil dogmatics on damage repair. In this way, the Kantian conception of responsibility would broaden the definition of civil responsibility by offering a starting point for these democratic constructions.

Keyword: Civil responsibility. Kantian responsibility. Right to health. Supplementary health. Private health access plans.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AgInt	Agravo Interno
AgRg	Agravo Regimental
ANS	Agência Nacional de Saúde
AREsp	Agravo em Recurso Especial
BGB	<i>Bürgerlichen Gesetzbuches</i>
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CONSU	Conselho de Saúde Suplementar
CPC	Código de Processo Civil
COVID-19	<i>Coronavirus Disease 2019</i> [Doença do Coronavírus 2019]
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EAREsp	Embargo de Divergência em Agravo em Recurso Especial
EUA	Estados Unidos da América
FenaSaúde	Federação Nacional de Saúde Suplementar
FMI	Fundo Monetário Internacional
FUNSSEST	Fundação de Seguridade Social dos Empregados da Companhia Siderúrgica de Tubarão
IBA	Instituto Brasileiro de Atuária
MS	Ministério da Saúde
NTRP	Nota Técnica de Registro de Produto
OMS	Organização Mundial da Saúde
PIB	Produto Interno Bruto
PPGCJ	Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas
PROCON	Proteção e Defesa do Consumidor
RDC	Resolução de Diretoria Colegiada
REsp	Recurso Especial
RN	Resolução Normativa
RO	Recurso Ordinário
RS	Recurso Especial
SMS	Secretaria Municipal de Saúde
STJ	Superior Tribunal de Justiça

TJ	Tribunal do Justiça
TJ/ES	Tribunal de Justiça do Espírito Santo
TJ/RS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TRT-1	Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região
UFPB	Universidade Federal da Paraíba
WHO	World Health Organization

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	17
2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SAÚDE PRIVADA.....	26
2.1 A INEFETIVIDADE AGRAVADA DO DIREITO DE ACESSO À SAÚDE NA MODERNIDADE TARDIA.....	26
2.2 CERTOS ASPECTOS DA ORDINÁRIA REPARAÇÃO E DA CONTROVERTIDA RETRIBUIÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE.....	47
2.2.1 A OBJECTIVAÇÃO DOS CONTRATOS NA SAÚDE PRIVADA NACIONAL E A ADMISSIBILIDADE DE IMPUTAÇÕES DE RESPONSABILIDADE REPARATÓRIA COM E SEM ANÁLISE DO ELEMENTO VOLITIVO DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE POR DANOS MORAIS	47
2.2.2 A IMPOSIÇÃO DE SOLIDARIEDADE NA RESPONSABILIDADE REPARATÓRIA DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE POR DANOS MORAIS	73
2.2.3 A NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA RELAÇÃO DE CAUSALIDADE NA RESPONSABILIDADE CIVIL REPARATÓRIA DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE POR DANOS MORAIS	80
2.2.4 A NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DOS DANOS PARA IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE REPARATÓRIA DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE POR DANOS MORAIS	82
2.2.5 A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE POR FATOS JURÍDICOS INTERNOS AO PROCESSO PRODUTIVO NA RESPONSABILIDADE REPARATÓRIA DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE POR DANOS MORAIS	97
3 REFLEXÃO E INSTRUMENTALIZAÇÃO DO ALCANCE GERAL A PARTIR DA RESPONSABILIDADE KANTIANA	99
3.1 A POSSIBILIDADE DE REPENSAR A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE COM FUNDAMENTO NA IMPUTAÇÃO JUDICIÁRIA KANTIANA	99

3.2 A ADMISSIBILIDADE DA CONCEPÇÃO KANTIANA DE RESPONSABILIDADE NO CONTEXTO DA HODIERNA DOGMÁTICA CÍVEL.....	109
3.3 A PLAUSIBILIDADE DE VARIAR A DEFINIÇÃO DE MÉRITO NA TEORIA KANTIANA	118
3.4 A ADMISSIBILIDADE DE PRÊMIOS E PENAS NA IMPUTAÇÃO JUDICIÁRIA KANTIANA	130

4 PRETENSO SISTEMA KANTIANO DE REPARTIÇÃO DE RISCOS PARA A SAÚDE SUPLEMENTAR NACIONAL 147

4.1 A RESPONSABILIDADE KANTIANA INSTRUI UM AMPLO CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL	147
4.2 DIREITO NÃO É MERO ENGODO.....	167

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....182

REFERÊNCIAS.....186

1 INTRODUÇÃO

O declínio do prestígio conferido não só ao instituto dos deveres fundamentais, mas a todas situações jurídicas passivas, é uma das possíveis interpretações do presente contexto jurídico ocidental, especialmente após o fim de grande parte dos regimes políticos autocráticos. Essa repulsa – que não se resume aos custos dos direitos, mas se refere a qualquer sujeição ao cumprimento de um direito – advém de excessivas restrições às esferas individuais nesses regimes, alicerçando recentes tendências de proliferação de direitos despreocupadas com o seu sustentáculo, a saber, os deveres em acepção ampla.

Essas tendências, apesar de bem-intencionadas e, por vezes, justas alternativas de proteção e promoção da pessoa, carecem da capacidade de ultrapassar de maneira ampla a mera previsão formal nos diplomas normativos. Assim, a crise dos deveres e a subsequente difusão de direitos foram seguidas por uma ausência de efetividade, instaurando comunidades qualificadas pelo risco do descumprimento de direitos formalmente constituídos, sendo esses humanos, fundamentais, personalíssimos ou patrimoniais.

Dentre os direitos constantemente violados, pode-se citar o direito social à saúde, positivado no art. 6º, *caput*, da atual Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988). Malgrado seja considerado um direito fundamental e dever do Estado de competência comum (art. 23, inciso II, da CRFB/88), esbarra em uma resignação programática vinculada aos direitos sociais ou mesmo em violações não demandadas ao judiciário, expondo um dos paradoxos dessa experiência constitucional, não havendo, todavia, univocidade sobre esta última conclusão.

O art. 196 da CRFB/88 prevê um dever fundamental ao garantir a assistência à saúde como direito de todos e dever do Estado. Todavia, a efetivação da saúde não se realiza apenas pela atuação dos entes públicos, uma vez que também é serviço não exclusivo do Estado, permitindo a prestação por entidades particulares com ou sem fins lucrativos. Nessa senda, a saúde comporta atuação por entidades particulares, seja enquanto forma de concretização da atividade do Estado por meio de terceiros (art. 197 da CRFB/88), seja enquanto corolária da livre iniciativa privada (art. 199 da CRFB/88).

Neste último caso – prestações exercidas por entidades privadas –, atuam inúmeros profissionais e empresas, os quais se deparam com conflitos entre o direito fundamental à saúde e a sua autonomia nas relações particulares. No que tange ao objeto deste trabalho, a análise encontra-se centrada na atuação das pessoas jurídicas genericamente denominadas de operadoras de planos privados de assistência à saúde.

A segurança jurídica, elemento primordial para instrumentalizar os cálculos atuariais das operadoras, é possivelmente violada pela multiplicidade de regramentos jurídicos oriundos de uma questionável prática legiferante, que permite a aplicação da Lei 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b) e/ou da Lei nº. 9.656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998), tendo esta última sido modificada por mais de quarenta vezes. A complexidade do sistema jurídico, no âmbito da saúde privada, é também intensificada com a multiplicidade de normatizações administrativas da Agência Nacional de Saúde (ANS) e as divergências jurisprudenciais.

A preocupação do ordenamento em tutelar a saúde decorre da importância desta para a vida humana. A relevância da saúde deriva da constatação de que, sem esse bem, torna-se improvável garantir certos direitos existenciais, como a própria integridade física. Diante dessa essencialidade, pode-se compreender a opção pela tipificação dos contratos médicos e afins, com destaque para aqueles que oferecem planos e seguros privados de assistência à saúde.

Mesmo com toda a estrutura jurídica, o amparo à saúde encontra-se distante do adequado. Basta observar as indevidas recusas a tratamentos pelo poder público e por operadoras de planos privados de saúde. A solução ordinariamente utilizada foi a judicialização da saúde que se resume à exigência individual do cumprimento desse dever, assim como à compensação por afrontá-lo. Nesse sentido, a judicialização, apesar de necessária, não logra êxito, por si só, em efetivar esse direito, uma vez que suas soluções não respaldam a coletivização do acesso, restando um contingente significativo de pessoas desprovido dessa tutela fundamental.

No âmbito nacional, essa temática é ainda mais sensível, uma vez que Estado e particulares não têm solucionado, sequer, questões básicas, como aquelas das doenças tropicais negligenciadas – patologias que afetam geralmente populações de baixa renda e poderiam ser prevenidas. Nesses termos, o cumprimento do dever de acesso à saúde no Brasil – País com o maior número de casos de doenças tropicais negligenciadas da América segundo o que apresenta a *World Health Organization* (WHO) [Organização Mundial da Saúde (OMS)] no ano de 2017 (WHO, 2017) – ganha contornos diferenciados, pois a saúde da população é afetada por uma gama variada de riscos, do básico até o complexo, de acordo com a estratificação social e a localização geográfica. A saúde, que já encontra significativos riscos no contexto nacional, tende a ter acrescido o risco de disseminação de patologias de outras localidades do globo, uma vez que os riscos detêm um caráter transnacional nessa

segunda fase da modernidade. Tome-se como exemplo, a atual pandemia do novo Coronavírus [*Coronavirus Disease 2019 (Covid-19)*], que, desde cerca de dezembro de 2019, tem ceifado milhares de vidas e/ou deixado outras tantas com ‘n’ sequelas, não só no trato respiratório como também em outros órgãos e/ou sistemas do corpo humano, atacando brutalmente o sistema imunológico. Nessa ordem de ideias, a tutela da saúde há de ser pensada com fundamento na tutela de riscos locais, regionais, mas também globais, bastando observar-se a situação do caráter transnacional dos riscos de certas pandemias, conforme apontado acima, bem como do próprio custo de concretização da saúde e de qualquer outro direito.

Nesse contexto, em que pode haver recursos limitados e riscos imensuráveis à pessoa – por exemplo, aqueles oriundos da afronta à integridade psicofísica por patologias ou da não concretização de direitos – descortina-se a necessidade de se repensar a responsabilidade civil, enquanto ramo jurídico essencialmente vinculado à violação de direitos. A saúde enquanto um valor essencial também conforma o objeto da pesquisa ao restringir sua análise às hipóteses de responsabilidade civil por lesão aos direitos da personalidade no âmbito dos contratos de planos privados de assistência à saúde.

No intento de coibir violações aos valores essenciais e de promovê-los, surge a utilidade de se repensar a lógica da responsabilidade civil, especialmente no diálogo entre punir e promover, ou, em outros termos, entre a Função Repressiva e a Função Promocional do Direito. A positivação dessa lógica na responsabilidade civil pode ter ocorrido no texto do próprio Código Civil de 2002, notadamente, no art. 944, parágrafo único, pois respalda a possibilidade de se reduzir e de se ampliar a quantificação do dano extrapatrimonial de acordo com o grau de culpabilidade do agente (BRASIL, 2002). Essa forma de compreender a ordem jurídica nacional, todavia, não é unânime ou, sequer, majoritária, dada a abrangência de visões restritas sobre a responsabilidade civil, nos moldes de uma responsabilidade meramente reparatória.

No que concerne às propostas teóricas da responsabilidade civil, a preocupação com aspectos funcionais do direito possibilitou identificar-se a multiplicidade de funções desse ramo da dogmática privada, notadamente relacionada à reparação, punição e precaução. Apesar de o intento de punir ser concebido como função da responsabilidade civil, a repressão autônoma encontra-se praticamente em desuso na atualidade. A promoção, por sua vez, não chega a ser concebida como uma função da responsabilidade civil, malgrado já tenha sido reconhecida como uma das funções do direito, sendo essa a razão para certas propostas teóricas cogitarem um outro vértice da culpa, ou seja, uma função de encorajamento da

responsabilidade civil. Dessa forma, a responsabilidade civil na ordem jurídica nacional, quando muito, respalda uma aplicação mecânica ao meramente destacar que determinados institutos têm uma função “pedagógica”, mas sem uma fundamentação mínima que comprove os efeitos daquela sanção.

A aplicação da função repressiva adquire certo grau de segurança com a quantificação dos danos extrapatrimoniais por meio do método bifásico ou outras técnicas cumuladas com os critérios do Código Civil (BRASIL, 2002), como se observou no julgamento do Recurso Especial nº. 1152541/RS de relatoria do ministro Paulo de Tarso Sanseverino (BRASIL, 2011c). Apesar dos avanços conferidos por esse método, inúmeras questões ainda comportam estudo aprofundado, uma vez que sua aplicação não é unânime entre magistrados e tribunais brasileiros, bem como o aspecto promocional é visto de maneira indevida ao reconhecerem a violação do princípio da restituição integral, sendo, inclusive, questionável a vinculação exclusiva desse princípio ao direito consumerista.

Nessa ordem de ideias, a função pedagógica dos danos extrapatrimoniais não introduz uma aplicação sistemática da repressão e da promoção que permita uma efetiva influência no mercado de planos privados de saúde para conter o descumprimento de direitos. O recurso à concepção kantiana de responsabilidade possivelmente fornece um novo instrumento contra a inefetividade dos direitos, por intermédio da imputação de uma consequência para as condutas humanas qualificadas em meritórias, neutras e deméritas.

A proposta elaborada pelo filósofo de *Königsberg*, em que pese sua redação há mais de dois séculos, dialoga com o atual contexto de insegurança jurídica e multiplicidade de fontes. A garantia da liberdade individual e a efetividade do direito são o cerne de sua proposta que permite incentivar comportamentos respaldados pelo mérito, admitir os neutros e punir aqueles desconformes à ordem jurídica. Assim, propõe um rigoroso sistema de responsabilidade civil ao conjugar o promover e o punir, distanciando drasticamente, a título de exemplo, os sujeitos qualificados pelo mérito daqueles pelo demérito, dado que toda sanção, seja esta positiva, seja negativa, influi em questões concorrenciais.

Nesses termos, o trabalho tencionou investigar a aplicação e o diálogo entre sanções negativas e positivas – atributivas ou privativas – às violações – posteriores à vigência da Lei 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002) – dos contratos de planos privados de assistência à saúde no âmbito específico da responsabilidade civil por danos morais. Esta pesquisa só adentra nas temáticas referentes aos demais elementos de configuração da responsabilidade civil reparatória, caso seja necessário para compará-los com os traços de uma responsabilidade civil repensada a partir da imputação judiciária kantiana. Dito de outra

forma, nesta pesquisa, só se vai além dos danos morais na situação em que os demais elementos sejam necessários para se compreenderem as consequências de um sistema de repartição de riscos fundado na concepção kantiana de responsabilidade, evitando-se a ampliação demasiada de seu objeto de pesquisa.

O problema que norteou esta pesquisa foi o seguinte: Como a promoção e a repressão, aplicadas mediante a responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, podem ser meios hábeis para se estimular a efetividade dos direitos no mercado nacional de planos privados de saúde?

A hipótese fundamental é a de que a promoção e a repressão, a partir da aplicação da concepção kantiana de responsabilidade, podem intensificar o alcance dos efeitos da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, estimulando o cumprimento de direitos assim como desencorajando a sua violação intencional. Assim, ocasiona-se a alteração das condutas das prestadoras de assistência privada de saúde em decorrência das sanções extraídas do art. 944, parágrafo único, do CC/02 (BRASIL, 2002), tornando o espaço privado nacional de melhor qualidade, ao reduzir-se a inefetividade dos direitos.

Nesta pesquisa, teve-se como objetivo geral analisar o conteúdo das funções repressiva e promocional, notadamente as sanções extraídas do art. 944, parágrafo único, do CC/02, por intermédio da concepção kantiana de responsabilidade para o estímulo ao cumprimento de direitos pelas prestadoras de serviços privados de acesso à saúde.

Os objetivos específicos da pesquisa, por sua vez, foram: I. Examinar a potencial [in]efetividade do direito de acesso à saúde no contexto de uma sociedade compreendida pelo prisma do risco; II. Descrever e exemplificar certos aspectos da responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde para viabilizar a compreensão da concepção kantiana de responsabilidade na hodierna dogmática cível; III. Analisar a plausibilidade de se repensarem institutos; IV. Verificar a possibilidade de outras sistemáticas para responsabilização civil; V. Desenvolver as noções kantianas de mérito, débito e demérito com suas respectivas consequências; VI. Compreender a concepção kantiana de responsabilidade na hodierna dogmática cível; e VII. Propor certos aspectos para uma sistemática de aplicação da concepção kantiana de responsabilidade no âmbito da responsabilidade civil na saúde privada nacional.

A relevância da pesquisa encontra esteio em razões sociais e científicas. A relevância social do tema pesquisado justifica-se na medida em que se preconizam alternativas para melhorar os serviços privados de assistência à saúde, com enfoque no cenário nacional, momento em que este passa por uma dupla crise, seja no que se concerne à possível

consagração de direitos, por vezes, inefetivos, seja no que se refere à questionável viabilidade econômica desse mercado.

Na tentativa de alterar essa realidade, a ANS e os Sistemas Estaduais e Municipais de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON) tendem a valer-se de sanções administrativas de caráter negativo, mas sem lograr avanços sensíveis. Somente no terceiro trimestre de 2017, trinta e um planos de saúde de dez operadoras tiveram comercialização suspensa (BRASIL, 2017a), demonstrando-se a necessidade de se repensarem as alavancas empregadas nas sociedades econômicas e políticas.

Aparentemente, a tendência do atual contexto político nacional é a de se reduzirem as medidas de controle social impostas aos agentes econômicos para se permitir um sistema adequado à ampliação da longevidade da população brasileira, ao intenso desenvolvimento técnico e à queda de beneficiários de planos privados de saúde. Essa necessidade de atualização da Lei n°. 9.656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998) foi, aliás, o intento do 5º Fórum FenaSaúde intitulado Novos rumos da saúde suplementar (FÓRUM FENASAÚDE, 2019). Esta pesquisa detém, portanto, outra relevância social na medida em que pode contribuir para o desenvolvimento do debate democrático, fornecendo um provável sistema de repartição de riscos entre operadoras e destinatários dos serviços de saúde, um sistema que dialogue com as exigências de liberdade negocial, mas que não se abstenha de impor severas medidas de controle social aos agentes demeritórios.

Destaca-se ainda a relevância científica, uma vez que irá contribuir para o desenvolvimento dos estudos sobre as formas de regulação do Estado no mercado, e seus deveres de proteção do consumidor e garantia do acesso à saúde, buscando equilibrar essa relação privada sem sufocar a autonomia, de maneira a promover um desenvolvimento socioeconômico sustentável, por meio das funções da responsabilidade civil.

Contata-se que o tema eclode dentro do estudo das relações de consumo, da Responsabilidade Civil, da Filosofia Jurídica e da saúde suplementar; assim, permite o diálogo entre uma perspectiva cível e outra de natureza filosófica. Em outros termos, facilita a reflexão e a revisão desse âmbito específico da dogmática privada pela filosofia. Consequência esta um tanto incomum em comparação com os constantes consensos produzidos pela proximidade entre filósofos e penalistas. Nessa ordem de ideias, o trabalho justifica-se cientificamente por envolver a análise de um dos temas da hodierna responsabilidade civil nacional a partir do pensamento jusfilosófico kantiano, uma vez que os contextos dessas elaborações teóricas guardam similitude na diversidade de fontes e insegurança das avenças.

A intensão de se verificar a utilidade da aplicação da rigorosa noção kantiana de responsabilidade nesse contexto específico do mercado nacional, por intermédio das exigências metodológicas da pesquisa científica, pode fornecer certos resultados interessantes, ou seja, com aptidão de ofertar alternativas à inefetividade de acesso à saúde. Assim, a utilidade científica do estudo encontra fundamento também na possibilidade de se chegar a um resultado que pode não coincidir com aquele proposto na hipótese; em outras palavras, o método faculta se chegar a uma conclusão cientificamente plausível, e não unicamente à conclusão desejada.

A imputação judiciária de Immanuel Kant, ou mesmo, toda sua concepção de responsabilidade, é adotada como método desta pesquisa. Nesta, parte-se de uma análise geral dos riscos de concretização do direito de acesso à saúde no âmbito privado em uma sociedade qualificada pela inefetividade de seus deveres, bem como do trato conferido para a violação desse direito pela dogmática cível nacional, objetivando-se destacar a possível utilidade de se intensificarem os efeitos gerais da responsabilidade civil. Esta vaga proposição, qual seja, a de se intensificar a efetividade dos direitos, ou até de se ampliarem os efeitos gerais da responsabilidade civil, foi problematizada por meio do estabelecimento de um diálogo entre a concepção kantiana de responsabilidade e as sanções cíveis para a efetivação dos direitos nessas relações, no intento de se especificar essa proposição pela aplicação das Funções Repressiva e Promocional; logo, buscou-se aprofundar o debate dos efeitos gerais na responsabilidade civil.

O presente estudo foi viabilizado pelo levantamento de dados bibliográficos, essencialmente de natureza qualitativa, na literatura jurídica brasileira e estrangeira e jurisprudência pertinentes ao estudo sobre o alcance dos efeitos da responsabilidade civil das Operadoras e a concepção kantiana de responsabilidade. No que tange à normativa correlata ao tema, dedicou-se especialmente ao texto da Lei nº. 9.656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998), Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b) e Lei 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002).

Adicionalmente, são analisadas determinadas decisões no âmbito da responsabilidade civil objetiva das operadoras de planos privados de saúde pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio de pesquisa jurisprudencial. A opção pelos precedentes desse tribunal em detrimento dos demais encontra sua razão na provável concorrência entre ordens jurídicas, que coloca em risco a efetividade do direito de acesso à saúde no âmbito nacional, e ainda mais no âmbito local ou regional. Não se pode olvidar da possibilidade de recurso, algo

simples para determinados litigantes, podendo-se conduzir a discussão para os tribunais superiores. Essas são as razões para uma análise restrita ao STJ. Nesse âmbito, cumpre advertir que, neste estudo, busca-se incorporar apenas os precedentes que permitam uma devida compreensão do contexto teórico da responsabilidade civil na saúde privada nacional, portanto, supera a falácia pré-kantiana de que dados brutos desprovidos de devida interpretação são forma de produção científica.

Em outros termos, este trabalho de dogmática jurídica cível tem seu ponto de partida no sistema de responsabilização das operadoras de planos de saúde, empregando-se a concepção kantiana de imputação judiciária. Dessa forma, a teoria kantiana, enquanto marco teórico, desempenha duplo papel no presente trabalho, uma vez que foi a causa de reflexão e instrumento para ressignificação do diálogo entre as funções da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais.

No que tange à estrutura da dissertação, optou-se por uma divisão em cinco capítulos. Neste primeiro capítulo introdutório, apresentou-se uma breve contextualização do objeto de pesquisa, assim como o enfoque teórico que norteou a pesquisa, a fim de se alcançarem os objetivos propostos.

Em seguida, no segundo capítulo, desenvolve-se o problema da inefetividade dos direitos e seus prováveis efeitos na saúde privada nacional. Para tanto, buscaram-se apresentar os riscos de instaurar uma comunidade de direitos sem deveres; a dependência agravada da pessoa ao direito e mercado com fundamento na leitura sobre a sociedade moderna perpetrada por Beck; assim como a [in]efetividade do direito à saúde e as possíveis compreensões do conteúdo do direito de acesso à saúde. Ainda no segundo capítulo, busca-se descrever e exemplificar a responsabilidade civil na saúde privada, nos moldes de um estado da arte sobre o tema, ou, se preferir, a elucidação informal da responsabilidade civil das operadoras de planos privados de saúde por danos morais.

No terceiro capítulo, por sua vez, a concepção kantiana de responsabilidade é explicada e desenvolvida como um dos instrumentos passíveis de solver a inefetividade dos direitos ao mediar a divergência de interesses entre a efetividade do acesso à saúde e a liberdade negocial por meio da imputação judiciária.

No quarto capítulo, inicialmente, são resgatadas as considerações de cunho filosófico feitas no capítulo anterior para se chegar a uma ressignificação da dogmática cível, especialmente no que tange às possíveis sanções impostas na responsabilidade civil nacional. Por fim, identificam-se algumas das possíveis condutas de imputação judiciária e balizas que

limitam (ou tendem a limitar) o punir e o promover no intento de se resguardar a segurança jurídica, a livre concorrência e o equilíbrio financeiro das operadoras de planos de saúde.

Finalmente, no quinto capítulo, apresentam-se os resultados alcançados nesta pesquisa.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA SAÚDE PRIVADA

2.1 A INEFETIVIDADE AGRAVADA DO DIREITO DE ACESSO À SAÚDE NA MODERNIDADE TARDIA

Uma das formas de compreensão do âmbito jurídico privado nacional tenciona questionar a efetividade dos direitos, que, idealmente, deveriam ser concretizados ou tutelados nas relações entre particulares. Essa leitura da efetividade dos direitos na realidade jurídica privada é, em certa medida, acobertada pelo uso ambíguo do termo direito, uma vez que esse pode designar direitos efetivamente protegidos, mas também aqueles de mera previsão formal (BOBBIO, 2004). Dito de outra maneira, malgrado exista um efeito ideológico ou simbólico na mera proclamação formal de direitos (FERRAZ JUNIOR, 2018), um dos pontos de partida desta pesquisa, a questionável efetividade dos direitos no âmbito das relações entre particulares, resta acobertado pela similaridade de trato conferido aos direitos reivindicados, reconhecidos e protegidos.

Esse trato acaba por simplificar a busca por direitos – processo composto por expectativas de reinvidicação, de reconhecimento e de efetivação, que não se esgota em um esquema linear – apenas em sua previsão solene, deixando cair no esquecimento os esforços, na maioria das vezes, árduos para a conquista de tal proclamação, bem como as condições para viabilizar a efetividade desses direitos. Dessa forma, encobre a necessidade de engajamento político para a proclamação, manutenção, alteração ou extinção de direitos, assim como oculta a necessidade de cogitar meios de garantir a efetividade dos direitos, enquanto alternativa para o crescente número de pessoas dotadas de direitos formalmente constituídos, mas violados ou não concretizados de maneira ordinária.

Apesar de avançar na temática atinente à concretização de situações jurídicas ativas, por meio de propostas teóricas, inovações jurisprudenciais e positivação de novos institutos, a hodierna dogmática cível ainda não logrou êxito na proposta de ampla concretização de seus diversos direitos, sejam estes naturais, humanos, fundamentais, personalíssimos, patrimoniais ou das demais gerações de direitos. A duvidosa efetividade desses institutos encontra uma de suas prováveis causas na tendencial proliferação de direito desatrelada dos custos para a sua conquista, bem como para sua necessária concretização, tamanha era essa busca por direitos, em um passado recente, que lhe rendeu o título de era dos direitos (BOBBIO, 2004).

O problema não reside na busca por direitos, uma vez que esta sempre existiu e sempre existirá nas sociedades humanas, mas na opção por meras recriações semânticas de

institutos já preexistentes. Esse processo é conduzido pela fórmula enfraquecimento/recriação de direitos sem uma preocupação com os custos para sua concretização, a ponto de se instaurar comunidades de direito sem deveres (ASCENSÃO, 2008). O atual contexto jurídico privado, compreendido sob o viés da inefetividade de seus direitos, corroborou a formação de uma comunidade “[...] obsessivamente preocupada em definir e proclamar uma lista crescente de direitos humanos e impotente para fazer descer do plano de um formalismo abstrato e inoperante [...]” (FERRAZ JUNIOR, 2018, p. 138).

Desde já é importante destacar que a [in]efetividade dos direitos no âmbito jurídico privado não deve ser compreendida de forma isolada dos demais ramos do direito. Essa advertência parte do fato de que a maioria dos direitos são tutelados, concomitantemente, por medidas de controle social cíveis, administrativas e penais. Entenda-se por medida de controle social um gênero do qual decorrem meios diretos e indiretos de atuação sobre ações humanas, tornando-as necessárias, impossíveis, fáceis, difíceis, vantajosas ou desvantajosas (BOBBIO, 2007). Essa interação sistêmica, ou mesmo arquitetônica, entre os meios de tutela da efetividade dos direitos, pode ser observada na correlação entre a responsabilidade no direito penal e no civil, que indica a necessidade de suprimento da incapacidade de um desses ramos pelo outro ao se repensar a responsabilidade diante do cenário nacional de inefetividade dos direitos:

O momento que estamos vivendo, especialmente no Brasil, de profunda insegurança quanto à própria vida e incolumidade física e psíquica, deveria levar todos os juristas, independentemente do seu campo de atuação, a refletir e procurar soluções para aquilo que poderíamos afirmar, pedindo desculpas, se for o caso, aos penalistas, como ineficiência do direito penal para impedir crimes e contravenções – atos ilícitos, na linguagem civilista. Segue-se daí que a tradicional separação entre direito civil e direito penal, ficando o primeiro com a questão da reparação e o último com a questão da punição, merece ser repensada. Do nosso lado, o lado civilista, cumpre lembrar, antes mais nada, que não é verdade que o direito civil não puna. Em várias situações, o próprio Código Civil emprega até mesmo a palavra “pena” (AZEVEDO, 2009 [1939], p. 389-390).

A regulação de direitos com destaque, quase que exclusivamente, à sua positivação tem o potencial de suplantiar os esforços dedicados para essa conquista na medida em que individualiza a busca por direitos. No ideário nacional, a concretização do direito à saúde, assim como do direito à educação e demais direitos sociais, é qualificada como gratuita em detrimento de uma árdua conquista histórica. Esse discurso reproduzido em diversos âmbitos,

pelos destinatários dos serviços, por particulares ou pelos próprios servidores públicos, mascara os custos inerentes à conquista de certos direitos.

Esse processo ocorreu com o movimento operário, visto que o aparente sucesso do Estado de Bem-Estar “possivelmente colocou em perigo sua continuidade, ao menos enquanto movimento ‘operário’” (BECK, 2011, p. 122). Pode-se cogitar que a parca unidade do movimento consumerista (ROPPO, 2009), bem como o enfraquecimento do movimento operário, detenha certa relação com esse processo de *individualização*, ocorrido na modernidade tardia. Nessa nova realidade, os movimentos políticos da sociedade civil são facilmente reprimidos, uma vez que seus membros participam de maneira parcial ou, como prefere Beck (2011), com um só dos pés, visto que também detêm outras preocupações de significância similar ou superior no plano individual, exemplificadas por seus inúmeros desejos pessoais.

No âmbito jurídico nacional, essa tendencial proliferação de direitos, desatrelada de seus custos para efetivação, formou variados institutos com arrimo em valores similares, mas sem qualquer conexão ou diálogo entre si; basta pensar sobre a integridade psicofísica, por exemplo, e sua tutela pelos direitos humanos, fundamentais e da personalidade, sem falar sobre as demais gerações de direitos conexos à integridade psicofísica. A fecundidade na recriação de direitos, sem lograr êxito ao concretizá-los, autoriza cogitar a farsa dessas expectativas, ao serem conferidas mais por pressão do *lobby* do que por questões de justiça.

A busca exclusiva por direitos, associada ao desinteresse político e à trivialização de grandes princípios, torna a efetividade desses mesmos direitos questionável, uma vez que estes representam velhas promessas expressas em termos distintos, ou seja, por meio de variadas categorias de direito. Dessa forma, busca-se encobrir o passado no lugar de aprender com as experiências jurídicas daqueles institutos. O custo para a concretização de qualquer direito, por sua vez, é respaldado nos deveres conexo e autônomo; todavia, em um sistema qualificado pela lógica exclusiva dos direitos, esse instituto perde espaço e, por vezes, desaparece, instaurando visões distorcidas por parte daqueles incumbidos de respeitar os direitos.

A atribuição de respeito e, por vezes, de concretizar os direitos recai sobre todos os membros de uma sociedade, uma vez que, para a tutela de seus direitos mais básicos, como, a título de exemplo, a liberdade, não basta uma abstenção e atuação do Estado, mas também de todos os membros da sociedade. Em outros termos, existem deveres impostos ao Estado, mas também existem outros imputados aos particulares (MIRANDA, 1986). O outro, nesses termos, não é mero obstáculo à concretização de um direito, mas atua positivamente na

realização da personalidade, distanciando-se da visão conferida pela lógica exclusiva dos direitos. Nessa linha de raciocínio, Ascensão (2008, p. 97) apresenta a seguinte ideia:

[...] o dever é uma categoria tão normal como a do direito, que traduz a integração social; o dever compõe necessariamente a condição humana e exprime a comunhão constituinte da pessoa [...]. Os deveres não são assim exceções, são antes manifestação normal da interdependência das pessoas na sua auto-realização.

Na metodologia da constitucionalização do direito civil, segue-se raciocínio similar na medida em que se preocupa com a realização humana em um contexto de coexistência dos indivíduos ou, se preferir, em termos sintéticos, existir é coexistir (PERLINGIERI, 2008). Na busca por um mínimo conteúdo objetivo para esta exposição, pode-se reproduzir outra advertência de Perlingieri (2008), com base em Donisi (1980, n. 3, p. 644 ss), segundo a qual a realização humana não se constitui apenas das situações ditas existenciais, mas também é apta a justificar situações subjetivas com consequências patrimoniais diretas, como no direito do trabalhador de não adimplir suas obrigações em excepcional situação de necessitar assistir um filho doente.

Nessa ordem de ideias, o tutelar e o promover da realização da personalidade humana ou, caso se prefira, do livre desenvolvimento da personalidade, não se esgotam na compreensão dos institutos claramente direcionados à tutela da dignidade humana, mas também exigem uma releitura das demais normas do direito privado, inclusive de institutos fundamentalmente vinculados aos direitos patrimoniais. Essa amplitude na releitura dos institutos do direito privado pela metodologia civil constitucional é representada por Tepedino (2006a) por meio da ideia da inexistência de uma última praia, pois, caso esta existisse, admitir-se-ia nela o uso absoluto da liberdade. Diante do exposto, não há razão para excluir os deveres, conexos ou autônomos, dessa ressignificação, realçando a sua função na garantia e promoção da realização humana.

A aversão aos deveres encontra razão de ser em determinadas experiências históricas, nas quais o recurso inadvertido ao instituto ocasionou situação diametralmente oposta da atual, ou seja, sobrepôs os deveres aos direitos. Nessas experiências históricas, dentre as quais se destaca o ideário nazista, ocorreram radicais restrições dos direitos individuais pelos deveres de serviço, de trabalho, de defesa, entre outros deveres fundamentais dos membros do povo (CANOTILHO, 2003). Dessa forma, não é de se surpreender a posterior aversão e supressão desse instituto na maioria das ordens jurídicas nacionais, como ocorreu na experiência alemã no pós-guerra:

De um lado, a Lei Fundamental de Bonn não reconhece em todo o seu texto a expressão dever ou deveres fundamentais. De outro lado, a doutrina alemã durante muito tempo, mais concretamente até aos finais dos anos 70 do século passado, faz do tema dos deveres fundamentais um verdadeiro tabu (NABAIS, 2002, p. 13).

O receio com os deveres não se manteve apenas nos confins do ensino jurídico, mas também encontrou adesão em questões culturais, ou, talvez, questões culturais de aversão aos deveres tenham encontrado adesão no meio jurídico, não havendo como bem identificar o progresso dessa tendência. A aversão à cultura dos deveres tem contribuído para a crise do Estado Social, uma vez que esse se esteia em direitos, mas também em deveres sociais. Em outros termos, a própria democracia também exige a admissão de responsabilidades (PERLINGIERI, 2008). Impende destacar que a crise do Estado Social na concretização de direitos coletivos é também confirmada por Ferrajoli (2006 *apud* ROSENVALD, 2017). O importante nesse momento, todavia, é reconhecer o paradoxo atinente à aversão a um instituto que presta a significativa função de arrimo dos direitos.

Na experiência jurídica nacional, a significativa inefetividade do direito de acesso à saúde é ampliada por outros fatores próprios de sua história. Pode-se indicar, a partir de pesquisa realizada por Caron, Lefèvre e Lefèvre (2015), certos fatores ínsitos à duvidosa efetividade do direito de acesso à saúde no Brasil, tais como: a) o seu processo tardio de desenvolvimento da cidadania; b) a sua herança colonialista e escravocrata; c) a impossibilidade de ser cidadão de uma nação soberana, diante da submissão à Portugal, depois à Inglaterra, e posteriormente aos Estados Unidos da América (EUA) e ao Fundo Monetário Internacional (FMI); d) a quebra do processo de construção da cidadania, incentivada no final da Segunda Guerra, por duas décadas de Regime militar; e) o enfraquecimento do Estado-nação pelas esferas de poder supranacionais após a redemocratização; f) o instaurar recente de uma realidade nacional que dificulta e minimiza o exercício de direitos; bem como g) de uma realidade econômico-político-social que viola, burla ou ignora as normas do ordenamento jurídico nacional. No que se refere aos custos de concretização dos direitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, 1988), certas críticas merecem reprodução na medida em que realçam a significância dos deveres e os riscos de uma tendência de proliferação de direitos despreocupada com a forma de custeio dos deveres a estes conexos:

[...] não são poucos os que, no mais suave dos reparos, ironizam os autores da nova carta política, dizendo que no afã de se mostrarem *modernos* e

politicamente corretos, eles acabaram se esquecendo de calcular o *custo* desses novos direitos, de fazer a previsão dos direitos que estavam a constitucionalizar, contrariando, assim, a regra elementar de que, nesse terreno – o dos *direitos a prestações positivas* –, não se deve prometer o que não se pode cumprir, que nada se pode fazer além do *financeiramente possível*, daquilo que os financistas clássicos chamariam de as *forças do erário*. Caso contrário, prosseguem os adversários desses *compromissos sem lastro* – que os críticos mais contundentes chamam de *prodigalidade irresponsável* –, caso contrário, o que teremos, mesmo, é uma generalizada frustração de expectativas, tanto mais evitável quanto sabem todos, governantes e governados, que *não se criam fatos com palavras*, ainda que essas palavras saiam da *boca da lei*. Para o bem ou para o mal, também a linguagem normativa conhece limites, fronteiras além das quais tudo é *flatus vocis*, tudo é mensagem vazia (COELHO, 2018, p. 68-69, grifos do autor).

A existência de outros fatores, distintos da tendencial proliferação de direitos despreocupada com os custos para a efetivação dessas situações jurídicas passivas, não reduz a significância dessa tendência no contexto jurídico nacional, ordinariamente, qualificado pela inefetividade dos direitos. Os deveres, apesar de essenciais para a concretização dos direitos, são compreendidos nos moldes de institutos perigosos e desnecessários. Talvez já exista maturidade científica para se rediscutir esse instituto também nas relações entre particulares com o fito de se conceder arrimo para os direitos formalmente constituídos.

Não se deve pensar que os custos ou deveres sejam adstritos unicamente aos direitos sociais, malgrado nestes sejam percebidos de maneira mais nítida. No ensino jurídico, são reproduzidas certas classificações que, apesar de bem-intencionadas na medida em que propõem simplificar a realidade, podem ensejar conclusões duvidosas, como a de que haveria uma espécie de direito desprovida de qualquer custo. Nessa ordem de ideias, a classificação dos direitos em situações jurídicas ativas negativas e positivas exige a ressalva de que todo e qualquer direito detém um custo, evitando-se que se induza questionável conclusão.

Essa classificação chegou a ser aproveitada para desnaturar a proteção conferida pelos direitos humanos em certos Estados, como se pode deduzir da demasiada relevância conferida aos direitos de 1ª geração/dimensão em detrimento daqueles de 2ª geração/dimensão (OLIVEIRA; DINIZ; COSTA, 2017). Nos termos da mesma classificação, os direitos adjetivados de negativos seriam aqueles cuja situação jurídica não exigiria a atuação do Estado, mas mera abstenção, sendo ordinariamente representados pelo patrimônio e demais facetas da liberdade. Aqueles qualificados de positivos são, no geral, vinculados aos direitos sociais – também identificados como de 2ª geração/dimensão – e necessitam de uma atuação ou prestação do Estado para sua concretização. A partir dessas definições, não é tão difícil ser

induzido a crer que existem direitos sem custos, especificamente no que tange àqueles de cunho negativo; em outros termos, só haveria custos se exigida uma prestação.

Apesar da ampla aceitação dessa classificação, não se pode olvidar que seja uma espécie de abstração de imensurável espaço para a imaginação, distinguindo-se dos conceitos de classe e camada ao se distanciar do mundo real. Dito de outra forma, a relação entre abstração e realidade pode partir da classe, galgando pela camada social, até se chegar à classificação, enquanto modalidade de maior liberdade para o pensar; todavia, pode-se ter de abdicar de sua interação com essa realidade para conferir tal liberdade à imaginação humana (BECK, 2011). Dessa forma, essa distinção em direitos positivos e negativos detém seus limites por não considerar o caráter ambivalente de certos direitos fundamentais, que exigem abstenções e prestações de maneira simultânea (MENDES; BRANCO, 2012).

Deve-se ir mais longe, uma vez que não apenas certos direitos fundamentais detém um caráter ambivalente, mas todo direito, ou melhor, todo direito detém um custo, em razão de não constituir uma dádiva divina (NABAIS, 2002). Na mesma senda, Holmes e Sunstein (1999) partem da ausência de fundamento para a manutenção dessa distinção entre direitos positivos e negativos, visto que a própria garantia da liberdade detém seu custo. Em todo caso, ainda é possível se observarem argumentações que destaquem a utilidade da manutenção dessa distinção entre direitos prestacionais positivos e negativos no direito de acesso à saúde, como se pode extrair da obra de Ciarlini (2013), para o qual não parece ideal se admitirem limitações atinentes ao plano fático, como restrições da eficácia normativa de um direito constitucional, por representar um golpe contra o reconhecimento da força normativa da Constituição, podendo levar o ideário da Constituição jurídica a sucumbir à Constituição política.

Em que pese os argumentos vocacionados a manterem a classificação dos direitos em positivos e negativos, nesta pesquisa, não se segue tal entendimento, uma vez que restrições do plano fático não atuam unicamente sobre direitos sociais, mas sobre qualquer modalidade de direitos. Basta observar as constantes violações à vida, integridade psicofísica, liberdade e demais direitos da personalidade, as quais, mesmo após o recurso ao judiciário, jamais retornam à condição anterior ao evento lesivo, chegando, na melhor das hipóteses, a uma compensação para a vítima e/ou retribuição para o autor.

Esse desfecho aparentemente positivo – expresso na compensação pelos danos e, talvez, na retribuição pelo ilícito – também só ocorrerá se demonstrados todos os elementos exigidos para responsabilização do agente, se se cumprir adequadamente o processo, bem como se não houver violação ao mínimo existencial na execução. Nessa ordem de ideias, não

são apenas os direitos sociais que sofrem com limitações atinentes ao plano fático: os próprios direitos de 1ª geração/dimensão, sejam nas relações de direito público, sejam nas de direito privado, sofrem os efeitos da limitação de seus custos.

Diante do exposto, a diferença entre essas categorias de direitos não está na existência de custo, mas na visibilidade e, possivelmente, na extensão desse custo. No que tange à visibilidade de seus custos, aqueles direitos reputados de 2ª geração/dimensão são correlatos a custos diretos; logo, são facilmente identificados. Os direitos de 1ª geração/dimensão, de forma distinta, estão vinculados a custos indiretamente exigidos dos particulares pelo Estado, nesses termos, são de dificultada identificação. No sistema lusófono, o encobrimento dos custos de certos direitos encontra indícios no processo de elaboração da décima militar, um dos primeiros impostos modernos do direito lusófono, sendo isso, possivelmente, extraído do sermão de Santo Antônio realizado pelo Padre Antônio Viera, *ipsis litteris*:

[...] que para isso traçou Deus tirar a costa a Adão, não acordado, senão dormindo: adormeceu-lhe os sentidos, para lhe escusar o sentimento. Com tanta suavidade e como isto, se há de tirar aos homens o que é necessário para sua conservação. Se é necessário para a conservação da pátria, tire-se a carne, tire-se o sangue, tirem-se os ossos, que assim é razão que seja; mas tire-se com tal modo, com tal indústria, com tal suavidade, que os homens não o sintam, nem quase o vejam (VIEIRA, 1998).

A diferença na extensão dos custos de concretização dessas categorias de direitos é uma temática um tanto controvertida, uma vez que seus resultados podem variar de acordo com cada experiência nacional, bem como com o conteúdo conferido para essas categorias de direitos. Em todo caso, já encontraram indícios em certas experiências nacionais de que os direitos sociais podem exigir um custo superior ao dos direitos clássicos (PIKETTY, 2014). Malgrado detenham indicativos de avantajados custos, os direitos sociais têm a aptidão de conferir estabilidade política (ABREU, 2008). Dessa forma, pode-se cogitar se não sejam também um custo para manutenção do próprio Estado.

Em sentido similar, a adesão à construção dogmática da reserva do possível parte da premissa de que os direitos de liberdade não exigem tanto dos cofres públicos como os direitos sociais; todavia, mostra-se questionável a vinculação jurídica de um direito apenas realizável sob reserva de cofres cheios (CANOTILHO; MOREIRA, 1991). No intento de conferir vinculação jurídica para a concretização dos direitos sociais, pode-se questionar se já não seja o momento de superar a concepção patrimonialista e contábil ao se tratar dessa categoria, enquanto um reconhecimento da autonomia do primado da política em relação ao

primado da economia (PERLINGIERI, 2008). No mesmo sentido, pode-se afirmar que a prestação de certos direitos sociais, como na hipótese do direito de acesso à saúde, é essencial para a proteção e a concretização dos direitos da personalidade, não havendo, por exemplo, efetividade do direito à integridade psicofísica sem a promoção do acesso à saúde (OLIVEIRA; DINIZ; COSTA, 2017). Nessa ordem de ideias, a construção dogmática da reserva do possível poderia ser afastada ao se versar sobre certos direitos sociais correlatos aos direitos da personalidade, uma vez que os últimos não podem ser limitados por tal construção teórica ao representarem uma espécie de 1ª geração/dimensão.

O primado da política, em certa medida, também se expressa nas relações entre particulares, gerando efeitos em seus institutos, como nos direitos dos contratos, por exemplo. Nesse sentido, é possível compreender a possibilidade de disposições não fundadas nas exigências da atividade econômica, ou seja, uma consequência da definição econômica de contrato, mas, ainda assim, impostas pelas ordens jurídicas, enquanto exemplos de afirmação da autonomia do conceito jurídico de contrato.

Já é possível perceber a ausência de uniformidade na temática atinente aos custos dos direitos, especialmente dos direitos sociais. Em uma primeira dedução, a demonstração dos custos dos direitos pode ser utilizada para justificar a concretização dos direitos sociais em condição similar à dos direitos clássicos, ou seja, desprovida de limitações. Em sentido inverso, o mesmo argumento pode limitar a atuação do judiciário, diante da ausência de lastro para a concretização dos direitos. O primeiro argumento foi desenvolvido até o presente momento, havendo necessidade de se desenvolver o segundo, especialmente no âmbito atinente ao direito à saúde, no qual encontra significativa adesão.

No direito à saúde, a ampla adesão a essa segunda orientação pela doutrina advém do ampliado custo de concretização desse direito, dos progressivos reclamos da sociedade e da presença de recursos limitados, sejam na esfera pública, sejam na esfera privada, instaurando *tragic choices* pela tensão entre custos, reclamos e recursos (SCAFF, 2010). No decorrer da argumentação da pesquisa de Scaff (2010), certos fundamentos sobre a concretização do direito de acesso à saúde se destacam a ponto de se exigir sua reprodução. Ainda que se aceite a impossibilidade de se impor um preço para a saúde, o primeiro fundamento salienta a necessidade de se admitir a existência de um custo progressivo incidente sobre parcelas significativas do Produto Interno Bruto (PIB) para a concretização do direito de acesso à saúde em âmbito nacional; para tanto, o autor encontra esteio no pensamento de Yvonne Lambert-Faivre (2001). O segundo fundamento tem por base o pensamento de Bresciani (1998) e pode ser compreendido na condição de uma alternativa à proposta de superação

absoluta da concepção patrimonialista e contábil dos direitos sociais; logo, reconhece a imprescindibilidade da reflexão ética, mas exige que esta leve em conta as limitações concretas, não havendo como prescindir da colaboração de outras disciplinas científicas e técnicas, dentre as quais se pode encontrar a economia, nas decisões sobre saúde.

Em termos similares, o direito de acesso à saúde, compreendido enquanto prestação positiva, não pode ser concretizado concomitantemente para todos os seus destinatários, ainda que existam posições das mais variadas, em decorrência da inegável tensão entre a ampla concretização desse direito e os escassos meios materiais de provê-lo (CIARLINI, 2013). Esse autor também recorre a manifestações de Canotilho (1998) sobre a reserva do possível e a vinculação jurídica dos direitos sociais, concluindo que a preocupação do mestre de Coimbra com a construção dogmática da reserva do possível advém do risco de essa construção corroer o contorno deontológico das normas constitucionais, ou seja, retoma a problemática da vinculação jurídica das normas constitucionais e a probabilidade de a Constituição jurídica sucumbir à Constituição política.

No mesmo sentido, pode-se referendar a parca preocupação dos tribunais com a questão dos custos de concretização do direito de acesso à saúde, bem como a proliferação de argumentos emocionais e apelativos, que não detêm apenas aptidão de conferir ampla proteção para certos usuários, mas também um significativo preço, representado na ausência ou na redução de proteção para os demais (FLUMINHAN, 2014). A partir da necessidade de se introduzir a preocupação com os custos na análise pelos tribunais, pode-se também propor, apesar da significância dos elementos ordinariamente empregados nessa análise, diga-se, a garantia da dignidade e a proteção da vida, a importância de se respaldar o respeito à capacidade orçamentária do Estado nessas decisões, evitando-se exigências não previstas dentro do sistema tributário pátrio (FARIAS, 2018).

Cumprе ressaltar que Farias (2018) destaca a necessidade de comprovação da ausência de condições do Estado de atender a esses custos, portanto, não deveriam ser admitidas alegações genéricas com o intento de se evitar a concretização do direito de acesso à saúde. Poder-se-ia cogitar, inclusive, a possibilidade de produção de provas em sentido diverso do que é conferido às hipóteses por meio das quais o Estado alega a ausência de fundos para custear decisões judiciais sobre o direito à saúde, mas dedica extensos valores para fins distintos, evitando-se a corriqueira situação de negativa de capacidade de cumprimento do direito de acesso à saúde na esfera judicial cumulada com o destino de extensos numerários para despesas de relevância inferior.

No âmbito da saúde suplementar, a temática dos custos de concretização dos serviços de saúde é expressa no meio jurídico pelos termos dos contratos, uma vez que os contratos refletem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade representada, de maneira sucinta, pela operação econômica correlata (ROPPO, 2009). Essa relação instrumental entre conceito econômico de contrato e operação econômica, longe de deter a pretensão de negar a autonomia do conceito jurídico de contrato, tenciona destacar a significância de certos termos desse negócio jurídico no mercado de planos privados de saúde, especialmente daqueles que interagem com o equilíbrio financeiro da Operadora e o princípio do mutualismo. Pode-se citar, a título de exemplo, os termos do contrato que versem sobre a formação do preço e a extensão dos serviços cobertos.

A despreocupação jurisprudencial com os custos dos serviços de saúde também se apresenta nesse domínio, uma vez que certas decisões, rotuladas de paternalistas, interferem nos termos dos contratos de planos privados de saúde, afastando os limites de cobertura determinados nesse negócio jurídico, até mesmo daqueles limites adequados à contrapartida financeira exigida do consumidor dotados de clareza e destaque em sua redação (MELLO, 2013). Em sentido similar, há quem defenda que inúmeras cláusulas pactuadas são atropeladas para atender às necessidades, em certa medida, justas, todavia, com o severo custo da insegurança jurídica contratual e suas danosas consequências, uma vez que os argumentos de tais decisões são de manifesta insustentabilidade jurídica (ESMERALDI; LOPES, 2015).

Um exemplo de decisão preocupante e com aptidão de emprego no âmbito da saúde privada ou, pelo menos, é assim compreendido por Bottesini (2013), foi o REsp nº. 440502/SP. Na ementa do presente julgado, assevera-se que se um direito for “[...] qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela lei” (BRASIL, 2010e). Essa preocupação se agrava, na opinião do autor, diante de uma suposta adesão à proposta de se conferir tratamento de instituição de saúde supletiva para operadoras de planos privados de saúde em detrimento de sua condição de instituição suplementar de saúde.

No âmbito da saúde suplementar, pode-se citar certos julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que afastaram os limites de cobertura determinados em contratos de planos privados de saúde, uma vez que restringiam a espécie de tratamento veiculado para doença contratualmente cobertas, quais sejam, o REsp nº. 668216/SP (BRASIL, 2007b), AREsp nº. 1444103/SP (BRASIL, 2019b), REsp nº. 1799381/CE (BRASIL, 2019c) e AREsp nº. 1507020/RS (BRASIL, 2019f). Esses julgados – que poderiam ser cogitados como

paternalistas – encontram seu fundamento – que também poderia ser reputado de manifesta insustentabilidade jurídica – na autonomia profissional do agente de saúde, enquanto senhor do tratamento. Esse fundamento é, inclusive, a razão para a responsabilidade civil objetiva “impura” das Operadoras de planos privados de saúde, ou seja, de um sistema menos severo de distribuição de riscos de danos em detrimento da responsabilidade civil objetiva “pura”.

Nessa ordem de ideias, pode-se dizer que esses julgados, malgrado afastem os limites de cobertura, não detêm manifesta insustentabilidade jurídica, visto que advêm de interpretação do art. 14, § 4º, da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b), bem como é o argumento que sustenta tanto a proteção do consumidor, quanto um regime menos severo para as próprias operadoras. Um regime, diga-se de passagem, de que essas operadoras não abdicariam com facilidade. A alegada insegurança jurídica contratual também é duvidosa, uma vez que, no presente exemplo, um precedente foi reproduzido por mais de dez anos. Diante da análise dessas decisões, pode-se deduzir que há um mínimo de previsibilidade de serem as cláusulas limitativas da cobertura afastadas nessa específica situação. Entenda-se que, nessas hipóteses, aparentemente, há fundamento e previsibilidade, jamais indicando que, em todas as situações, a conclusão seria a mesma, visto que esta advém de um juízo casuístico ou empírico. Caso se optasse por generalizar essa situação, essa generalização não se adequaria bem ao método desta pesquisa.

Em oposição à conjectura da ausência de previsibilidade e provável insegurança contratual, poder-se-ia cogitar que o contexto da inefetividade do direito de acesso à saúde, em decorrência de cláusulas abusivas restritivas da espécie de tratamento, advém da lucratividade inerente à prática do ilícito. As Operadoras já poderiam ter previsto tal risco e internalizado no custo do serviço, todavia, o próprio sistema de responsabilidade civil nacional estimula a manutenção da prática de ilícitos, ou, pelo menos, é compreendido nesses termos nos trabalhos de Rosenvald (2017) e Soares (2018). A ausência de estímulos aos comportamentos meritórios e os poucos efeitos dos desestímulos oferecidos pela proposta, exclusivamente, reparatoria acabam por contribuir para a manutenção de um sistema que privilegia prestadores de serviços de qualidade duvidosa. Não se pode esquecer que todo direito exige um custo, e aqueles que os descumprem, nas relações entre particulares, adquirem vantagens indevidas em uma relação concorrencial.

Diante do exposto, já é possível cogitar que, afastada a reserva do possível pelos tribunais, instaura-se uma disputa sobre quem recairão os custos do direito de acesso à saúde. Em outros termos, a preocupação com os custos tem entabulado abordagens pelos prováveis

agentes competentes que tencionam desonerar a si e onerar aos outros. De um lado, as operadoras buscam afastar sua responsabilidade no cumprimento dos tratamentos mais complexos e custosos, sob o argumento de que a responsabilidade pela concretização ilimitada do direito de acesso à saúde é do Estado (CARON; LEFÈVRE; LEFÈVRE, 2015). No lado oposto, o Estado alega sua incapacidade em garantir o amplo acesso à saúde, podendo conferir somente o mínimo, em virtude da escassez de recursos. Em todo caso, neste momento, basta que se compreenda a necessidade de se rediscutirem os custos dos direitos, enquanto alternativa para garantia da efetividade dos direitos, no âmbito da pesquisa acadêmica, do judiciário e do legislativo, podendo-se chegar a inúmeros resultados. A despreocupação com os custos dos direitos também não é o único efeito maléfico do recurso da judicialização da saúde, ou melhor, da forma em que essa judicialização é ordinariamente conduzida, enquanto solução individual. O primeiro dos demais efeitos maléficos da ordinária judicialização da saúde, correlato do argumento dos custos já destacado anteriormente, está, conforme entendem Ciarlini (2013), Farias (2018), Fluminhan (2014), Lopes (2010) e Scaff (2010), na probabilidade de se conferir muito para uns e pouco ou nada para outros.

Certas pesquisas empíricas têm aptidão de indicar esse primeiro efeito da ordinária judicialização da saúde, de modo que a interpretação dos dados indica que a judicialização, no caso de pedido de fornecimento de medicamentos, não atendeu majoritariamente aos grupos com maiores índices de vulnerabilidade social (FERRAZ, 2013). Em uma das pesquisas apresentadas por Ferraz (2013), foram encontrados indícios de que a litigância *per capita* no Norte e Nordeste, estados com maior índice de pobreza, foi inferior que no Sul e Sudeste, nas 4.600 ações analisadas pelo autor, nas quais se exigia da União o fornecimento de medicamentos, enquanto forma de concretização do direito à saúde até o final de 2009. Outra pesquisa apresentada pelo mesmo autor, por sua vez, sinalizou que as pessoas residentes nas áreas de maior índice de vulnerabilidade social da cidade de São Paulo não originaram nenhuma demanda contra a Secretaria Municipal de Saúde (SMS) para pleitear o fornecimento de remédios com esteio no direito à saúde, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, 1988).

O segundo efeito indesejado da judicialização está na aptidão dessa solução se converter em um sistema de esquia à concretização de direitos, como bem destaca Barcellos (2008). Diante da possibilidade de exigência judicial, os administradores, sejam no âmbito público, sejam no privado, optam por não efetivar o direito de acesso à saúde, só o concretizando após decisão judicial sobre a questão. A probabilidade da judicialização converter-se em um estímulo ao descumprimento de direito foi, inclusive, objeto de debate na

disciplina A constitucionalização do direito privado, ofertada pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB) e ministrada pelo Prof. Adriano Marteleto Godinho, no período 2018.2. Nesse diálogo, cogitou-se uma provável razão para instauração de tal desestímulo ao cumprimento de direitos na esfera extrajudicial, qual seja, o receio dos agentes públicos de encontrarem problemas na esfera penal; logo, optam por liberar valores somente se respaldados em decisão judicial sobre a questão por questões de segurança. Na esfera privada, recorrer à judicialização para se esquivar à concretização de direito, por sua vez, pode encontrar prováveis razões na lucratividade do ilícito, na pressão da concorrência desleal e/ou na inviabilidade econômica nesse mercado pelas severas exigências do Estado.

Um terceiro efeito indesejado da judicialização individual da saúde está na dificuldade inerente à manutenção de um processo concomitantemente com tratamentos mais severos, problema que se agrava com a necessidade de exteriorizar questões íntimas de sua saúde para toda uma coletividade, bem como com o risco inerente a qualquer pleito judicial (OLIVEIRA; DINIZ; COSTA, 2017). O quarto e último efeito está na manutenção de um grupo extenso de pessoas afastadas do acesso ao direito por diversas razões. Esse grupo de pessoas dotado de direitos formais, mas não concretizados, compõe a massa dos sem-direito, nos termos de Bobbio (2004). No âmbito da saúde privada, poder-se-ia dizer que esse grupo compõe zonas de injustiça ainda presentes na dogmática cível nacional, mesmo após a constitucionalização do direito civil (FEITOSA, 2017). Essas são certas razões para se repensar a judicialização da saúde, buscando-se soluções dotadas de alcance geral, ou seja, que não se restringem às partes de um processo, mas afetam toda coletividade. Nesse sentido, há de se pensar sobre o Processo Coletivo e sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas, enquanto alternativas para a problemática da judicialização das relações sociais, como já proposto por Ciarlini (2013), Farias (2018), Ferraz (2013), Soares (2018) e Watanabe (1992).

Lidar com os custos dos direitos já era difícil na primeira fase da modernidade. Com o intensificar da modernização e o instaurar da modernidade tardia – também nominada por Beck (2011) de sociedade de riscos ou segunda fase da modernidade –, o intento de um mínimo de efetividade pelas ordens jurídicas tornou-se ainda mais duvidoso, em decorrência da globalização econômica e da proliferação de novos riscos. A inefetividade dos direitos também é sentida de uma maneira distinta nessa fase da modernidade, diante da maior dependência da pessoa.

A passagem da sociedade de classes ou da escassez para uma de riscos ocorreu de maneira discreta ao invés de por meio de grandes revoluções. Essa passagem aconteceu em

grande parte dos países ocidentais, como, por exemplo, na Alemanha na década de oitenta (BECK, 2011). Isso não quer dizer que inexistam exceções; o próprio Beck destaca a manutenção de sociedades que, ainda hoje, organizam-se em classes, sendo esse o caso da Grã-Bretanha. O que antes era representado pelo ideal da igualdade, na sociedade de riscos é substituído pelo ideal de segurança. Nesses termos, não se tenciona tanto alcançar algo bom na modernidade tardia, como se observava na busca pelo fim das desigualdades no contexto da sociedade da escassez. Esse intento é substituído pela preocupação de se evitarem os múltiplos riscos que surgem nesse prosseguir da modernidade. Em síntese, pode-se dizer que, enquanto na sociedade da escassez a preocupação estava na distribuição de riquezas, na sociedade de risco, a esta preocupação se soma a da distribuição de riscos.

Essa nova fase da modernidade pode ser compreendida pelo prisma da interdependência dos Estados, pela proliferação de novos riscos, bem como pela individualização e padronização das sociedades ocidentais (BECK, 2011). A primeira forma de compreensão da modernidade tardia, a interdependência dos Estados, é correlata à crise destes enquanto entes soberanos. A tendencial crise dos Estados caracteriza a atualidade (PERLINGIERI, 2008), dado que o recurso à soberania estatal não solve todos os problemas ou, pelo menos, não resolve o problema da inefetividade dos direitos.

A mercantilização dos direitos e o intensificar da concorrência entre ordens jurídicas ameaçam a capacidade do Estado de garantir efetividade a certos direitos formalmente constituídos, uma vez que suas disposições legais, jurisprudenciais e até doutrinárias podem ser uma variável apta a estimular ou desestimular a entrada de capital. Não apenas as disposições tributárias e penais têm significância nisso: as fontes do direito privado, com destaque para aquelas atinentes aos direitos reais, aos contratos (FEITOSA, 2004) e à responsabilidade (ROSENVALD, 2017) também detêm aptidão para tais estímulos e desestímulos.

Em um contexto qualificado pela facilitada movimentação de capital e intensa concorrência entre ordens jurídicas, os direitos economicamente desvantajosos tendem à inefetividade ou à revogação, ainda que esses tenham por fundamento valores significativos para aquela sociedade. Se, por acaso, os agentes legitimados, com fundamento no primado da política, buscam conferir efetividade a um amplo rol de direitos por intermédio da imposição de deveres, a resposta da evasão de capital, por vezes, não tarda. Os demais Estados, cientes do custo dos direitos e da concorrência entre ordens jurídicas, optam por reduzir o custo imposto por suas ordens jurídicas para atrair tal capital. Assim, a concorrência entre ordens jurídicas, possivelmente, representa um entrave à efetividade de certos direitos, podendo

encontrar indícios disso nos anos de 2004, momento em que o legislativo italiano foi tolhido de realizar uma necessária reforma tributária (PIKETTY, 2014).

Nessa ordem de ideias, pode-se dizer que a globalização econômica e a acirrada concorrência entre ordens jurídicas acabam por vincular os Estados, colocando em risco a efetividade de certos direitos ou, até mesmo, a sua manutenção. No contexto da globalização econômica, essa vinculação pelo custo dos direitos é similar ao que Beck (2011) intitulou de vinculação de nações por riscos globais; isso coloca “as soluções que atravessam fronteiras” em evidência também para a problemática da inefetividade dos direitos. A percepção da necessidade de tais soluções pode ser um produto do efeito esclarecedor dos riscos globais (BECK, 2011). Esse efeito pode, inclusive, levar até a mudanças do conceito do “outro” nas ordens jurídicas nacionais:

Assim, temos de reconhecer que, a despeito do quanto amamos, odiamos ou criticamos o ‘Outro’, estamos destinados a viver com esses Outros *neste* mundo em risco. [...] Os riscos globais abrem um espaço moral e político que pode fazer surgir uma cultura civil de responsabilidade que transcenda as fronteiras e os conflitos nacionais. A experiência traumática de que todos são vulneráveis e a decorrente responsabilidade pelos outros, até para sua própria sobrevivência, são os dois lados da crença no risco mundial (BECK, 2011, p. 364).

Na mesma senda, pode-se afirmar que o outro, mesmo aquele além das fronteiras nacionais, tem uma significância para a realização da personalidade (PERLINGIERI, 2008). Em sintonia com as novas exigências dessa fase da modernidade, já se chegou a cogitar certas alternativas para o problema dos custos dos direitos na modernidade tardia, que poderiam oferecer interessante arrimo aos direitos. Pode-se pensar, a título de exemplo, no recurso à responsabilidade dos Estados por certas condutas no concorrer entre as ordens jurídicas, como aquela proposta por Piketty (2014) e que já tinha certos indicativos na obra de Beck (2011).

Outra pretensa alternativa é a integração de ordens jurídicas nacionais, como na proposta de um Direito Civil lusófono ou civilismo lusófono, que, em certa medida, já ajuda a justificar o custo de manutenção de ordens jurídicas menores (CORDEIRO, 2014). Poder-se-ia pensar, enquanto alternativa, até mesmo sobre a proposta de humanização do direito civil constitucional, uma vez que esta se propõe a ter arrimo também em fontes de direito internacional (FEITOSA, 2017). Essas alternativas ainda carecem de adesão e de concretização, o que leva ao cenário atual de grave inefetividade dos direitos. Certas propostas, como aquela de Rosenvald (2017), demonstram confiança na aptidão de ressignificações internas na melhora da qualidade das atividades prestadas no mercado

nacional. Não se discorda dessa assertiva, mas há de se destacar que, com um arrimo para as ordens jurídicas nacionais, a probabilidade de êxito seria maior. A ausência de tal estrutura, inclusive, há de ser levada em conta no debate democrático para se evitar que se inviabilizem determinados segmentos do mercado, mas, para tanto, é preciso o recurso a pesquisas empíricas sérias, que sejam observadas de forma crítica.

Outra forma de compreender a modernidade tardia está na análise de seus riscos. Nesse momento, cumpre destacar o conteúdo do que se compreende por risco, uma vez que esse conceito terá uma significativa função nesta pesquisa. Os riscos são projeções de um futuro convencionalmente indesejado, que, apesar de deter o potencial de instruir alternativas de transformação, também acaba por colocar em evidência alternativas de negação e apatia (BECK, 2011). Nesses termos, o risco, enquanto projeção de algo que está por vir, tem neste o seu núcleo de consciência; logo, no risco concorrem o real e o irreal. Poder-se-ia falar que os riscos são projeções probabilísticas de algo iminente, sendo esse componente futuro a sua distinção da catástrofe.

Em condições ideais, esses riscos também não se confundiriam com as ameaças, dado que as últimas seriam somente atribuíveis a Deus ou à atuação da natureza, algo próprio do período pré-moderno e que se tem mostrado cada vez mais raro no decorrer da modernidade; logo, o risco é um conceito moderno que pressupõe decisões humanas. Na modernidade tardia, o conceito de risco também não se resume às incertezas calculáveis específicas próprias da primeira fase da modernidade ou, em termos distintos, a sua concretização nem sempre será atuarialmente identificada, amparada por um seguro e passível de compensação; logo, pode ser incalculável e não-compensável. Essa é a razão para Beck (2011, p. 363) fundamentar que “Ameaça, risco e incerteza fabricada podem ser diferenciados em termos típicos-ideias, tais como os esboçados aqui, mas na realidade se entrecruzam e se misturam”.

Diante do exposto, já se pode observar que os riscos da modernização não são algo recente, mas os da modernidade tardia se distinguem daqueles da sociedade da escassez, uma vez que os últimos eram decorrentes de subprovisão de tecnologia, perceptíveis e locais (BECK, 2011). Aqueles da segunda fase da modernidade, por sua vez, são decorrentes do próprio processo de modernização; logo, a produção de riqueza e a produção de riscos têm a aptidão de estarem atreladas, sendo esse o sentido da expressão modernidade reflexiva. E não é só isso, esses novos riscos também são imperceptíveis, imprevisíveis e, talvez, irreversíveis (BECK, 2011). Apesar de o caráter imperceptível, imprevisível e, possivelmente, irreversível dos riscos da modernidade tardia ser produto do caráter indesejável de qualquer abordagem fundada em riscos, esse aspecto encontra também fundamento na diversidade de causas e de

culpados própria desse contexto, que dificulta a identificação do nexo de causalidade e escapa dos meios clássicos de responsabilidade.

Esses riscos também são transnacionais em seu caráter e em suas consequências, em outros termos, os novos riscos escapam das clássicas estruturas de competência nacional, uma vez que têm o potencial de atravessar fronteiras e afetar as próprias estruturas de seu fomento (BECK, 2011). Esse caráter democrático dos riscos globais e seu potencial de afetar a própria estrutura de seu fomento, também nominado de efeito bumerangue, conferem unidade de trato a vítimas e culpados, afetando aspectos existenciais da pessoa, mas também detêm aptidão de ocasionar prejuízos patrimoniais. Esse pretense efeito bumerangue pode ser observado na possibilidade de zonas privilegiadas converterem-se em zonas de risco, diante do ampliar dos riscos e, por consequência lógica, dos custos para seus meios de escape (BECK, 2018).

O ampliar dos custos de prevenção também interage com outra característica dos riscos da modernidade tardia, qual seja, o potencial de ampliar as desigualdades sociais, sejam estas observadas no âmbito nacional, sejam no âmbito internacional (BECK, 2011). Esse último caráter dos riscos é oriundo da maneira de distribuição de riscos, que tende a variar de acordo com os meios de escape, especialmente com o capital e a informação. Não apenas o custo dos meios de escape contribui para essa distribuição variável de riscos, mas também a possibilidade de a precariedade material subjugar os riscos (BECK, 2011).

Nessa ordem de ideias, a escassez e o medo da fome têm a aptidão de sobrepor o medo dos riscos por intermédio da negação ou da apatia, deixando a alternativa de transformação em segundo ou, talvez, em nenhum plano. Pode-se exemplificar os riscos da modernidade tardia naquelas previsões de catástrofes ambientais, com destaque especial para aquelas oriundas de acidentes nucleares ou de mudanças climáticas, de crises, de terrorismos e de mercantilização do trabalho.

A condição dos riscos da modernidade tardia, bem como as novas formas de danos surgidos nessa fase da modernidade, já conduziu a certas propostas de ressignificação da responsabilidade civil, nas quais é sugerido ampliar o conceito de dano e incluir no mesmo a compensação pelo risco de um grave prejuízo, como se pode extrair da construção teórica de Lopez (2010). Em outra releitura realizada por Carrá (2015), sugere-se ampliar o conceito de dano, assim, admitir-se-iam a reparação dos danos sociais e as penas civis, sem necessitar alterar a noção ordinária de responsabilidade civil, entenda-se, responsabilidade civil reparatória.

Na modernidade tardia, a imperceptibilidade dos riscos, bem como a diversidade de causas e de culpados de eventos danosos, também induziu à formação de construções teóricas

que almejam reler o conceito de nexo de causalidade, no tocante à teoria da causalidade adequada, para viabilizar as reparações oriundas dos riscos do desenvolvimento, consoante a proposta de Menezes, Coelho e Bugarim (2011). A sociedade de riscos não corroborou apenas o repensar de certos elementos da responsabilidade civil, mas a releitura da própria definição de responsabilidade e de suas funções, induzindo propostas teóricas que vão além da reparação e permitem encorajar medidas de segurança por parte dos possíveis ofensores, como se pode extrair do sistema de responsabilidade proposto por Rosenvald (2017).

A maioria dessas compreensões, apesar de avançar no debate do direito na sociedade de riscos, fundamenta a ressignificação da responsabilidade civil em uma compreensão parcial dessa segunda fase da modernidade, que se trata do prisma dos riscos. Em outros termos, a maioria das ressignificações da responsabilidade civil tem seu esteio no prisma dos riscos, todavia, esse é apenas um dos meios ou métodos de se compreender a modernidade tardia, havendo também os processos de individualização e padronização. Nessa ordem de ideias, não é só a produção de novos riscos que detém significância para a dogmática cível, mas também a maior dependência agravada da pessoa ao mercado, ao direito, à educação, entre outros contextos onde essa dependência possa vir a se agravar.

A individualização e a padronização são processos ocorridos nas sociedades ocidentais. O primeiro desses não é uma descoberta da segunda metade do século XX, mas nesse momento se intensifica, instaurando uma nova forma de socialização, ou seja, uma nova relação entre indivíduo e sociedade (BECK, 2011). Como já se versou no início do presente capítulo, o processo de individualização é correlato ao recurso por soluções individuais na concretização de direitos, em especial daqueles de cunho social, uma vez que suprime os custos políticos para instauração e manutenção desses direitos, sendo esses custos representados na participação política do povo. Nesse contexto, certas propostas, como a constitucionalização simbólica (NEVES, 1996), adquirem relevância por sua consequente propensão de respaldar movimentos e organizações sociais com fito de realização dos valores.

Não só as soluções individuais têm relação com tal processo das sociedades ocidentais; nos termos de Beck (2011), esse processo de individualização advém das transformações no âmbito das famílias, do trabalho, da educação e dos papéis de gênero. As escolhas tradicionais, no âmbito da família, da classe social ou dos papéis de gênero, tendem a ser sobrepostas por outras. Nesse ponto, há de se advertir que a individualização não se confunde com processos bem-sucedidos de emancipação, mas também não se nega essa possibilidade. A definição de individualização, desenvolvida por Beck (2011), busca destacar

que as trajetórias de vida tradicionais são substituídas por trajetórias padronizadas, algo bem distinto de um processo de emancipação bem-sucedido.

Nessa ordem de ideias, pode-se exemplificar certas mudanças que permitiram tal alteração nas biografias, como a flexibilização da jornada de trabalho e do ambiente de trabalho, assim como a proliferação de subocupações. Pode-se exemplificá-las também pelo surgimento de formas de vida extrafamiliares, bem como pelo instaurar de um intercâmbio afetivo regulado e revogável no âmbito das famílias. Longe de conferir um juízo de valor sobre tais mudanças sociais, Beck (2011) só almeja indicar os efeitos inerentes a tais mudanças, uma vez que, a partir dos exemplos anteriores, os indivíduos poderiam ter fragilizado o arrimo da família e da classe social a ponto de o próprio indivíduo se tornar unidade do social no mundo.

O processo de padronização, por sua vez, é produto da fragilização, para não dizer da ausência das trajetórias tradicionais de vidas. Dito de outra forma, a individualização promove a padronização, uma vez que o arrimo da classe ou das famílias, por exemplo, será substituído pela dependência do mercado, da educação e do direito. Apesar de, possivelmente, livre da imposição das biografias tradicionais, a vida individualizada apresentar-se também “dependente de circunstâncias e condições que escapam inteiramente ao seu controle” (BECK, 2011, p. 194), tornando o próprio indivíduo a forma mais avançada de socialização dependente do mercado, do direito e da educação.

O processo de individualização já foi objeto de estudo no âmbito dos serviços de saúde nacionais, tendo-se encontrado indícios de processo no discurso de profissionais e de destinatários dos serviços de saúde da região metropolitana do sul do país, por intermédio de análises qualitativas (GOMES; RAMOS, 2014). Esse processo de individualização, intensificada nessa fase da modernidade, também se encontra agravado no âmbito da saúde nacional, em decorrência da forma de instrução ordinária da efetivação do direito de acesso à saúde. Em outros termos, a individualização na saúde é agravada pelo recurso de soluções individuais na efetivação do direito de acesso à saúde (CARON; LEFÈVRE; LEFÈVRE, 2015), que deixa um montante significativo de pessoas sem acesso a tais serviços, já reputados essenciais para a tutela dos direitos da personalidade.

A provável tendência desse paradoxal contexto – composto pela proliferação de riscos, pela dependência da pessoa, pela concorrência entre ordens jurídicas e pela inefetividade dos direitos – é a exigência de novas demandas das instituições sociais, bem como a plausibilidade de que essas demandas, com destaque para aquelas solvidas pelo direito, sejam concretizadas apenas para uma fração decrescente da população. Nesse cenário, o descrédito

dos direitos é a projeção de um futuro não tão distante e marcado pela quebra generalizada de expectativas do direito, do mercado e da educação. Uma interessante solução, para tanto, está no incentivo à ampla participação política do povo, na instauração de movimentos políticos que tencionem revigorar a responsabilidade pelas escolhas democráticas. A participação da sociedade civil, malgrado detenha significativa importância no âmbito do legislativo e executivo ou, pelo menos, idealmente, deveria deter, também pode encontrar espaço no âmbito dos processos coletivos, já tendo inúmeras manifestações de sua possibilidade, seja na saúde, seja na responsabilidade civil.

Uma vez contextualizada a [in]efetividade do direito de acesso à saúde na modernidade tardia, há de se explicitar o conteúdo desse direito, evitando-se possíveis impropriedades de uma linguagem setorial pouco rigorosa. Na abordagem temática da saúde, há de conjugar a racionalidade científica com a social, visto que a saúde, além de condição prévia de vida e de sobrevivência, é também um valor cultural altamente estimado (BECK, 2011). Nessa ordem de ideias, na tomada de decisões, sobre a concretização da saúde e sobre os riscos à saúde humana, não se pode ter por arrimo apenas razões científicas, mas se deve correlacioná-las também com fundamentos de cunho social. No meio jurídico nacional, podem-se encontrar abordagens interessantes sobre a saúde e que guardam certa conexão com o aspecto social na medida em que propõem construção histórica do direito de acesso à saúde, sem descuidarem de sua interação sistêmica com os demais direitos, instaurando uma concepção dinâmica para seu conteúdo (SCHWARTZ, 2001).

Em outra perspectiva, a abordagem da saúde não se resume a um aspecto negativo; logo, não pode ser definida como a mera ausência de doenças (GODINHO, 2016). Esse ampliar da definição de saúde, para além da ausência de enfermidades, encontrou, há muito, adesão na *World Health Organization* (WHO) [Organização Mundial da Saúde (OMS)] (WHO, 1978), propondo-se um estado de completo bem-estar físico, mental e social. Tal definição de saúde, nominada de conceito de qualidade de vida, encontrou certa aprovação na pesquisa jurídica nacional, como se pode extrair de sua veiculação nos trabalhos de Buss (2000), Farias (2018), Magalhães (2008), Mendes (1996) e Scaff (2010). Há também uma perspectiva conexa ao conceito de qualidade de vida e, em certa medida, já desenvolvida, que propõe a inseparabilidade da saúde dos direitos da personalidade, como bem destacam Oliveira, Diniz e Costa (2017).

Essas formas de compreensão do direito de acesso à saúde não diminuem ou negam a compreensão da saúde, enquanto direito social de previsão expressa no art. 6º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) (BRASIL, 1988). Existem

pesquisas que optam por conceituar o direito à saúde como apenas um direito social, uma vez que essa condição já seria suficiente para respaldar sua significância, seja no âmbito público, seja no privado, como se pode extrair dos trabalhos de Carneiro (2013) e Ciarlini (2013). O direito de saúde também pode ser pensado como um gênero, dentro do qual também se encontra o direito sanitário, diga-se, a tutela da saúde no âmbito administrativo (VASCONCELLOS, 2009). Apesar de o direito de saúde não se limitar ao direito sanitário, este não pode ser esquecido, especialmente em períodos de crise de saúde pública.

Pode-se, no intento de simplificar essa exposição, aproveitar a definição de saúde ofertada por Perlingieri (2008), uma vez que conjuga, dentro do possível, aspectos das compreensões anteriores. Nos termos do autor da metodologia civil constitucional, a saúde é essencial à tutela da integridade física, mas sua essencialidade não se resume a esse direito da personalidade, detendo significância para todos os meandros da integridade psicofísica da pessoa, bem como para a realização de sua personalidade ou, caso se prefira, para o livre desenvolvimento de sua personalidade. Em outros termos, a saúde não constitui apenas uma posição jurídica perante o Estado atinente a questões estritamente sanitárias, mas também está presente nas relações entre particulares, quando estas são atinentes a fatores sanitários, comportamentais, sociais e/ou ambientais.

2.2 CERTOS ASPECTOS DA ORDINÁRIA REPARAÇÃO E DA CONTROVERTIDA RETRIBUIÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE

2.2.1 A Objectivação dos Contratos na Saúde Privada Nacional e a Admissibilidade de Imputações de Responsabilidade Reparatória com e sem Análise do Elemento Volitivo das Operadoras de Planos de Saúde por Danos Morais

O processo de *objectivação* representa uma tendência de produção de efeitos dos contratos independentes da vontade. Em outros termos, a relação jurídica contratual surge e produz efeitos não apenas nas situações de declarações de vontades válidas, mas também nas hipóteses de *contacto social* entre as partes dessa mesma relação (ROPPO, 2009). Considera-se por *objectivação* dos contratos – empregando, neste momento, os termos que Lôbo (2018) utiliza para definir essa tendência das relações contratuais – a produção de efeitos independentes da vontade, pois, nos contratos de massa, a produção de efeitos seria consequência da conduta de um dos contraentes, e não de sua vontade.

Os efeitos da *objectivação* dos contratos podem ser observados, exemplificativamente, na impossibilidade de um consumidor de serviço de transporte público se eximir de sua prestação com alegação que se enganou ou invalidar o contrato, por não ser pessoa civilmente capaz (LÔBO, 2018). As conclusões extraídas desses exemplos poderiam ser também justificadas para certos teóricos no instituto do ato-fato jurídico (MELLO, 2000), não havendo necessidade de se recorrer à supracitada tendência dos contratos. Em outros termos, essas ações humanas desprovidas de vontade consciente, mas detentoras de efeitos jurídicos, poderiam também encontrar previsão no instituto do ato-fato jurídico, impossibilitando sua invalidação.

Inclusive, deve-se destacar uma variação quantitativa na ocorrência dessas situações, o que, no passado, era acontecimento ordinário – produção de efeitos pela declaração de vontades válidas – e, na atualidade, mostra-se de número inferior àquelas ocasiões oriundas de *contactos sociais*, podendo, a título de exemplo, cogitar-se a redução das relações cíveis em detrimento da ampliação das relações de consumo. Mostra-se suficiente pensar na rotina de cada indivíduo, calculando-se “[...] quantas relações são civis puras e quantos negócios estabelecidos ou que nos cercam são de consumo, será percebido que os últimos prevalecem com larga margem de vantagem” (TARTUCE, 2011, p. 76).

Em que pese a ausência de estudo empírico para corroborar a tese da prevalência das relações jurídicas de consumo em detrimento daquelas puramente cíveis, a doutrina, especialmente no âmbito da dogmática, também sustenta essa afirmação a partir de um confronto entre o domínio de vigência das normas jurídicas que qualificam as relações como de consumo e aquelas que adjetivam as relações como cíveis. Com fundamento nesse confronto entre os domínios de vigência dessas normas, pode-se afirmar que a regulação do Código Civil (CC) para os negócios jurídicos, antes central e praticamente exclusiva na regulação das relações entre particulares, detém, atualmente, incidência residual, acessória ou menor, quando comparada ao amplo domínio do Código de Defesa do Consumidor (CDC) (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019). O CDC, portanto, adquiriu significativa importância no atual contexto nacional ao regular um número significativo de relações jurídicas, seja em razão de seu amplo domínio de vigência, seja por sua expressiva efetividade.

O *contacto social*, por sua vez, representa um complexo de circunstâncias e comportamentos, valorado de maneira socialmente típica, por meio do qual se realizam operações econômicas e transferência de riquezas entre sujeitos (ROPPO, 2009). Nesses termos, não basta qualquer modalidade de valoração social desses comportamentos e

circunstâncias, devendo haver alguma espécie de atribuição legal, ainda que genérica, tanto a esses comportamentos e circunstâncias para que possam ser fontes de relações jurídicas quanto a seus efeitos e formas de responsabilização.

Cumpra-se rememorar que o processo de *objectivação*, seja no âmbito dos contratos, seja no da subsequente responsabilização pelos riscos do não cumprimento ou dos danos, não representa um injusto privilégio do contraente beneficiado pelo mesmo, posto que esta tendência é produto de consensos em espaços públicos, os quais tencionam representar também certas necessidades da moderna organização da produção e dos mercados. Essas necessidades da atual organização de produção e dos mercados podem ser representadas no decisivo fator de racionalização e de economicidade da atuação empresarial, que se concretiza, primordialmente, por meio dos contratos *standard* (ROPPO, 2009). Nessa espécie contratual, um dos contraentes, geralmente o mais organizado e com maior poderio econômico, determina de maneira prévia os termos do negócio, enquanto os outros contraentes apenas negam ou aceitam o negócio jurídico, representando uma das mais graves maneiras de restrições da liberdade contratual.

A serventia em tais restrições da liberdade está na possibilidade de se cogitar uma abstração dos riscos da atividade empresarial, dotada de superior especificidade ao se identificarem certos ativos e passivos no balanço da empresa, em razão da imposição unilateral de negócios jurídicos com conteúdo homogêneo (ROPPO, 2009). Dessa forma, a atividade empresarial pode identificar de maneira mais segura seus possíveis custos, ampliar sua competitividade e sua presença no mercado com o intento de assegurar, probabilisticamente, a lucratividade, mas, para tanto, deve negar aos demais contraentes a real influência nos termos do negócio, restando aos diversos consumidores e aderentes a mera possibilidade de aceitar ou recusar a contratação.

Essas restrições à liberdade negocial, apesar de admitidas pela maioria das ordens jurídicas em razão de sua utilidade econômica, também acabou por atrair um tratamento diferenciado daquele veiculado pela dogmática cível clássica. No geral, esses regramentos são produto de determinações legais. Na experiência jurídica nacional, foi conferido trato específico para as relações jurídicas instruídas por contratos *standard* pela previsão das figuras do aderente nos arts. 423 e 424 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002) e do consumidor no art. 2º da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b).

No mercado nacional de planos de saúde, pode-se observar o corriqueiro recurso aos contratos de adesão (AQUIAR JÚNIOR, 2000), uma vez que a exigência de racionalização

das atividades econômicas também influi sobre o mesmo, tornando a *objectivação* dos contratos uma interessante alternativa para tal necessidade. No que tange às relações entre segurados e operadoras de planos privados de assistência à saúde, pode-se observar os efeitos dos consensos que instruíram a valoração de regramentos distintos para essas modalidades de negócios jurídicos de previsão na Lei nº. 9.656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998), Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b) e/ou Lei 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), a depender do caso analisado.

Pode-se citar, a título de exemplo, algumas das exigências específicas impostas pelo ordenamento jurídico nacional a essa modalidade de relação jurídica, quais sejam: a) A autorização para funcionamento das Operadoras de Planos de Saúde com o cumprimento dos requisitos do art. 8º da Lei nº. 9.656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998); b) A demonstração da viabilidade econômico-financeira dos planos privados de assistência à saúde oferecidos nos termos do art. 8º, VI, da Lei nº. 9.656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998); c) A obrigatoriedade da Nota Técnica de Registro de Produto (NTRP) atestada por atuário registrado no Instituto Brasileiro de Atuária (IBA), pormenorizando a formação de preços dos planos de saúde nos termos do art. 2º da Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) de nº. 28 (BRASIL, 2000), salvo na hipótese de planos exclusivamente odontológicos e aqueles com formação de preço pós-estabelecido; e d) A constituição, vinculação e custódia dos ativos garantidores das Provisões Técnicas, como determinado pela Resolução Normativa (RN) nº. 227 (BRASIL, 2010d).

No âmbito da saúde privada, a *objectivação* dos contratos também pode ser cogitada a partir de certas decisões do STJ, segundo as quais não pode haver limitação quanto ao tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura de doença coberta pelo contrato de plano de saúde, como se pode extrair dos REsp nº. 668216/SP (BRASIL, 2007b), AgInt no AREsp nº. 1100866/CE (BRASIL, 2017m), AgInt no REsp nº. 1739747/SP (BRASIL, 2018i), AREsp nº. 1444103/SP (BRASIL, 2019b), REsp nº. 1799381/CE (BRASIL, 2019c) e AREsp nº. 1507020/RS (BRASIL, 2019f).

Nesses julgados, o efeito jurídico do contrato de plano privado de assistência à saúde, qual seja, a impossibilidade de se limitar a modalidade de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura de doença coberta, é produzido independente da vontade manifestada nesse contrato de massa, uma vez que essa vontade representa mera

abstração nessa espécie de contrato. Dessa forma, o efeito jurídico é consequência daquilo que socialmente se espera da conduta de um dos contraentes.

Nesses tratamentos específicos, por vezes, também se autorizaram alterações nas clássicas formas de repartição de ameaças, tanto no que se refere ao risco de não cumprimento do contrato quanto à hipótese de produção de danos, optando-se pela chamada responsabilidade objetiva em detrimento daquela de cunho subjetivo. Inicialmente, a responsabilidade objetiva do devedor pode ser compreendida como:

[...] fundada não sobre a culpa, mas sobre o risco, e podemos acrescentar sobre o *risco de empresa*: ele responde por todos os factos, mesmo os não culposos que se manifestem na esfera da sua organização e da sua actividade empresarial. Esta organização e esta actividade são a fonte dos seus lucros: é justo e racional – pela fundamental conexão proveito-risco – que sobre ele recaiam todos os riscos que, no âmbito e por causa das mesmas se produzem (mas já não é justo nem racional que lhe sejam atribuídos *riscos estranhos* à sua esfera organizativa [...]) (ROPPO, 2009).

No que concerne à responsabilidade civil, com destaque para aquela de cunho contratual, os processos de *objectivação* atuam ao se instruir uma definição distinta de culpa ou, até mesmo, na supressão da noção de culpa para a subsequente imputação judiciária, tangenciando, inclusive, a hipótese de uma responsabilidade por fortuito interno – analisada na seção 2.2.5. Esse sistema de repartição de riscos, oriundo de uma gradativa *objectivação* das relações entre particulares, distancia-se das clássicas definições nacionais do conceito de culpa, como aquela que orientou a redação do art. 159 da Lei nº. 3071/16 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 1916), sendo esse texto normativo reproduzido com pequenas modificações pelo art. 186 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002).

A reprodução do teor desses dispositivos confirma a similaridade entre si, como se pode vislumbrar pela comparação desse texto do Código Beviláqua – “Art. 159. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, **ou** causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano” (BRASIL, 1916, grifo nosso) – com aquele do Código Reale – “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, **ainda que exclusivamente moral**, comete ato ilícito” (BRASIL, 2002, grifo nosso).

A definição de culpa, em uso técnico desenvolvido pelo próprio redator do Código Civil de 1916, é possivelmente um dos pontos de partida sobre o qual se desenvolveram essas previsões legais em âmbito nacional, uma vez que a culpa já era representada na figura da violação de dever preexistente pelo agente, a qual, em decorrência de negligência ou

imprudência do mesmo, infringe direito alheio ou causa prejuízo a outrem (BEVILÁQUA, 1977). As ligeiras modificações no teor desses dispositivos – especificamente a substituição do conectivo “ou” pelo “e”, assim como a positivação independente da responsabilidade civil por danos morais – não impedem que se verifique um mínimo de similaridade entre esses, sendo a primeira modificação conexa com a temática da responsabilidade civil sem dano – mais à frente analisada na seção 2.2.4.

O processo de *objectivação* da responsabilidade civil também não há de ser confundido com a situação intermediária da culpa presumida. Esta última não está afeita ao direito substancial ou material, mas representa uma alternativa processual para atender às necessidades de um determinado direito material. Nesses termos, a responsabilidade civil com culpa presumida é uma hipótese de inversão do ônus da prova em favor do vitimado pelo dano, todavia, essa presunção é relativa, sendo afastado o dever de indenizar caso se comprove a ausência de culpa (LIMA, 1938). O processo de *objectivação* da responsabilidade civil, apesar de se vincular a inúmeras espécies de relações entre particulares, não deve ser compreendido nos moldes de uma absoluta substituição ou fim dessas outras formas de repartição de riscos, mas há de ser entendido na condição de uma coexistência dessas sistemáticas de caráter subjetivo, objetivo e até de presunção de culpa.

Nas abordagens gerais da responsabilidade em relações de consumo, basta indicar que a sistemática consumerista nacional de repartição de riscos é, via de regra, objetiva, consoante o que se encontra consubstanciado nos arts. 12 – fato do produto – e 14 – fato do serviço – da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b). Essa responsabilidade objetiva, seja pelo fato do produto, seja pelo do serviço, é a regra geral de aplicação para as relações consumeristas em oposição à sistemática do Código Civil, no qual a responsabilidade por danos, via de regra, é de natureza subjetiva pelo teor dos arts. 186 – responsabilidade extracontratual – e 392 – responsabilidade contratual – da referida Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002).

Dessa forma, seria suficiente apresentar a exceção à responsabilidade civil objetiva do sistema consumerista nacional, sendo essa exceção representada na responsabilização pessoal dos profissionais liberais, prevista no art. 14, § 4º, da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b) e de natureza subjetiva. Sem embargo a exposições dessa natureza, esta pesquisa optou, como já referendado na introdução, por delimitar seu objeto para a hipótese de responsabilização extrapatrimonial das operadoras de planos de saúde, o que demanda comentários específicos sobre a responsabilidade na saúde privada.

Na saúde privada, o ideal de segurança social não apenas corroborou a elaboração de leis especiais e diversas normativas administrativas, mas também instruiu uma significativa severidade jurisprudencial, notadamente nas situações de danos decorrentes de atos cirúrgicos, sendo esta verificada nas interpretações que reconhecem a responsabilidade solidária e objetiva das operadoras de planos de saúde, bem como no ideário de presunção de culpa dos agentes de saúde. Os efeitos dessa tendência são, inclusive, dotados de maior evidência na saúde privada, diante da necessidade social de segurança. Esse ideal de segurança corroborou a elaboração de previsões legais específicas, mas também de entendimentos jurisprudenciais viabilizadores de uma responsabilização pelo risco da atividade, sem falar sobre as exigências de fundos de garantia e de seguros de responsabilidade (MONTEIRO, 2003).

O crescente poder médico e uma certa proliferação de incidentes cirúrgicos não naturais são exemplos das razões para o optar dos sujeitos legitimados e competentes pelo tratamento protetivo ao destinatário desses serviços, o que induz, por vezes, o recurso dos prestadores de serviços, sendo eles médicos, hospitais ou operadoras, à útil, mas por vezes perigosa, securitização por danos oriundos de sua atividade, posto que esse artifício amplia o custo nos serviços de saúde, bem como podem instruir a não responsabilização do ofensor. A securitização dos danos na prestação do serviço de saúde é tema controvertido: existem argumentos favoráveis à substituição da responsabilidade civil individual do médico pelo seguro, mas também objeções a tal proposta, diante do risco de reduzir a qualidade desses serviços (AGUIAR JÚNIOR, 2000). Sobre o problema do seguro obrigatório dos serviços de saúde, Scaff (2010, p. 149) informa que este é visto da seguinte maneira:

Visto por alguns como solução definitiva, de nossa parte entendemos que se trata meramente de um remédio complementar, que não elimina o papel da intervenção judiciária, uma vez que a sua instituição de modo universal e compulsório traria também efeitos colaterais e indesejáveis, representados pelo aumento relevante das despesas gerais da saúde – uma vez que os custos dos próprios agentes seriam inflados com o pagamento dos prêmios devidos –, bem como serviria de possível desestímulo à diferenciação dos bons e maus fornecedores de serviços médicos todos igualados por parâmetros de apreciação de competência demasiado generalizantes e que seriam necessariamente utilizados na fixação das características do seguro compulsório.

Disso não se extraia que a imposição de seguro obrigatório ou o incentivo ao seguro facultativo restaria inviabilizada/o, mas que não se pode abdicar de adequada responsabilização dos sujeitos sociais, ainda que instituída a securitização da saúde. Nessa

ordem de ideias, essa pretensa solução, quando aplicada sem a responsabilização dos profissionais e empresas, tem a aptidão de conferir trato idêntico aos maus, medianos e excelentes prestadores de serviço.

Antes de adentrar nessa primeira situação apresentada, diga-se, superior severidade jurisprudencial e doutrinária na responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde, há de se solver a questão da aplicação, exclusiva ou não, da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b) no responsabilizar das mesmas operadoras. Mesmo após a vigência da Lei nº. 9.656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998), ainda há propostas que dão a entender a manutenção da exclusividade do Código setorial das relações de consumo, no que tange especificamente à responsabilidade civil das operadoras perante os destinatários. Um exemplo de tais propostas está na pesquisa de Loureiro (2007), na qual esse autor opta por uma ampla definição de fornecedor, incluindo nesse conceito também as entidades sem fins lucrativos.

A responsabilização das pessoas jurídicas atuantes na saúde privada nacional, entenda-se, os complexos hospitalares, laboratórios, operadoras de planos ou seguros saúde, era submetida aos termos da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b), ainda que de maneira subsidiária para as operadoras, tendo por esteio o art. 35-G da Lei nº. 9.656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998). Essa compreensão predominou por largo período no STJ, dando ensejo à edição do, hoje já cancelado, enunciado nº. 469 da súmula de jurisprudência deste tribunal, que reproduzia de maneira sintética a seguinte regra geral: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde” (BRASIL, 2010g). Nesses termos, observa-se que o enunciado versava especificamente para a hipótese das operadoras de planos privados de saúde, e não de qualquer pessoa jurídica atuante no mercado nacional de saúde privada, em decorrência de essas operadoras deterem normativa especial extraída da Lei nº. 9.656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998).

Esse entendimento não tardou para ser excepcionado nas situações envolvendo planos privados de saúde administrados por entidades de autogestão, como se pode extrair dos REsp nº. 1121067/PR (BRASIL, 2012a), REsp nº. 1285483/PB (BRASIL, 2016d), REsp nº. 1644829/SP (BRASIL, 2017b), AgInt no AREsp nº. 943838/SP (BRASIL, 2017e), REsp nº. 1673366/RS (BRASIL, 2017f), AgInt no REsp nº. 1563986/MS (BRASIL, 2017i) e AgInt no REsp nº. 1358893/PE (BRASIL, 2017l). No âmbito da doutrina, também se cogitava a condição excepcional dos planos de saúde administrados por entidades de autogestão, uma

vez que essas não buscam lucro e representam sistemas fechados destinados exclusivamente para um determinado público de beneficiários; não estão, nesses termos, disponíveis no mercado de consumo (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019).

A reiteração dessa exceção acabou por exigir o cancelamento do enunciado nº. 469 da súmula da jurisprudência do STJ, bem como a redação do enunciado nº. 608 que confere condição distinta às empresas de autogestão em saúde, de acordo com o qual “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão (BRASIL, 2018d). No que se refere às demais operadoras, diante da disposição de seus serviços no mercado de consumo, os recentes julgados do STJ têm aplicado o código setorial das relações de consumo de forma subsidiária nos termos do art. 35-G da Lei nº. 9656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998), como se pode extrair dos REsp nº. 1632752/PR (BRASIL, 2017h), REsp nº. 1679190/SP (BRASIL, 2017j), REsp nº. 1680045/SP (BRASIL, 2018a), REsp nº. 1708317/RS (BRASIL, 2018c), AgInt no REsp nº. 1676857/CE (BRASIL, 2018h), EAREsp nº. 988070/SP (BRASIL, 2018j) e REsp nº. 1712163/SP (BRASIL, 2018k). Impende destacar que esses julgados empregaram os critérios de cronologia e especialidade para tais decisões.

Nesses termos, pode-se sintetizar que a atual normativa reguladora das operadoras de planos de saúde é a Lei nº. 9656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998), que, em razão de sua especialidade, passou a ser empregada, na maioria das situações, para essas espécies de relações jurídicas, sendo admitida aplicação subsidiária da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002) ou da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b) para a responsabilidade civil das entidades de autogestão e demais operadoras, respectivamente.

Uma vez desenvolvida a questão da normativa aplicável para a responsabilidade civil nas relações entre operadoras e destinatários dos serviços, pode-se seguir para a análise do sistema de repartição de riscos de dano dessa relação contratual. A primeira visão sobre a temática propõe a responsabilização objetiva das operadoras, sejam estas de planos, sejam de seguro-saúde. É possível se cogitar, inclusive, que essa primeira posição propõe a aplicação de tal sistema de repartição de riscos para todas as pessoas jurídicas, pouco importando se representem atividade empresarial, sociedades civis ou associações profissionais.

Os argumentos dessa primeira visão, como bem destacou Kfoury Neto (2013) antes de apresentar suas objeções à responsabilidade objetiva do hospital, são: a) o sistema de repartições de riscos do código setorial das relações de consumo foi pensado para ser objetivo; b) há a possibilidade de regresso da pessoa jurídica contra o agente de saúde; e c) é

vantajoso para o consumidor demandar a pessoa jurídica, diante de sua maior capacidade econômica para a reparação. Mesmo após mudanças jurisprudenciais, ainda há certa adesão a essa compreensão, que propõe a responsabilização objetiva da pessoa jurídica ou, pelo menos, do hospital, como se pode extrair dos comentários de Denari (2019, p. 256), um dos autores do anteprojeto desse código setorial, o qual pode ser reproduzido a seguir:

Não se pode receber sem *granum salis* a decisão da 4ª Turma do STJ, que estendeu a prerrogativa da responsabilidade subjetiva, dependente de comprovação da culpa, própria dos médicos e demais profissionais liberais, ao respectivo hospital. A nosso aviso, a responsabilidade dos hospitais, mesmo no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou estejam ligados por convênio, é objetiva, e não subjetiva [...].

Este último autor ressalta que o § 4º do art. 14 da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b) supõe a contratação autônoma de um profissional liberal pelo consumidor, ou seja, presume um contrato negociado, e não um imposto por um dos contraentes, sendo possível a submissão de ambas as modalidades aos termos desse código setorial. Compreenda-se por contratos negociados uma modalidade aproximada àqueles contratos do âmbito civil, portanto, confere liberdade de disposição para todos os contraentes, uma vez que não há imposição de vontade de um dos contraentes sobre o outro.

Nessa ordem de ideias, a responsabilidade civil, nas contratações autônomas de profissionais liberais, haveria de ser regida pelo § 4º do art. 14 da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b); logo, exigir-se-ia a demonstração de culpa para a reparação de danos. Por sua vez, o sistema de repartição de riscos, ínsito aos contratos de adesão e às relações com pessoas jurídicas prestadoras dos serviços de saúde privada, seria de normatização objetiva nos termos da regra geral desse código. Para Denari (2019), também não haveria sentido no recurso à distinção entre obrigações de resultado e obrigações de meio no regramento da responsabilidade civil do profissional liberal nas relações de consumo, uma vez que tal tratamento advém da condição pessoal – *intuitu personae* – das obrigações assumidas por tais profissionais.

Também com a possibilidade de se deduzir um sistema objetivo, pode-se partir da disparidade entre as partes do negócio jurídico, expressa na vulnerabilidade e na possível hipossuficiência do destinatário dos serviços de saúde, atraindo o regramento do protetivo do CDC para responsabilizar hospitais e pessoas jurídicas em geral pelos danos causados por seus agentes de saúde, sejam esses empregados, sejam conveniados (LOPEZ, 1999). A

responsabilidade contratual subjetiva restaria afastada pela previsão legal de responsabilidade pelos riscos da atividade. O risco de danos produzidos pelos agentes de saúde, empregados ou conveniados, poderia ser incluído no conceito de risco da atividade, portando, deve recair sobre o fornecedor, e não sobre o consumidor dos serviços de saúde.

A significância dessa primeira compreensão, hoje um tanto esquecida, já permitiu asseverar que a solução ordinária residia na aplicação de uma responsabilidade sem exigência de culpa no âmbito da saúde privada, em decorrência do processo de *objectivação* da responsabilidade civil, a partir do qual os destinatários dos serviços médicos receberiam um trato diferenciado (SCAFF, 2010), fosse por previsão legal, fosse por previsão jurisprudencial. Apesar da certa adesão a essa primeira visão da responsabilidade civil das pessoas jurídicas, dentre as quais se encontram as operadoras, não se pode furtar de apresentar entendimentos diversos.

Esses demais entendimentos sobre a responsabilização das operadoras de planos e seguros de saúde foram identificados de maneira genérica nesta pesquisa, sob a denominação de uma segunda compreensão da temática. Essa segunda compreensão também é correlata do processo de *objectivação* da responsabilidade civil, mas os limites desse processo são observados de forma mais nítida em tal proposta de compreensão da responsabilidade civil na saúde privada.

Nessa ordem de ideias, pode-se cogitar espaços atinentes à análise do elemento volitivo do agente até nas relações de consumo da saúde privada nacional, dado que essa tendência não representa uma substituição absoluta da responsabilidade subjetiva por aquela sem análise do elemento volitivo. Essa segunda compreensão admite certas exceções para a responsabilização das operadoras ou, até mesmo, para as demais pessoas jurídicas prestadoras dos serviços de acesso à saúde, nas quais haverá uma solução intermediária entre a imputação judiciária com análise da culpa do agente e a sistemática objetiva de repartição de riscos.

Em outros termos, as modalidades de responsabilização objetiva das pessoas jurídicas atuantes na saúde privada nacional é um tema no qual se encontram certas variações no âmbito da doutrina e jurisprudência. Em certas situações, há uma “pura” responsabilidade objetiva das operadoras e demais pessoas jurídicas, todavia, há uma responsabilidade objetiva impura ou indireta para outras hipóteses.

No intento de simplificar esta exposição, pode-se recorrer ao clássico exemplo dos serviços privados de saúde prestados por uma clínica e seus médicos a um paciente. Nesse caso, é possível observar a coexistência de diversas relações contratuais representadas no vínculo entre “paciente e médico”, “paciente e clínica”, bem como entre “médico e clínica”.

Na relação entre destinatário e clínica, aludia-se à formação de um contrato de hospedagem peculiar, para o qual respondia objetivamente a clínica, mas também respondia a clínica solidariamente pelos danos ocasionados na terapêutica médica (TEPEDINO, 2006b). Apesar da inteligibilidade do presente exemplo, esse não esgota todas as possibilidades de variação dos sistemas de responsabilidade das pessoas jurídicas na saúde privada; logo, exigem-se mais comentários a respeito.

A responsabilidade objetiva “impura” ou “indireta” é uma das duas prováveis variantes da repartição de riscos de dano nessa segunda forma de compreender a responsabilidade civil das operadoras na ordem jurídica nacional. Essa hipótese, responsabilidade objetiva impura das operadoras de planos privados de saúde, é correlata da atuação de seus profissionais liberais ou, até mesmo, de qualquer de seus empregados e prepostos, quando submetidos ao regramento da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b) ou da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), respectivamente.

Dentre as diversas relações jurídicas conexas com os serviços privados de saúde, aquela entre o destinatário dos serviços e o agente de saúde será regida por um sistema subjetivo de repartição de riscos, caso o agente de saúde seja demandado pessoalmente pelo destinatário. Em outros termos, a responsabilização pessoal dos médicos e demais agentes de saúde exige a demonstração do elemento volitivo da ação ou omissão, desde que esses sejam considerados profissionais liberais. Essa compreensão, entenda-se, a exigência de demonstração do elemento subjetivo do agente de saúde para sua responsabilização, aparentemente se propõe a repartir os riscos do exercício da medicina (AQUIAR JÚNIOR, 2000), diante da essencialidade de tal mister.

Na pesquisa de Loureiro (2007), reconhece-se a regra geral da responsabilidade subjetiva do médico, quando este é pessoalmente demandado, sendo admissível a inversão do ônus da prova consoante o regramento do código setorial das relações de consumo. Também no sentido de só responsabilizar subjetivamente os médicos, pode-se dizer que a obrigação assumida é de meio, e não de resultado, uma vez que esses profissionais apenas se comprometem a se esforçar para obter a cura, salvo em hipóteses excepcionais, nas quais o médico se compromete a atingir determinado resultado (KFOURI NETO, 2013). No que tange ao ônus da prova para a responsabilização por obrigações de meio, esse, classicamente, como se extrai da obra de Lopes (1964), era imposto ao prejudicado, todavia, tal aspecto sofreu certas mudanças com o advento da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de

Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b) e, posteriormente, da Lei nº. 13.105/15 [Código de Processo Civil (CPC)] (BRASIL, 2015a).

Na doutrina, tende-se a destacar a aplicabilidade do CDC para os serviços prestados pessoalmente pelos médicos, questionando-se, inclusive, as razões de solução jurisprudencial distinta para os serviços prestados por advogados (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019). Em outros termos, o CDC também deveria ser aplicado aos serviços jurídicos. Cabe destacar que já se propôs a inaplicabilidade do código setorial das relações de consumo para os atos terapêuticos realizados por médicos, desde que esses atuem na condição de profissionais liberais (KFOURI NETO, 2013). Independente do regramento aplicável, a responsabilidade objetiva não atinge os profissionais liberais, seja em decorrência do art. 951 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), seja em decorrência do § 4º do art. 14 da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b).

Pode-se ir mais longe, ao se pensar que talvez certas interpretações confirmem duvidoso privilégio também à classe médica, uma vez que as compreensões do art. 14, § 4º, da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b) se limitam a referendar a situação dos médicos, não tecendo comentários para os serviços prestados pelos demais agentes de saúde. Neste caso, melhor seria destacar que, no âmbito da saúde privada nacional, a imputação judiciária de qualquer agente de saúde será subjetiva, ou seja, exige-se a demonstração do elemento volitivo, na hipótese de este ser considerado profissional liberal.

Como já esboçado ao se tratar da compreensão do § 4º do art. 14 da Lei no. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b), o profissional liberal é aquele sujeito que realiza serviços de natureza pessoal ou *intuitu personae* (DENARI, 2019). Em termos distintos, o profissional liberal é o sujeito que exerce “[...] com autonomia, seu mister profissional, sem subordinação técnica a outrem” (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 1334). No âmbito da saúde, esse uso técnico não comportaria apenas profissional da medicina, mas possivelmente englobaria os demais agentes de saúde, como, a título de exemplo, odontólogos, psicólogos, fisioterapeutas e farmacêuticos. Esses, apesar de poderem atuar em conjunto com médicos, dificilmente terão um mister inferior ao médico no que tange especificamente à sua área de atuação; logo, não seriam subordinados tecnicamente a este.

Dessa maneira, a responsabilização direta do agente de saúde, se presente a condição de profissional liberal, terá por regra geral a responsabilidade civil subjetiva, ainda que a

relação entre destinatário do serviço e o agente de saúde seja uma modalidade de relação de consumo. Nessa ordem de ideias, os danos oriundos de prestação de serviços privados de saúde por pessoas jurídicas, se conexos à atuação de um agente de saúde, não exigem a demonstração de culpa da própria pessoa jurídica para sua reparação, mas exigem a comprovação do elemento volitivo do agente de saúde, desde que este último seja considerado profissional liberal. Essa afirmativa é aplicável à responsabilidade civil dos serviços de saúde privada, sejam esses normatizados pelos sistemas da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b), sejam pelos da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), uma vez que ambos os sistemas optam pela imputação objetiva impura de consequências por ato de profissional liberal.

Essa leitura da ordem jurídica nacional confere trato similar para as hipóteses de responsabilidade por fato de terceiro do art. 932 cumulado com o art. 933 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002) e do parágrafo único do art. 7º da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b), ou, pelo menos, confere trato similar ao se tratar da responsabilização de pessoas jurídicas pela atuação de seus agentes de saúde conveniados ou empregados, que estejam contidos no conceito de profissionais liberais.

Isso, todavia, não deve conduzir à identidade no regramento da responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde nesses códigos, uma vez que existem certas utilidades para os destinatários dos serviços em serem as suas relações com agentes de saúde qualificadas como de consumo. Pode-se destacar, na condição de exemplos, a facilitação da defesa dos direitos do consumidor por meio da inversão do ônus da prova em seu proveito, seja por determinação judicial, seja por determinação legal pelos arts. 6º, VIII, 12, § 3º e 14, § 3º da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b); as demandas envolvendo direito do consumidor, as quais terão seu foro no domicílio do consumidor pelo disposto no art. 101, I, da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b); maior severidade nos deveres de informação e transparência impostos aos médicos e prestadoras de serviços de saúde pelos arts. 4º, *caput*, 6º, III, 9º, 30, 31, 36, 37 e 38 da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b); a nulidade absoluta das cláusulas dos contratos de prestação de serviços de saúde consideradas abusivas nos termos do art. 51, I, da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b); bem como a interpretação restrita de excludentes de obrigações de reparar.

É importante destacar que essa semelhança no trato conferido à responsabilidade civil de pessoas jurídicas prestadoras de serviços de saúde privada pelo Código Civil e aquele determinado pelo CDC, representada na responsabilidade objetiva “impura”, pode causar certa confusão, em decorrência do ideário de superior proteção conferida às relações de consumo. Essa similaridade, todavia, é apenas para a hipótese de responsabilidade civil por ato de um profissional liberal, tendo por fito a tutela da autonomia necessária para a realização dessa atividade; logo, nas demais hipóteses de responsabilidade civil por fato de terceiro, o regramento do CDC será mais benéfico – responsabilidade civil objetiva “pura”.

Nesses termos, não parece lógico se confundir completamente a responsabilidade civil objetiva por fato de terceiro do Código Civil com aquela destinada às relações de consumo, visto que a primeira advém dos arts. 932 e 933 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), enquanto a segunda resulta do princípio da solidariedade – positivado, por exemplo, no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b). Essa confusão seria, inclusive, negada pela distinção entre similaridade e identidade; assim, a similaridade das conclusões extraídas dessas normatizações estaria na situação específica de responsabilização da pessoa jurídica por conduta de profissional liberal da rede credenciada de certa operadora de saúde, havendo nesse caso a responsabilidade objetiva “impura”, seja pelo regramento do Código Civil, seja pelo do CDC.

Sobre essa possível similaridade entre o trato conferido pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor para a responsabilidade civil das pessoas jurídicas prestadoras de serviços privados de saúde, pode-se cogitar: “[...] que ainda que não incidisse o CDC, ainda assim a responsabilidade dos hospitais, pelos danos causados por médicos que nele trabalham, seria objetiva (desde que, repita-se, seja provada a culpa do profissional liberal)” (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 1343). Dessa forma, o recurso à responsabilidade civil objetiva impura ou indireta ainda seria aplicável para a situação específica das entidades de autogestão de planos de saúde, mesmo diante da inaplicabilidade do CDC nessa hipótese por força da norma geral inscrita no enunciado nº. 608 da jurisprudência do STJ (BRASIL, 2018d).

A distinção, entre os regramentos do âmbito cível e consumerista, possivelmente, estaria representada nas demais situações que não envolvem condutas praticadas por profissionais liberais. Nessas hipóteses, não se admitiria a exclusão da responsabilidade civil da pessoa jurídica prestadora de serviços de saúde com fundamento na ausência de culpa de seus prepostos, desde que fosse submetida ao regramento do CDC. Nesse diploma, a

responsabilidade dessas entidades é objetiva, no que tange às questões não relacionadas às condutas de seus agentes de saúde, uma vez que tem relação com a própria estrutura da prestadora de serviços de saúde privada.

Solução diferente pode ser cogitada para os casos submetidos ao Código Civil, como aqueles, por exemplo, advindos de relações entre os destinatários de serviços de saúde privada e as entidades de autogestão. Nessas relações jurídicas travadas com entidades de autogestão, em decorrência da inaplicabilidade do regramento consumerista, deve-se recorrer ao teor dos arts. 932 e 933 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002); logo, a responsabilidade será objetiva impura, podendo ser afastada se não houver sido demonstrada a culpa *lato sensu* do preposto.

A distinção do regramento da responsabilidade civil por fato de terceiro do Código Civil daquele das relações de consumo pode ser sintetizado no seguinte exemplo doutrinário, destinado para as relações entre particulares de maneira genérica:

[...] se o garçom de refinado restaurante deixa cair um prato de *consommé* no colo do cliente – provocando queimaduras –, não haverá necessidade de demonstração de negligência ou desatenção do empregado para que se alcance o fornecedor do serviço (dono do estabelecimento). Tratando-se de um acidente de consumo, a imputação objetiva requer apenas que se evidencie o nexo causal entre o dano e o defeito do serviço – que frustrou a legítima expectativa de segurança do consumidor –, independentemente da existência de culpa (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 672).

Como já se referendou, pode-se cogitar uma diferença nodal na responsabilização das entidades de autogestão de planos de saúde privada e das demais prestadoras de serviços do âmbito da saúde privada, nos casos atinentes a serviços não prestados estritamente por agentes de saúde. No caso das primeiras, por se submeterem subsidiariamente ao regramento do Código Civil, a sua responsabilidade pode ser afastada nas hipóteses que não reste demonstrado o elemento volitivo do preposto conexo a elas. As demais prestadoras de serviços de saúde privada, por sua vez, não precisam da análise do elemento volitivo de seu preposto para sua responsabilização pelos danos oriundos de defeitos em sua estrutura empresarial.

As relações submetidas ao regramento consumerista – neste caso, enquadram-se as prestadoras de serviços de saúde privada desde que excluídas as entidades de autogestão em planos privados de saúde – detêm suas excludentes da obrigação de reparar interpretadas de maneira restrita (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019). Essa forma de

interpretar, favorável ao consumidor, acaba por ampliar a responsabilidade das prestadoras de serviços de saúde, em decorrência da vulnerabilidade do consumidor – elemento posto nas relações de consumo. Nessa ordem de ideias, as excludentes de responsabilidade não podem deter conexão com a atividade do ofensor para afastar a obrigação de reparar, sendo essa outra vantagem ao consumidor nas relações consumeristas no âmbito da saúde privada, aparentemente não extensível ao regramento cível.

Nesse ponto, ainda resta destacar o conteúdo da expressão responsabilidade objetiva impura ou indireta, no intento de relacionar esse sistema de repartições de riscos à noção de responsabilidade civil por fatos de terceiro e cogitarem-se as diversas formas plausíveis para se imporem consequências jurídicas por ato de terceiro. A responsabilidade civil por fato de terceiro – indireta, complexa ou por fato de outrem – é aquela que permite ultrapassar a pessoa fomentadora do dano e impor a outra a obrigação de reparar, em decorrência da imposição legal dessa obrigação, sendo exigível demonstrar-se a relação perpetrada entre esses mesmos sujeitos (PEREIRA, 2016). A responsabilidade civil por fato de terceiro, todavia, não deve se resumir à responsabilidade objetiva “impura” ou “indireta”; esta última se refere à exigência de culpa de terceiro, conexo com a atividade do sujeito condenado a reparar, para haver a imposição dessas consequências jurídicas sobre este último (AZEVEDO, 2008). Nessa ordem de ideias, a responsabilidade civil por fato de terceiro refere-se aos sujeitos sobre os quais podem ser imputadas consequências jurídicas. A responsabilidade objetiva “impura”, diferentemente, é um dos possíveis sistemas de repartição de riscos que se destina a essa imputação de consequências além da pessoa fomentadora do dano.

Os arts. 932 e 933 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002) são compreendidos como exemplo de responsabilidade civil objetiva indireta ou impura, como bem se pode extrair das manifestações sobre a exigência da demonstração da culpa do terceiro para responsabilizar o sujeito solidariamente responsável presentes nas obras de Azevedo (2008), Braga Netto, Farias e Rosenvald (2019), Cavalieri Filho (2019), Gonçalves (2016), Pereira (2016), Rizzardo (2019) e Tartuce (2011). Em outros termos, pode-se dizer que o Código Civil elaborou uma sistemática objetiva impura para a hipótese de repartição dos riscos, todavia, essa não foi a única solução já ofertada em âmbito civil nacional, como se deduz dos distintos sistemas de responsabilidade civil por fato de terceiro concebidos pelos diplomas cíveis nacionais.

A responsabilidade civil por fato de terceiro, ao menos no que tange às soluções ofertadas pelos Códigos Civis nacionais, deteve outras formas de divisão dos riscos de danos anteriores à responsabilidade civil objetiva impura. Outrora, essa foi disposta pela

concorrência de culpas, pela culpa *in elegendo* ou *in vigilando*, bem como pela presunção de culpa, demonstrando a impossibilidade de se conceber uma única e atemporal sistemática para esse instituto. Dessa forma, é possível coexistirem diversos sistemas de repartição de riscos por fato de terceiro, sendo essa dedução essencial para se compreender a atual sistemática de responsabilização das operadoras de planos de saúde, uma vez que os danos, oriundos da atividade por elas realizada, podem exigir elementos distintos para sua reparação.

Em todo caso, essa segunda forma de se compreender a saúde privada nacional parte da obrigatoriedade de demonstração do elemento volitivo do agente de saúde para a respectiva responsabilização das operadoras de planos privados de saúde, desde que esse agente se enquadre no conceito de profissional liberal (SCAFF, 2010). Abordagem similar é adotada por Kfoury Neto (2013) para a situação dos complexos hospitalares e clínicas. Loureiro (2007), por sua vez, também ressalta a responsabilidade objetiva impura para a hipótese específica das operadoras de planos de saúde.

A exigência de demonstração do elemento volitivo do agente de saúde empregado ou conveniado – responsabilidade objetiva impura – para imposição de consequências sobre as pessoas jurídicas prestadoras dos serviços também inspirou o Enunciado nº. 191 da III Jornada de Direito Civil – que ocorreu em Brasília de 1º a 3 de dezembro de 2004 – segundo o qual: “A instituição hospitalar privada responde, na forma do art. 932, III, do Código Civil, pelos atos culposos praticados por médicos integrantes de seu corpo clínico” (BRASIL, 2005b). O enunciado, aparentemente, tenciona destacar a necessidade de se analisar o elemento volitivo dos agentes de saúde para a subsequente responsabilização da pessoa jurídica, mas tal conclusão também seria viável no âmbito das relações de consumo, não havendo necessidade de se afastar o regramento protetivo desse código setorial.

Nessa ordem de ideias, a responsabilidade objetiva impura das prestadoras de serviços de saúde também poderia ocorrer na sistemática do código setorial das relações de consumo na hipótese de o terceiro se enquadrar na definição de profissional liberal do art. 14, § 4º, da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b). No que tange ao caso específico dos complexos hospitalares e danos decorrentes de médicos integrantes de seus quadros, essa pessoa jurídica não responde objetivamente sem a análise do dolo ou culpa do médico, mesmo depois da vigência do CDC (AGUIAR JÚNIOR, 2000). Na responsabilidade solidária da pessoa jurídica pelos erros cometidos culposamente por um agente de saúde – geralmente representada na responsabilização de hospitais por erros médicos –, a teoria da aparência deveria tutelar o consumidor, por esse desconhecer as nuances da relação entre o médico e o hospital, não havendo de se afastar a responsabilidade

solidária dessas pessoas jurídicas pela ausência de vínculo empregatício (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD; 2019).

O STJ vem destacando a necessidade de demonstração do elemento volitivo de médico para responsabilização solidária da pessoa jurídica à qual esse médico esteja vinculado, bem como para posterior ação de regresso contra o ofensor, como se pode observar nos REsp nº. 258389/SP (BRASIL, 2005a), REsp nº. 908359/SC (BRASIL, 2008c), AgRg no REsp nº. 1385734/RS (BRASIL, 2014), AgRg no AREsp nº. 647110/CE (BRASIL, 2015b), AgRg no AREsp nº. 628634/RJ (BRASIL, 2015c), REsp nº. 1511072/SP (BRASIL, 2016c), REsp nº. 1662845/SP (BRASIL, 2018b), REsp nº. 1579954/MG (BRASIL, 2018f) e AgInt no AREsp nº. 1375970/SP (BRASIL, 2019e).

Nessa perspectiva de compreensão da ordem jurídica nacional, a responsabilidade objetiva impura das pessoas jurídicas, prestadoras de serviços de saúde, parte de uma suposta obrigatoriedade na análise do elemento volitivo do sujeito que realize uma atividade liberal, por determinação do art. 14, § 4º, da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b). Dito de outra maneira, essa compreensão advém do reconhecimento legal da relação entre o sujeito responsabilizado e aquele causador do dano, normativa esta que excepciona o princípio segundo o qual cada pessoa responde pela própria culpa, bem como determina a responsabilidade do primeiro sujeito sem análise de seu próprio elemento volitivo. Essa normativa, todavia, não afasta a necessidade de se analisar a culpa *lato sensu* do sujeito causador do dano, ainda que na esfera consumerista, posto que as atividades desempenhadas por profissionais liberais, dentre os quais se encontram os agentes de saúde, necessitam de demonstração do elemento volitivo para a responsabilização por danos.

A imprescindibilidade de verificação do elemento volitivo – dolo ou culpa em sentido estrito – do agente de saúde conexo para a responsabilização da pessoa jurídica prestadora de serviços de saúde não admite a condenação deste último sujeito cumulada com a absolvição do agente de saúde, salvo se por razões processuais. Essa compreensão da responsabilidade civil das pessoas jurídicas atuantes na saúde privada, que se propõe distinta daquela responsabilidade civil por fato próprio ou direta, pode ser sintetizada nos seguintes termos:

A eventual responsabilidade objetiva dessas empresas depende, segundo entendemos, de uma condição, qual seja, a demonstração efetiva da culpa do agente, individualmente considerado, que presta diretamente o atendimento. Assim, se o ato não for culposos, não pode haver a irresponsabilização do profissional liberal e a responsabilização objetiva da pessoa jurídica a ele vinculada ou que o elegeu, pois não se afigura, nessa circunstância, o “nexo

de causalidade” entre uma ação defeituosa e o dano causado (SCAFF, 2010, p. 135-136).

Essa posição possivelmente compreende o agente de saúde como o responsável pelo tratamento, posto que não se admitem interferências por parte das pessoas jurídicas prestadoras de serviços de saúde – operadoras, hospitais e clínicas – nas orientações terapêuticas selecionadas pelo primeiro sujeito, sob pena de se violar sua autonomia profissional. Impende destacar que as pessoas jurídicas prestadoras de serviços de saúde têm cumulado a seu favor a regressiva contra o ofensor e a exigência de demonstração do elemento volitivo deste para sua responsabilização; logo, evita-se, em abstrato, que os custos de uma condenação recaiam sobre as pessoas jurídicas, salvo nas hipóteses de violação do mínimo existencial do agente de saúde.

Nessa ordem de ideias, é possível afirmar a manutenção da autonomia do profissional liberal pela proposta da responsabilidade objetiva impura das pessoas jurídicas atuantes no mercado de saúde privada, não se admitindo os argumentos tendentes a limitar o tratamento optado pelo agente de saúde e paciente, visto que a pessoa jurídica só será responsabilizada se houver culpa do agente de saúde, bem como poderá ingressar com a regressiva contra o agente de saúde.

Como já reproduzido, a autonomia profissional do agente de saúde já foi objeto de manifestação do STJ para se reconhecer a abusividade das cláusulas de contratos de planos de saúde limitativas da espécie de tratamento veiculado para doenças contratualmente cobertas, uma vez que viola a autonomia necessária ao exercício da medicina. Essa autonomia profissional pode possivelmente ser extraída de certas manifestações daquele tribunal, dentre as quais se destaca o REsp nº. 668216/SP (BRASIL, 2007b) ao ser uma das primeiras manifestações desse tribunal com tal conclusão. Esse argumento é, atualmente, reproduzido em certas decisões monocráticas do STJ, como se observa, por exemplo, nos AREsp nº. 1444103/SP (BRASIL, 2019b), REsp nº. 1799381/CE (BRASIL, 2019c) e AREsp nº. 1507020/RS (BRASIL, 2019f).

Ainda se mostram necessários outros comentários, uma vez que a exigência de análise do elemento volitivo do terceiro para imposição de responsabilidade sobre a empresa prestadora de serviços de saúde privada pode variar de acordo com a espécie de conduta originária dos danos para essa segunda compreensão da temática. Em outros termos, os elementos exigíveis para responsabilização podem variar, caso o dano seja proveniente de conduta de agente de saúde ou da própria estrutura dessa prestadora de serviços, havendo, até

mesmo, hipóteses excepcionais de responsabilização objetiva “pura” por atos de profissionais liberais. A expressão erros médicos pode designar a hipótese de responsabilização impura das pessoas jurídicas na saúde privada nacional (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD; 2019), todavia, tal expressão não aparenta ser das melhores, uma vez que não inclui número significativo de profissionais liberais do mercado nacional de saúde privada, como já se versou nas páginas anteriores.

Dessa forma, pode-se dizer que a regra da responsabilização objetiva “impura” das operadoras de planos de saúde, bem como a responsabilização subjetiva dos profissionais liberais, já foi afastada em casos específicos, nos quais houve a imputação judiciária objetiva ou, pelo menos, a inversão do ônus da prova. Em outros termos, a responsabilidade civil subjetiva do profissional liberal da saúde privada nacional pode ser substituída por sistema objetivo de repartição de riscos ou por um que presume a culpa desse agente de saúde, malgrado esta última hipótese seja de inversão do ônus da prova. Em todo caso, afastada a responsabilidade subjetiva do profissional liberal não há sentido para manutenção da responsabilidade objetiva “impura” das operadoras de planos de saúde, ainda que se opte por essa segunda forma de se compreender a responsabilidade na saúde privada nacional.

Como já se viu, a presunção de culpa dos agentes de saúde é uma espécie de inversão do ônus da prova para a demonstração do elemento volitivo do autor, exigindo do agente a prova da inexistência de sua culpa. Essa inversão pode ser de natureza judicial, ao se fundar no art. 6º, VIII, da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b), ou oriunda de previsão legal específica nos termos dos arts. 12, § 3º, e 14, § 3º, do mesmo Código, podendo ocorrer em processos individuais ou em demandas coletivas, sejam essas ações propostas contra agentes de saúde, sejam contra pessoas jurídicas.

A hipótese de inversão do ônus da prova, avançado instituto regulado pelo CDC para tutela dos hipossuficientes, adquiriu nova fonte normativa legal após a vigência do art. 373, § 1º, da Lei nº. 13.105/15 [Código de Processo Civil (CPC)] (BRASIL, 2015a), que acabou por ampliar essa conquista da seara consumerista para todo o processo civil nacional. Dessa forma, a experiência jurídica nacional no direito consumerista acabou por apresentar “a interessante característica histórica de exportar, por assim dizer, categorias, conceitos e normas para outros setores da experiência jurídica” (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019, p. 777).

Basta decisão fundamentada, que permita à parte se desincumbir do ônus atribuído, para haver uma distribuição dinâmica do ônus da prova pelo magistrado no processo civil. Essa inversão no âmbito civil é admitida nas hipóteses legais de inversão ou quando

verificada a impossibilidade, dificuldade ou maior facilidade de produção da prova por uma das partes. Em outros termos, de acordo com o art. 373, § 1º, da Lei nº. 13.105/15 [Código de Processo Civil (CPC)] (BRASIL, 2015a), “[...] a possibilidade de dinamização ocorre quando uma das partes, acentuadamente em relação à outra, detenha: (a) conhecimentos técnicos ou; [sic] (b) informações específicas sobre os fatos ou; (c) maior facilidade em sua demonstração” (MACÊDO; PEIXOTO, 2017, p. 578), sendo esses considerados seus requisitos materiais.

O supracitado instrumento normativo aparentemente desnecessário no âmbito da saúde privada, diante do regramento específico dos arts. 6º, VIII, 12, § 3º, e 14, § 3º, da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b), adquire utilidade para os destinatários dos serviços prestados por entidades de autogestão de planos de saúde. Dessa forma, ainda que afastado do regramento das relações de consumo, sobre o agente de saúde por sua provável superioridade técnica quanto a temáticas afeitas à saúde humana, em oposição à maior probabilidade de desconhecimento de temáticas específicas pelos destinatários dos serviços, poderia recair a inversão do ônus da prova com esteio nesse dispositivo processual. Essa inversão, seja no âmbito cível, seja no consumerista, não deve impor prova diabólica aos prestadores de serviços de saúde – prova impossível ou excessivamente difícil de ser produzida – por determinação do art. 373, § 2º, da Lei nº. 13.105/15 [Código de Processo Civil (CPC)] (BRASIL, 2015a).

No que tange à responsabilidade direta do agente de saúde ou indireta da pessoa jurídica prestadora de serviços privados de saúde, será objetiva em caso de violação dos deveres laterais de informação, promessa de obtenção de determinado objetivo por intermédio do tratamento, bem como na verificação de defeitos em equipamentos médicos, próteses, órteses ou exames laboratoriais (SCAFF, 2010). Essa primeira situação de responsabilidade objetiva está no descumprimento dos chamados deveres anexos ou laterais, dentre os quais se encontra aquele de informação, sendo o descumprimento desses deveres uma violação objetiva do contrato, cabendo responsabilização objetiva. Nessa hipótese de violação dos deveres de informação, até mesmo a normativa residual do Código Reale responsabiliza o agente de saúde sem análise do elemento volitivo com fundamento nos arts. 187 e 422 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002).

O dever de informar adquire condição diferenciada nas relações de consumo, em decorrência das informações privilegiadas dos fornecedores e prestadores de serviço na medida em que esses detêm ampla liberdade e poder de decisão sobre a forma de organização da sua atividade econômica. A vulnerabilidade técnica do consumidor acabou por ampliar os deveres de informação dos fornecedores e prestadores, não bastando viabilizar o

consentimento esclarecido para prática do ato de consumo, como também determina vinculações contratuais – especialmente no tocante ao esclarecimento sobre os riscos – e determina os critérios de licitude da publicidade (MARTINS-COSTA, 2018), tendo por base o teor dos arts. 30, 36, 37 e 38 da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b).

A falta ou insuficiência de informações sobre os riscos de um determinado tratamento ou procedimento, a título de exemplo, é causa de responsabilização objetiva do agente de saúde, ainda que seja demonstrada a correta realização do procedimento ou tratamento pelo agente. As informações fornecidas pelos prestadores de serviços de saúde, em razão de sua normativa, seja esta consumerista, seja cível, podem ser classificadas em esclarecimentos sobre o conteúdo, utilização, preço e riscos da terapêutica (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019). Pode-se sintetizar que o dever de informar, exigível em todo âmbito da saúde privada nacional, há de ser realizado sem exigência de custos em linguagem compreensiva, de forma profunda, bem como ofereça proveito ao destinatário dos serviços de saúde.

Na saúde privada, os riscos de defeito na prestação de informações são significativos, basta, para tanto, cogitar os prováveis danos oriundos, por exemplo, de exclusão ou substituição de médicos, hospitais, clínicas ou laboratórios da rede conveniada, sem a devida comunicação aos destinatários. Esses poderão ter sua integridade psicofísica colocada em risco, especialmente se surpreendidos com a negativa nos casos de urgência, respondendo a operadora de maneira objetiva pelos prováveis danos.

Os serviços de saúde, ordinariamente considerados obrigações de meio e, por conseguinte, responsabilizados de maneira subjetiva, têm seu conteúdo modificado nas situações em que existe uma promessa de resultado pelo agente de saúde, tornando-se uma obrigação de resultado. Essa modalidade obrigacional tem seus riscos repartidos de maneira objetiva, podendo ser citada, na condição de exemplo, a responsabilidade por defeitos em equipamentos médicos, próteses, órteses e certos exames laboratoriais, como propõe Scaff (2010). Pode-se observar também essa condição diferenciada nas obrigações assumidas por bancos de sangue e de sêmen, uma vez que é objetivamente responsável por danos, não havendo, sequer, a necessidade de comprovar a culpa de seus profissionais liberais para sua responsabilização (KFOURI NETO, 2013). Existem precedentes do STJ que qualificam o exame médico como obrigação de resultado, dentre os quais se destacam o REsp nº. 1291576/RS (BRASIL, 2012d) e o REsp nº. 1700827/PR (BRASIL, 2019g).

Em pesquisa realizada ao acervo do STJ, verificou-se um precedente que manteve a responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais prestadores de serviços de saúde em oposição à manifestação anterior. Dito de outra forma, o precedente qualificou a realização de exames como espécies de obrigação de resultado e, ainda assim, exigiu-se a demonstração do elemento volitivo para a responsabilização do profissional liberal. Essa decisão reconheceu a obrigação de resultado, condenando o Laboratório – Pessoa Jurídica – pelo erro no diagnóstico do câncer de mama, mas também eximiu o médico da condenação pela ausência de demonstração de culpa. Nesse precedente, destacou-se a condição do agente de saúde na atividade prestada, uma vez que ele não ofereceu ao mercado de consumo qualquer serviço, atuando apenas como mão-de-obra do laboratório. O laboratório também não prestou informações completas sobre os riscos de erro do exame, possivelmente, adentrando na hipótese de violação do dever de informação, como se pode extrair do REsp nº. 1653134/SP (BRASIL, 2017k).

Em todo caso, pode-se cogitar que essas exceções à responsabilidade civil subjetiva do agente de saúde também permitem a imputação de consequências sem análise do elemento volitivo do agente de saúde conexo à atividade prestada pela pessoa jurídica. Dessa maneira, a responsabilidade civil da pessoa jurídica prestadora de serviços de saúde seria objetiva, ou seja, desprovida de verificação da culpa *lato sensu* de seu agente de saúde.

Existem hipóteses de danos não conexos à atuação de profissionais liberais, nominados de defeitos na estrutura das prestadoras de serviços privados de saúde, os quais também não exigem demonstração de qualquer elemento volitivo, ou seja, não constitui hipótese de responsabilidade civil objetiva “impura”. Podem ser citados, enquanto exemplos de defeitos na estrutura das prestadoras de serviços de saúde privada, aqueles vícios na estadia do destinatário do serviço de saúde, nos equipamentos do estabelecimento empresarial e nos serviços auxiliares – enfermagem, exames e radiologia –, desde que causem danos patrimoniais ou existenciais nos termos do REsp nº. 258389/SP (BRASIL, 2005a).

Questões ínsitas ao aspecto organizacional da prestadora de serviços privados de saúde, como a guarda de prontuários, exames e materiais coletados, também são de resultado garantido (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019). Nessa ordem de ideias, pode-se dizer que as pessoas jurídicas são objetivamente responsáveis pela correta vinculação dos exames e prontuários médicos ao devido paciente, o que pode ser exemplificado no caso em que ocorrem troca de nomes de pacientes nesses documentos médico-hospitalares. Os danos, oriundos dessas hipóteses, não exigem análise do elemento subjetivo do preposto para

responsabilização da pessoa jurídica, visto que a normatização do CDC somente excepciona a situação dos serviços prestados por profissionais liberais.

A premissa de coexistirem diversas formas de reger a responsabilidade civil por fato de terceiro tem serventia nesse momento, uma vez que essa diversidade pode ser, até mesmo, observada no Código Reale. Esse diploma instrui, além da responsabilidade objetiva impura dos arts. 932 e 933 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), sistemas objetivos de repartição dos riscos, como, por exemplo, a responsabilidade objetiva pelo risco da atividade do parágrafo único do art. 927 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002).

Apesar de aparentemente sutil, a diferença nessas formas de regular a responsabilidade civil por fato de terceiro tem significância prática, visto que o sistema fundado no risco da atividade não exige qualquer demonstração do elemento volitivo do empregado ou preposto para que a responsabilidade ultrapasse essa pessoa e imponha a outra pessoa a obrigação de reparar. Nessa ordem de ideias, o sistema de responsabilidade civil pelo risco da atividade, positivado no parágrafo único do art. 927 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), exige apenas a demonstração da relação jurídica entre a pessoa fomentadora do dano e aquela sobre a qual se deseja impor a obrigação de reparar, desde que seja hipótese de atividade de risco e restem comprovados os elementos da obrigação de reparar – dano, nexo de causalidade e conduta.

Pode-se dizer, com certa reserva em decorrência do pleonismo dessa terminologia, que o parágrafo único do art. 927 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002) formulou um sistema “puramente” objetivo de repartição de ameaças para as atividades concebidas como de risco. A responsabilidade civil dos planos de saúde por recusas injustificadas de atendimento ou negativas indevidas de cobertura de tratamento são exemplos de responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade. Esse exemplo foi, até mesmo, objeto de certos julgados do STJ, nos quais as operadoras foram condenadas a compensar os danos morais decorrentes de negativas indevidas de coberturas de despesas médicas, como se pode extrair dos AgInt no REsp nº. 1659797/SP (BRASIL, 2017g), AgInt no AREsp nº. 1137825/MA (BRASIL, 2018e), AgInt no AREsp nº. 1324159/MS (BRASIL, 2019a), AgInt no REsp nº. 1776194/SP (BRASIL, 2019h), AgInt no REsp nº. 1720053/RS (BRASIL, 2019i) e AgInt no REsp nº. 1671192/RS (BRASIL, 2019j).

A responsabilidade civil no âmbito consumerista, desenvolvida nas páginas anteriores, também idealizou de maneira distinta a responsabilidade civil por fato de outrem em certos dispositivos, dentre os quais se pode destacar o art. 7º, parágrafo único, da Lei nº. 8.078/90

[Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b). Nesses termos, já é possível cogitar a coexistência atual de pelo menos três sistemas destinados à regulação da responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde por fato de outrem no âmbito da dogmática cível nacional.

A primeira, dessas três sistemáticas, pode ser identificada na responsabilidade civil impura dos arts. 932 e 933 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), a qual pode ser vinculada à responsabilização das entidades de autogestão de planos privados de saúde por condutas de seus empregados ou prepostos, desde que essa conduta não seja compreendida prática de uma atividade de risco. Esse sistema pode ser aplicado com maior segurança para as hipóteses de condutas de agentes de saúde conexos com entidades de autogestão, mas não se limita a essas hipóteses, como já se tencionou defender ao diferenciar o regramento consumerista do cível.

A segunda sistemática estaria positivada no art. 927 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), a saber, a responsabilidade civil “pura” pelo risco da atividade ou determinação legal específica, sendo aplicável também para as entidades de autogestão em planos de saúde, visto que sua norma subsidiária seria o Código Civil, e não o CDC pela inteligência do enunciado nº. 608 da súmula de jurisprudência do STJ (BRASIL, 2018d). Esse sistema, todavia, somente se aplicaria para as atividades de risco, tendo, a título de exemplo, a negativa injustificada de cobertura de despesas, como já destacado anteriormente.

O terceiro sistema, por sua vez, engloba o regramento do defeito por fato do serviço, previsto no art. 14, *caput*, e § 4º da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b). O *caput* desse dispositivo é aplicável para a responsabilidade civil por defeitos na estrutura, na estadia, nos equipamentos do estabelecimento, nos serviços auxiliares, bem como no aspecto organizacional, tendo, por exemplos já desenvolvidos, o vício na guarda de prontuários, exames e materiais coletados. Nessa ordem de ideias, a responsabilidade objetiva “pura”, do *caput* da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b), é aplicável para a maioria das operadoras de planos privados de saúde nas hipóteses de defeitos na estrutura de sua atividade empresarial. Os danos produzidos pela negativa injustificada de cobertura de despesas de tratamentos de saúde, produzidos por condutas de operadoras submetidas subsidiariamente ao CDC – todas operadoras atuantes no âmbito nacional, salvo as entidades de autogestão – devem ser atribuídos a essas operadoras, de modo que sejam responsabilizadas, com fundamento nesse sistema de repartição de riscos do CDC.

Os serviços prestados por agentes de saúde que fazem parte da rede credenciada de operadoras submetidas ao CDC e enquadrados no conceito de profissional liberal, por sua vez, seriam regulados pela responsabilidade objetiva “impura” do art. 14, § 4º, da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b), em razão da autonomia necessária ao desempenho dessa atividade. Em todo caso, cumpre destacar que o regramento consumerista sempre deterá vantagens ao consumidor, como já exposto. Nos sistemas de responsabilidade objetiva “impura”, não será possível a responsabilização da operadora de planos de saúde cumulada com a ausência de responsabilização do profissional liberal da saúde privada nacional, pouco importando se estará diante do regramento civil ou consumerista nos termos de Loureiro (2007) e Scaff (2010). Essa hipótese se distingue dos danos ocasionados por demais empregados ou prepostos, uma vez que eles, ao não deterem condição de profissional liberal, vão se submeter ao regramento do art. 14, *caput*, da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b), ou seja, responsabilidade objetiva “pura”.

A abstração que se acabou de apresentar, apesar de útil para se compreender o setor da responsabilidade civil nas relações entre destinatários dos serviços e planos de saúde, não tem intensão de exaurir o tema ou impedir compreensões distintas desta, como se pode extrair da primeira forma de compreensão da responsabilidade na saúde privada nacional. Inclusive, certos precedentes colacionados nesta pesquisa realizam uma leitura distinta desse tema, pois aplicam a sistemática do art. 927 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), responsabilidade civil “pura” pelo risco da atividade, conjuntamente com o regramento do CDC, mesmo não se tratando de uma entidade de autogestão em saúde, como é possível cogitar pelo teor do AgInt no REsp nº. 1671192/RS (BRASIL, 2019j) por exemplo. Essa compreensão é, inclusive, justificável diante do recurso ao diálogo das fontes, da subsidiariedade do Código Civil e, até mesmo, de eventuais dúvidas na aplicação do CDC para os planos de saúde ofertados por cooperativas, malgrado este último argumento não seja ainda seguramente estabelecido.

2.2.2 A Imposição de Solidariedade na Responsabilidade Reparatória das Operadoras de Planos de Saúde por Danos Morais

Na tentativa de abstrair os possíveis regramentos da responsabilidade civil nas relações entre destinatários e operadoras de planos privados de saúde, não basta diferenciar os três sistemas de repartição de riscos entre os contraentes, desenvolvidos no tópico 2.2.1;

também é preciso correlacionar, de maneira coerente, essas normativas; logo, pode-se cogitar semelhança entre esses regramentos. Esses sistemas de repartição de riscos se aproximam na medida em que positivam uma obrigação solidária, qual seja, a obrigação de reparar; de outra forma, a semelhança está na previsão de solidariedade entre o agente causador do dano e aquele obrigado a reparar, admitindo-se a exigência integral da obrigação de qualquer dessas pessoas.

A tendência à imputação de consequências jurídicas independentemente de culpa não se resume ao risco da atividade; essa tendência também encontra fundamento nos conceitos de solidariedade e segurança, os quais tendem a ocupar o lugar antes destinado à culpa (ROSENVALD, 2017). Isso não quer dizer que o risco, a solidariedade ou a segurança se torne um novo elemento da responsabilidade civil, mas que esses conceitos impulsionam consensos em espaços públicos e a subsequente formação de fontes normativas – constitucionais ou infraconstitucionais –, as quais, em última análise, vinculam conduta e dano, por meio de uma qualificação dessa mesma conduta.

Nessa ordem de ideias, diversos devedores concorrem para essa obrigação solidária de reparar, detendo-se, cada um desses, no dever de cumprir integralmente o objeto da prestação; logo, em uma mesma relação obrigacional, concorrem inúmeros devedores, cada um obrigado à dívida toda (AZEVEDO, 2011). No âmbito da responsabilidade civil, mais precisamente nas relações entre destinatários do serviço e operadoras, essa solidariedade também está presente em favor do credor da obrigação de reparar, inviabilizando-se qualquer tentativa de divisão do objeto da obrigação de acordo com o grau de culpabilidade dos agentes, uma vez que esse objeto é indivisível, por determinação legal. Assim, pode-se dizer que a operadora não poderá cumprir a obrigação de reparar de forma parcial, visto que essa é solidária, não havendo que se variar a condenação de acordo com a participação de cada um dos devedores para o evento danoso; essa participação é tema de discussão em posterior demanda de regresso.

A imposição de obrigações solidárias por determinação legal, enquanto exceção ao princípio segundo o qual cada um responde por sua culpa, está presente na responsabilidade civil “impura” por fato de outrem nos arts. 932 e 933 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), mas não se confunde com esta, visto que está presente em outros sistemas como aquele do risco da atividade ou mesmo das relações de consumo, por exemplo. Disso, pode-se extrair que a solidariedade é um conceito mais amplo, tendo expressões nesses sistemas, mas não se resumindo aos mesmos. Existem, inclusive, certas manifestações doutrinárias, fundadas no art. 942 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), que defendem a prevalência da solidariedade no âmbito da obrigação de reparar nas relações

privadas em detrimento do princípio do *unuscuque sua culpa nocet* – cada um responde pela sua própria culpa –, dentre as quais se pode destacar as de Braga Netto, Farias e Rosenvald (2019).

No âmbito da responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde por fato de outrem, a solidariedade, em certa medida, já foi desenvolvida ao se versar sobre a responsabilidade das prestadoras de serviços de saúde privada. No que tange às entidades de autogestão de planos de saúde, mesmo que não submetidas ao CDC, é admissível cogitar-se sua solidariedade com os médicos e hospitais conveniados, uma vez que se enquadrariam no regramento da responsabilidade civil por fato de outrem, seja por meio da sistemática objetiva “impura” nos arts. 932 e 933 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), seja da objetiva “pura” pelo risco da atividade no art. 927 da Lei nº. 10406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002).

Essa posição é reforçada pelo teor de raras decisões que analisam a possibilidade de manutenção da responsabilidade civil solidária das entidades de autogestão por negativas injustificadas de custeio de tratamento, posteriores ao enunciado nº. 608 da súmula de jurisprudência do STJ (BRASIL, 2018d), dentre as quais pode ser citado o AgInt no AREsp nº. 1344058/MS (BRASIL, 2019d). Nessa decisão, foi empregada a responsabilidade civil objetiva “pura” do art. 927 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), em virtude do risco da atividade. Com fundamento nessa decisão, é possível cogitar-se a aplicabilidade da responsabilidade objetiva pelo risco da atividade para as hipóteses de negativas indevidas de custeio de tratamento de doença coberta, sendo a entidade de autogestão solidariamente responsável pela injustificada negativa. Cumpre destacar que o precedente trata da negativa de maneira genérica, não versando se a mesma é proveniente de automação – sistema de liberação ou recusa automático para o custeio – ou de manifestação de um preposto – geralmente um especialista –; logo, as duas situações, aparentemente, impõem a obrigação solidária de reparar sobre a entidade de autogestão pelo risco inerente à sua própria atividade, seja esse advindo do fato de uma coisa, seja do fato de outrem.

No que tange à responsabilidade civil solidária das entidades de autogestão em planos de saúde pelos erros médicos, sejam esses derivados de condutas omissivas, sejam de condutas comissivas, exige-se mais comentários, em virtude do enunciado nº. 608 da súmula de jurisprudência do STJ (BRASIL, 2018d), que determinou a inaplicabilidade do microsistema consumerista para essa modalidade de operadora. Nessa ordem de ideias, ainda paira certa dúvida sobre a solidariedade das entidades de autogestão pelos erros de seus

médicos e hospitais conveniados, visto que não se pode mais recorrer à normativa do CDC, sob pena de violar os termos do enunciado anterior.

A normativa consumerista, inclusive, foi a fonte para emissão de importantes precedentes a respeito da responsabilidade solidária das entidades de autogestão, como se pode extrair do informativo nº 0424 do STJ (BRASIL, 2010a). Nesse informativo, destaca-se o julgamento do REsp nº. 1037759/RJ (BRASIL, 2010b), no qual uma entidade de autogestão em saúde – GEAP Autogestão em Saúde – foi condenada a compensar os danos morais sofridos pela recusa indevida de clínica conveniada em realizar exames radiológicos prescritos por especialista habilitado. Assim, os arts. 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b) foram o fundamento legal para a condenação solidária da entidade de autogestão.

Em decorrência da atualidade dessa modificação na súmula de jurisprudência do STJ, existem raras manifestações sobre a temática no âmbito desse tribunal. Malgrado já existissem decisões que reconhecessem a inaplicabilidade do código setorial das relações de consumo, como destacado anteriormente, na maioria das vezes, aplicava-se a Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b) de maneira acrítica e com sustentáculo no cancelado enunciado nº. 469 da súmula de jurisprudência do STJ (BRASIL, 2010g).

O único precedente encontrado nesta pesquisa sobre a temática foi o REsp nº. 1693009/ES (BRASIL, 2018g), que analisa a responsabilidade civil solidária das entidades de autogestão posterior ao enunciado nº. 608 da súmula de jurisprudência do STJ (BRASIL, 2018d). Em seu recurso, a Fundação de Seguridade Social dos Empregados da Companhia Siderúrgica de Tubarão (FUNSSEST) alegou a impossibilidade de ser solidariamente responsabilizada pela contração de infecção em hospital durante cirurgia de revascularização do miocárdio – implantação de ponte de safena –, uma vez que não participa da cadeia de fornecimento de produto e serviço perante o consumidor – inaplicabilidade do código setorial das relações de consumo –, cumprindo-se destacar que a entidade de autogestão também alega a inexistência de falha na prestação do serviço (BRASIL, 2018g). É importante ressaltar que o caso analisado diz respeito a erro na prestação de serviço médico em sentido estrito, não sendo hipótese de dano oriundo da estrutura empresarial da pessoa jurídica prestadora de serviços de saúde privada, ou, pelo menos, foi esse o fundamento destacado na sentença desse mesmo processo (ESPÍRITO SANTO, 2014) ao reconhecer a existência de infecção hospitalar com esteio no laudo pericial, bem como a insuficiência dos procedimentos profiláticos de antibiótico ministrados ao paciente para conter a infecção.

Em decisão monocrática, o Ministro Marco Aurélio Bellizze reformou o acórdão recorrido por este aplicar o regramento consumerista na hipótese de responsabilidade civil de entidade de autogestão, estando em desacordo com a jurisprudência do STJ pelo o que se extrai do REsp 1693009/ES (BRASIL, 2018g). Esse precedente, todavia, não abordou as demais questões objeto do recurso, por restarem prejudicadas; logo, o STJ remeteu os autos ao tribunal de origem para nova análise do recurso de apelação da entidade de autogestão sem a incidência da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b).

Apesar da inaplicabilidade da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b), remanesce a sistemática da responsabilidade civil por fato de terceiro nos arts. 932 e 933 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002) ou, ainda, a responsabilidade pelo risco da atividade do art. 927 do mesmo diploma, visto que a solidariedade é valor que instruiu inúmeras normativas, não se limitando ao princípio da solidariedade na seara consumerista. O primeiro regramento – responsabilidade civil “impura” por fato de terceiro nos arts. 932 e 933 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002) – será o mais condizente em se tratando de serviço médico em sentido estrito, ou seja, responsabilização por infecção hospitalar oriunda de insuficiente ministrar de antibióticos. Essa primeira conclusão encontra fundamento na liberdade exigível à prática dessa atividade do agente de saúde, podendo a entidade de autogestão ingressar com regressiva contra o hospital e o médico.

O risco da atividade, todavia, pode representar alternativa viável, caso se reconheça que a infecção é oriunda de falhas na própria estrutura hospitalar; logo, a entidade de autogestão seria solidariamente responsável pelo risco de infecção de seus hospitais conveniados, representando esse um risco da própria atividade de securitização da saúde. Em todo caso, se adotadas certas manifestações doutrinárias (BRAGA NETTO; FARIAS; ROSENVALD, 2019) que defendem a prevalência da solidariedade no âmbito da obrigação de reparar nas relações privadas com fundamento no art. 942 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), restará configurada a solidariedade da obrigação da entidade. Em sentido inverso, nada impede que se interprete o art. 932 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002) de maneira restrita, inviabilizando a responsabilização solidária da entidade de autogestão e prestigiando o princípio do *unuscuque sua culpa nocet* – cada um responde pela sua própria culpa. Esta última decisão representaria nova conclusão da atual tendência de conferir trato diferencial às entidades de autogestão de planos de saúde.

A sistemática da responsabilidade civil por fato de terceiro nos arts. 932 e 933 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), nominada de responsabilidade objetiva “impura”, foi aquela empregada pelo Tribunal do Justiça do Espírito Santo (TJ/ES) ao retomar a análise do caso (ESPÍRITO SANTO, 2019), em decorrência da anulação da decisão anterior pelo REsp 1693009/ES (BRASIL, 2018g). Nessa nova oportunidade, o tribunal estadual afastou a aplicabilidade da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b) nos termos do enunciado nº. 608 da súmula de jurisprudência do STJ (BRASIL, 2018d), bem como do REsp 1693009/ES (BRASIL, 2018g), destacando a necessidade de demonstração da culpa do médico para a responsabilização da Fundação de Seguridade Social dos Empregados da Companhia Siderúrgica de Tubarão (FUNSSEST).

Em todo caso, não afastou a solidariedade da obrigação de reparar das entidades de autogestão, uma vez que a sistemática nos arts. 932 e 933 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002) é aplicável a tal espécie de operadora de planos de saúde (ESPÍRITO SANTO, 2019). É importante destacar que o tribunal empregou a expressão responsabilidade subjetiva de maneira inadequada; melhor seria o recurso à expressão responsabilidade civil objetiva “impura”. Nessa ordem de ideias, a Fundação de Seguridade Social dos Empregados da Companhia Siderúrgica de Tubarão (FUNSSEST) só não foi responsabilizada pela ausência de prova da culpa na prestação da atividade médica, como se pode extrair da seguinte assertiva do julgado:

7) Não há como responsabilizar a apelada FUNSSEST, administradora do plano de saúde regido sob a modalidade de autogestão, pelos danos suportados pelo apelado, na medida em que a infecção bacteriana contraída por ele não decorreu de uma conduta culposa da equipe médica e do hospital credenciados pela recorrida, mas, sim, da própria atividade habitual desenvolvida pelo nosocômio que expõe, automaticamente, os pacientes a risco (fortuito interno), de modo que somente a associação que mantém o hospital pode ser responsabilizada pelos danos causados, considerando a natureza objetiva da sua responsabilidade civil (ESPÍRITO SANTO, 2019).

Esta última decisão havia sido objeto de recurso especial, que não chegou a ter seu mérito analisado pelo STJ, em decorrência de composição entre as partes no ano de 2020, como se pode extrair de consulta pública ao referido Processo de nº. 0021149-69.2009.8.08.0024. As demais operadoras de planos de assistência saúde, por sua vez, são também submetidas solidariamente à obrigação de reparar com fundamento, em especial, no

art. 7º, parágrafo único, da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b), nas hipóteses de danos conexos com a atuação de um profissional liberal ou mesmo daqueles conectados com a estrutura empresarial dessa prestadora de serviços de saúde – como já foi desenvolvido nas páginas anteriores. Cumpre, todavia, destacar dois casos singulares que demonstram o diferencial da solidariedade na obrigação de reparar das operadoras de planos de saúde no setor consumerista, quais sejam, o AgRg no AREsp nº. 782270/RJ (BRASIL, 2016b) e o REsp nº. 1665698/CE (BRASIL, 2017d).

Nesses julgados, o STJ reconheceu a responsabilidade solidária da Unimed de origem e da Unimed executora pela recusa injustificada de cobertura de serviços médicos, ainda que essas sejam dotadas de personalidade jurídica autônoma. O fundamento para essa responsabilização está na conexão entre as diversas cooperativas médicas que compõem o sistema Unimed e o recurso à marca única por todo esse sistema, que justifica o recurso à teoria da aparência. Nos termos do REsp nº. 1665698/CE (BRASIL, 2017d), os sistemas ou complexos de operadoras de planos de saúde, que atuem pelo regime de intercâmbio para possibilitar o atendimento de usuários de uma unidade em localidades distintas, serão solidariamente responsáveis pela obrigação de reparar, mesmo que dotadas de personalidade jurídica independente, em decorrência do recurso à marca única, transparecendo ao consumidor um ideário de unidade. Dessa forma, a teoria da aparência impede a exigência de conhecimento dessa estrutura organizacional complexa pelo consumidor, admitindo a solidariedade de seus integrantes.

Em pese a significância da solidariedade nos sistemas de repartição de riscos entre destinatários e operadoras de planos de saúde, esta detém limites até mesmo no âmbito consumerista. A distinção entre planos e seguros-saúde destaca um nítido limite para imposição de obrigações solidárias, ou, pelo menos, foi esse o entendimento do STJ no REsp nº. 866371/RS (BRASIL, 2012e). Na hipótese de responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde, como relatado no Informativo nº. 0494 do STJ (BRASIL, 2012c), será imposto a estas a obrigação solidária de reparar os danos decorrentes de condutas de suas redes de serviços médico-hospitalares credenciadas. Dotados de conclusão distinta são os seguros-saúde, entenda-se, aqueles contratos que possibilitem ao beneficiário uma livre escolha dos agentes de saúde e hospitais para posterior reembolso dos custos; em outros termos, são aqueles contratos que não detêm uma rede credenciada prévia limitadora das possibilidades de escolha do consumidor, não originam obrigação solidária de reparar nos termos do REsp 866.371/RS (BRASIL, 2012e). Os danos advindos de condutas de médicos

ou hospitais não podem ser exigidos das seguradoras, uma vez que a escolha dos agentes de saúde é realizada unicamente pelo beneficiário, não havendo qualquer indicação de médicos ou hospitais da rede credenciada.

2.2.3 A Necessidade de Demonstração da Relação de Causalidade na Responsabilidade Civil Reparatória das Operadoras de Planos de Saúde por Danos Morais

A causalidade, na hodierna dogmática civil, designa a causa do dano, sendo classicamente concebida como a causa natural deste elemento. Em outros termos, o nexo de causalidade, na responsabilidade civil reparatória, busca analisar a origem do dano, representado no liame entre este último elemento e a conduta que o origina. Essa causalidade é nominada de natural, visto que conduta e dano são fenômenos observáveis no espaço e no tempo, portanto, são passíveis, a depender da situação, de formar uma relação de causa e efeito entre si.

O conceito de nexo, enquanto elemento da responsabilidade civil reparatória, aproxima-se, em certa medida, do conceito de causalidade natural, tão bem veiculado pela ciência e filosofia. Nesse aspecto, o nexo de causalidade representa uma relação de causa e efeito entre conduta e dano, sendo essa causa uma determinação das leis naturais, visto que, para todo fenômeno, existe uma causa (CAVALIERI, 2019). Nesse caso, a negativa de cobertura dos custos de serviço de saúde por operadora, a título de exemplo, pode ser considerada a causa dos danos morais e patrimoniais sofridos pelo beneficiário do serviço.

Em que pese a similaridade no conteúdo dos conceitos de causalidade natural e nexo de causalidade, estes não são idênticos, uma vez que há também um componente jurídico no conceito de nexo de causalidade. O atual conceito de nexo de causalidade é, dessa maneira, a conjugação de aspectos naturais e outros de origem jurídica, sendo estes últimos essenciais no processo de análise de múltiplas causas concorrentes, bem como na hipótese da responsabilidade por omissão (CAVALIERI, 2019). Inclusive, não se deve compreender que as modalidades de responsabilidade objetiva não detenham esse liame entre conduta e dano, uma vez que o nexo de causalidade entre conduta e dano será apenas jurídico, ou seja, representado na violação de um dever jurídico construído pelo debate democrático. O nexo de causalidade, nesta última modalidade de responsabilidade civil, somente se encontrará na lei; logo, pode-se apresentar a seguinte sintetização:

De início, na responsabilidade subjetiva pode-se afirmar que o nexo de causalidade – *cano, ponte ou fio* – é formado pela *culpa lato sensu*, que é justamente o elemento encontrado entre a conduta humana e o prejuízo causado. Já na responsabilidade objetiva, o nexo é constituído pela lei, que qualifica a conduta, ou por uma atividade de risco desempenhada pelo autor do dano (TARTUCE, 2011, p. 81).

Nessa ordem de ideias, os nexos de causalidade, nos sistemas objetivos de repartição de riscos, são meramente jurídicos, ou melhor, o elemento formador do nexo é a própria norma que qualifica a conduta e impõe a responsabilidade civil. No setor consumerista, a exigência desse liame causal pode ser confirmada pela presença de excludentes do nexo de causalidade nas sistemáticas de responsabilização por fato do produto e do serviço, notadamente no § 3º do art. 12, excludentes destinadas ao fornecedor do produto, e no § 3º do art. 14, excludentes destinadas ao prestador do serviço, ambos da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b).

O nexo de causalidade entre dano e conduta é elemento indispensável para imputar uma obrigação de reparar, mesmo diante da normatização setorial das relações de consumo (TARTUCE, 2011); logo, esse é um elemento exigível da responsabilidade civil reparatória nas relações entre destinatários dos serviços e operadoras de planos de saúde. No que se refere apenas à exigência do nexo de causalidade, pouco importa se o contrato será submetido subsidiariamente à Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b) ou à Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), uma vez que esses dois sistemas de repartição de riscos exigem a presença do liame causal entre dano e conduta; todavia, isso não impede distinções no regular das excludentes de responsabilidade nesses dois sistemas.

Em síntese, o nexo de causalidade é o elemento essencial para imposição e mensuração da responsabilidade civil reparatória passível de ser compreendido como uma lei natural, ou seja, na demonstração da conduta como causa natural do dano. Esse elemento, todavia, sempre irá deter o elemento jurídico em sua composição, ou melhor, nesta pesquisa, não se observou hipótese de responsabilidade civil sem a qualificação da conduta por alguma fonte do direito que impute a obrigação de reparar.

Quando pensado em termos ideais, esse nexo é de rápida e fácil identificação, todavia, a situação torna-se mais complexa nos casos de causalidade múltipla, diga-se, nas situações em que atua uma “[...] cadeia de condições, várias circunstâncias concorrendo para o evento danoso, e temos que precisar qual dentre elas é a causa real do resultado” (CAVALIERI, 2019, p. 64). O que já se mostrava complexo pode se tornar de inviável verificação na

segunda fase da modernidade, diante da diversidade de causas e de culpados. Na modernidade tardia, os danos, por vezes, oriundos da própria modernização do sistema produtivo, podem deter inúmeras causas e culpados, dificultando a particularização do nexos e a subsequente responsabilização dos culpados (BECK, 2011). Essa condição dos danos, agravada nessa fase da modernidade, obstaculiza os clássicos meios de prevenção e reparação, como ocorre ao se limitar a responsabilidade civil exclusivamente à reparação individual do dano, esquecendo-se da utilidade das retribuições, facilitações/objeções e demais medidas de controle social.

2.2.4 A Necessidade de Comprovação dos Danos para Imputação de Responsabilidade Reparatória das Operadoras de Planos de Saúde por Danos Morais

A reação aos danos não é mais a mesma, seja em virtude de certo ampliar de informação sobre direitos por uma parcela da população ou, como prefere Aguiar Júnior (2000), em decorrência da comunicação de infortúnios na qualidade de escândalos pela mídia. Esse mesmo autor também propõe uma ampliação significativa no número de demandas na saúde privada nacional com destaque para aquelas sobre responsabilização de agentes de saúde e prestadores de serviços desse mercado, que detém arrimo na confusão entre direito à seguridade social e direito à cura, bem como em alterações na clássica relação entre agente de saúde e destinatário dos serviços.

A relação travada entre agente de saúde e destinatário dos serviços, por sua vez, tende a se modificar à medida que se confere papel ativo, enquanto sujeito de direitos e deveres, ao paciente, assim como ao se enfraquecer o clássico trato hierárquico e extremamente pessoal do médico de família. Nisso, até o processo de *objectivação* atua, tendo em vista que a proximidade entre médico e paciente começa a ser substituída por uma interação objetiva entre prestador de serviço e consumidor do mesmo, sendo admissível criticar a atuação médica nessa nova realidade.

Independente da causa, o interessante é observar que inúmeras situações de danos, antes discretamente toleradas sob a condição de infortúnio, hoje são pleiteadas em demandas judiciais (SOARES, 2018). Soma-se a isso a possibilidade de movimentos políticos, que exigiam mudanças, terem saído das ruas e adentrado nos tribunais, ou seja, se individualizaram. Esse contexto acaba por impor um custo diferenciado para os serviços privados de saúde, uma vez que sempre haverá a possibilidade de ser responsabilizado; logo, estimula-se a securitização dos serviços e, por conseguinte, a ampliação do custo dessa atividade (SCAFF, 2010).

Não só a reação aos danos se alterou, mas também a própria definição de dano se transformou. Um número significativo de questões já se solveria apenas com o ampliar das hipóteses de direitos e de interesses reconhecidamente legítimos, uma vez que os danos seriam lesões a direitos ou a interesses dotados de certa estabilidade, havendo quem indique que, para o caso de dano a um interesse certo, este também deva ser legítimo (PEREIRA, 2016). O próprio reconhecer da centralidade da personalidade, não enquanto direito, mas enquanto valor fundamental do ordenamento, atrairia “[...] uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente exigência mutável de tutela” (PERLINGIERI, 2008, p. 764). Nessa ordem de ideias, a própria centralidade da pessoa atrairia um número significativo de direitos e interesses legítimos, ampliando as hipóteses de prováveis danos injustos.

Isso não basta para descrever a concepção de dano reparável na hodierna dogmática cível, uma vez que o caráter de certeza também exige ser repensado. Nessa ordem de ideias, os “novos danos”, sem dúvida conexos ao reconhecimento da centralidade da personalidade no ordenamento, também se apresentam em situações de duvidosa certeza de ocorrência. A título de exemplo, pode-se pensar no dano pelo risco de adquirir determinada doença, sendo esse risco, malgrado dotado de duvidosa certeza, considerado dano compensável por Lopez (2010, p. 1231, grifo do autor):

Será possível caracterizar como dano (prejuízo) a ameaça ou risco de “danos graves e irreversíveis”? Existiria o “dano de risco”? Pensamos que é possível na teoria e na prática. Ainda nos socorrendo do direito à saúde, podemos lembrar de situações em que pessoas tiveram contato com algum vírus, mas não desenvolveram a doença ou porque ainda não passou o período da chamada “janela imunológica”, como no caso da AIDS, e não é possível averiguar se o exame vai dar positivo ou negativo; ou, então, porque há um lapso de tempo muito grande entre o contato e o desenvolvimento da doença, como no caso da temida “hepatite C”. Poderá pedir indenização pela ameaça ou risco de desenvolver a doença? O medo constante de ser portador de vírus de doença incurável é, com certeza, dano indenizável. Também poderíamos colocar a hipótese de uma ação civil pública contra o Município do Rio de Janeiro, em nome de toda a população carioca (não somente dos já contaminados), pelo risco de adquirir dengue por falta de precaução da Prefeitura do Rio de Janeiro. **O dano aqui é o risco.**

Em sentido similar, a radicalização dos efeitos da modernização e o surgimento de novos riscos permitem cogitar o surgimento de novos danos, alterando a própria definição desse elemento da responsabilidade civil, que se torna uma categoria fluida, dinâmica e dilatada (CARRÁ, 2015). Tal amplitude da definição de dano seria, inclusive, compatível

com certas formas de se compreender a responsabilidade civil reparatória – termo possivelmente redundante para muitos, mas que será justificado nos próximos capítulos – como se pode extrair da proposta de Rosendal (2017), segundo a qual se admite maior liberdade de atuação para o intérprete, inclusive com recurso às cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

O caráter espalhado dos danos pode ser também observado nas diversas categorias de danos, como, por exemplo, os danos sociais. Entenda-se por danos sociais, recorrendo à construção teórica de Azevedo (2009), aqueles prejuízos que atingem toda a sociedade, reduzindo o nível de qualidade de vida da população ou as condições coletivas de segurança nos moldes de uma indenização dissuasória ou indenização punitiva, respectivamente. O último caso, ínsito à punição, pode ser observado na hipótese de aliciamento contratual, que poderia ser cogitado no emblemático caso da Ambev e do Cantor Zeca Pagodinho, se não houvesse um *plus* de indenização imposto às partes promovidas (AZEVEDO, 2009). O primeiro caso de dano social, por sua vez, poderia ser cogitado na imputação de consequências jurídicas para empresas de transporte aéreo que sistematicamente atrasam seus serviços, ou, quem sabe, para operadora de planos de saúde que também nega/atrasa sistematicamente e indevidamente a liberação do custeio dos seus serviços de saúde.

Dessa forma, os danos passam a ocupar o local de centralidade no debate da responsabilidade civil reparatória, lugar antes dedicado à culpa (MENEZES; COELHO; BUGARIM, 2011). Em sentido similar, pode-se dizer que o dano, antes relegado a um patamar secundário na análise da responsabilidade civil, adquire relevância a ponto de, por si só, justificar a atuação do judiciário em certos casos de responsabilidade civil; logo, há uma ampliação quantitativa – número de demandas pleiteando reparação – e qualitativa – admissão de novos interesses tutelados pelos ordenamentos jurídicos – das hipóteses desse elemento da responsabilidade civil (SCHREIBER, 2015). Além da situação dos riscos e dos danos sociais, os danos morais ou, se preferir, extrapatrimoniais, também dialogam intensamente com essa definição ampla de dano, sendo essa característica observada de forma nítida nessa categoria de dano.

Neste momento, cumpre destacar os possíveis conteúdos do termo danos morais, bem como esclarecer em que sentido essa expressão é empregada. Malgrado se discorde dessa definição, os danos morais são, ordinariamente, relacionados ao sofrimento, ao vexame e demais emoções negativas. Mesmo com sua significativa adesão jurisprudencial, essa definição pode conduzir a um cenário de significativa insegurança, uma vez que o “[...] sofrimento, dor ou qualquer outra repercussão sentimental do fato sobre a vítima, cuja efetiva

aferição, além de moralmente questionável, é faticamente impossível” (SCHREIBER, 2014, p. 17). Nessa ordem de ideias, um conjunto significativo de pessoas, mesmo detendo proteção formal pelos direitos da personalidade, poderia ter negada a compensação pela violação desses direitos, sob a justificativa de que não sofre tal violação, o que se configuraria em uma espécie de imposição velada do arbítrio do magistrado sobre o que seria sofrimento, dessa forma, sendo as construções legais, jurisprudenciais e doutrinárias sobre os direitos da personalidade desprivilegiadas em detrimento de concepções pessoais de vida do intérprete.

Há outra forma de compreensão dessa categoria de dano, segundo a qual o dano moral representa a lesão a determinado atributo da personalidade. Em outros termos, seria a violação a um direito da personalidade, seja esse de previsão expressa, seja de previsão implícita na ordem jurídica nacional, como se pode extrair de trabalho de Schreiber (2015) sobre os novos paradigmas da responsabilidade civil. Miragem (2015) e Soares (2018) deduzem solução similar à anterior na medida em que concebem o dano moral em sentido amplo ou dano extrapatrimonial como a lesão a interesses não patrimoniais, de modo que, para sua avaliação – e não para sua identificação –, as consequências desse dano sejam analisadas. Para tanto, entenda-se por consequências do dano moral a dor, a frustração ou os sentimentos negativos oriundos da violação de direito da vítima.

Em todo caso, cumpre advertir que é possível encontrar soluções intermediárias entre essas duas definições ideais, como se pode observar no conceito de danos morais de Azevedo (2009) e de Cahali (2005). Segundo este último autor, os critérios distintivos fundados na exclusão – diga-se, a definição dos danos morais como somente aqueles danos sem qualquer repercussão de ordem patrimonial – seriam insatisfatórios; logo, propõe que dano moral seria qualquer lesão aos valores fundamentais da personalidade ou socialmente reconhecidos como fundamentais, sendo tal lesão identificável na dor e no constrangimento moral.

Para o primeiro autor, o dano moral seria aquele não-patrimonial e definido por exclusão, que ordinariamente é um dano de sofrimento, mas que também admite hipóteses alternativas, como no dano moral à pessoa jurídica, às pessoas naturais sem discernimento ou aos nascituros. Longe de concordar com todo o exposto por esse autor, especialmente no que tange à problemática dos direitos da personalidade e à pessoa jurídica – tema que exige análise própria –, pode-se reconhecer a utilidade de um de seus argumentos para admissão de danos morais, mesmo sem o sofrimento da vítima. Segundo esse argumento de Azevedo (2009), caso o dissabor fosse sempre essencial para a compensação do dano moral, as antigas razões, que inviabilizavam sua compensação em pecúnia e defendiam a necessidade de restaurar o *statu quo* por meios também morais, não poderiam ser desprezadas.

Em sentido similar, Perlingieri (2008) destaca a relevância dos direitos da personalidade na tutela de situações subjetivas existenciais, assim como ressalta a significância de certas situações patrimoniais para o livre desenvolvimento da personalidade ou, caso se prefira, para a realização da personalidade. Considerada a personalidade humana um interesse juridicamente relevante e representada nas situações existenciais ou patrimoniais correlatas à realização humana, a responsabilidade civil estende-se para as hipóteses de violação de tal interesse, consoante a proposta civil constitucional desse autor. Dentre as diversas formas de tutela da personalidade, podem-se citar, na condição de exemplos, a compensação por danos morais e a tutela inibitória.

Pode-se ir mais longe, compreendendo-se que a tutela da pessoa humana não detém seu conteúdo restrito aos direitos tipicamente previstos, mas admite situações atípicas nos termos da metodologia civil constitucional, uma vez que a proteção desse interesse exige uma tutela mutável e incessante pela ordem jurídica (PERLINGIERI, 2008). Na experiência jurídica nacional, essa incessante e mutável tutela se encontra positivada por meio de rol exemplificativo no capítulo II do primeiro título da parte geral da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), em que se previu a tutela da integridade psicofísica, moral e intelectual.

Para a previsão exemplificativa de direitos, todavia, exige-se a presença de uma técnica legislativa de maior liberdade para o intérprete, nominada de cláusulas gerais e compreendida enquanto uma espécie de texto normativo com maior possibilidade de adaptação às situações de fato, portanto, distingue-se da técnica legislativa regulamentar (PERLINGIERI, 2002). As cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados são, inclusive, mudanças na forma de legislar, distintas das regulações casuísticas e essenciais para se compreender o direito privado nacional por meio da metodologia civil constitucional (TEPEDINO, 2006a).

Nestes termos, o enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil (BRASIL, 2007a) correlaciona o rol exemplificativo de direitos da personalidade do Código Reale ou de qualquer outro diploma com a cláusula geral da dignidade da pessoa humana do art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) (BRASIL, 1988):

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação (BRASIL, 2007a).

Apesar da liberdade interpretativa conferida por essa cláusula geral e da subsequente admissão de direitos da personalidade atípicos, a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, não pode ser banalizada; de outra forma, pode instruir um número significativo de direitos, mas não pode estar em qualquer direito ou ser conferida para qualquer sujeito de direitos, como bem advertem Ascensão (2008) e Godinho (2014). Dedução similar pode ser extraída da proposta teórica de Perlingieri (2008), especialmente ao destacar o equívoco da extensão dos direitos da pessoa humana às pessoas jurídicas, uma vez que os interesses destas últimas são distintos e, no geral, de natureza patrimonial.

Em todo caso, esse grande princípio não aparenta ser banalizado pela extensão da responsabilidade civil para as hipóteses de violação do direito à saúde ou, pelo menos, não aparenta ser ao se compreender a saúde também como uma situação jurídica existencial – aspecto este englobado pela já reproduzida definição de direito à saúde de Perlingieri (2008). Certos entendimentos do STJ parecem conferir significância para o direito de acesso à saúde, nos quais operadoras de planos privados de saúde foram condenadas a compensarem os danos morais pela recusa indevida de custeio dos serviços de saúde, como se pode extrair dos seguintes Informativos desse tribunal: nº. 0279 da Quarta Turma (BRASIL, 2006), nº. 0348 da Terceira Turma (BRASIL, 2008a), nº. 0371 da Terceira Turma (BRASIL, 2008b), nº. 0393 da Quarta Turma (BRASIL, 2009a), nº. 0401 da Terceira Turma (BRASIL, 2009b), nº. 0411 da Terceira Turma (BRASIL, 2009c), nº. 0414 da Terceira Turma (BRASIL, 2009d), nº. 0424 da Terceira Turma (BRASIL, 2010a), nº. 0439 da Quarta Turma (BRASIL, 2010c), nº. 0458 da Quarta Turma (BRASIL, 2010f), nº. 0473 da Terceira Turma (BRASIL, 2011a), nº. 0491 da Quarta Turma (BRASIL, 2012b) e nº. 0526 da Terceira Turma (BRASIL, 2013).

Na maioria dessas situações, foi destacado o entendimento do STJ de que o mero inadimplemento contratual não ocasiona danos morais, todavia, esse entendimento não se adequava ao inadimplemento do custeio de tratamento por operadoras de planos privados de saúde por afetar um sujeito já fragilizado, ocasionando dor e sofrimento. Dessa forma, as manifestações do tribunal avançam ao conferirem certa significância ao direito de acesso à saúde, ainda que no âmbito das relações entre particulares, no que diz respeito à definição de dano moral, todavia, optam por entendimento distinto do instruído nesta pesquisa. Essas condenações não partem da violação de um direito da personalidade, mas de um suposto sofrimento; logo, reproduzem a primeira concepção de danos morais. Essa definição de danos morais não aparenta ser das melhores pelas razões já expostas.

Nessa ordem de ideias, se não verificado o sofrimento psicológico, não haverá condenação por danos morais, uma vez que o mero inadimplemento contratual não ocasiona

tal categoria de dano. Cabe advertir que existem manifestações do STJ que negam a condenação por danos morais quando constituído mero inadimplemento contratual com efeitos patrimoniais, não se verificando o sofrimento psicológico pela recusa de custeio de tratamento pela operadora de planos de saúde, uma vez que o segurado arcou pessoalmente com tal valor, como se pode extrair do Informativo nº. 0474 da Quarta Turma desse mesmo tribunal (BRASIL, 2011b).

O uso da expressão indenizar pela jurisprudência nacional – como se pode extrair dos informativos anteriores – também é controvertido, uma vez que empregam a terminologia para hipótese de responsabilidade civil reparatória por danos morais. Na doutrina italiana, a expressão indenização era empregada para os fatos ilícitos danosos, enquanto o ressarcimento se destinava ao mero fato ilícito, todavia, existem outras definições (PERLINGIERI, 2008). Esse mesmo autor destaca a possibilidade de o ressarcimento designar qualquer hipótese de dano injusto, prescindindo da análise da licitude; a indenização, por sua vez, destina-se à hipótese de danos não necessariamente injustos.

Na experiência jurídica nacional, o termo indenizar opõe-se à expressão compensar. O primeiro designa a eliminação do prejuízo causado pelo ato, enquanto o segundo tenciona conferir uma satisfação para acalmar os ânimos da vítima, uma vez que jamais se poderão eliminar os efeitos da conduta por completo (GOMES, 2002). Também em âmbito nacional, pode-se cogitar que, para os danos patrimoniais, opera-se o ressarcimento, ou seja, repõe-se o patrimônio ao seu estado anterior, como se não houvesse dano (CAHALI, 2005). Segundo este último autor, os danos extrapatrimoniais, de maneira distinta, serão apenas compensados, diante da impossibilidade de extinguir o prejuízo. Como também se pode extrair de Soares (2018), o termo compensar figuraria de melhor técnica ao se designar a responsabilidade civil por danos morais em detrimento das expressões indenizar ou ressarcir.

Os danos morais foram um dos temas mais controvertidos da responsabilidade civil na década de 90, especialmente no que tange à sua quantificação, uma vez que certas posições instruíam o aspecto meramente compensatório dessa categoria de dano, enquanto outras admitiam também sua função repressiva nos moldes de um adendo ou *plus* (AZEVEDO, 2009). A ausência de critérios claros e incontestes na legislação, bem como a imponderabilidade objetiva de tais prejuízos, indica certa dificuldade para uma justa compensação (SOARES, 2018). Como bem evidencia Rosenvald (2017), a ausência de pacificação sobre os critérios para quantificação de tais danos ainda perdura na hodierna dogmática cível nacional, havendo posições das mais variadas, seja na doutrina, seja na jurisprudência.

Sobre a quantificação dos danos à pessoa, a metodologia civil constitucional propõe o recurso à liquidação equitativa, enquanto critério idôneo para mensurar tal categoria de dano, que confere uma compensação personalizada ou individualizada ao atentar às particularidades da pessoa (PERLINGIERI, 2008). Nessa ordem de ideias, um dano ao joelho de um jogador, maratonista, atleta amador ou pessoa residente em prédio desprovido de elevador seria mensurado de maneira distinta por sua condição peculiar, desde que aplicado esse critério de maior flexibilidade e discricionariedade para o intérprete. A liquidação equitativa também inviabiliza a imposição de valores máximos ou determinados previamente para a compensação por danos morais ou extrapatrimoniais.

Na ordem jurídica nacional, a liquidação equitativa encontra previsão expressa no parágrafo único do art. 953 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), todavia, tal forma de quantificação de danos não se resume aos casos de ausência de prova da extensão do prejuízo material por prática de injúria, difamação ou calúnia. Essa previsão da liquidação equitativa admite aplicação também para hipóteses de compensação por danos morais (DIREITO; CAVALIERI FILHO, 2011). Diante da possibilidade de se aplicar a liquidação equitativa para os danos morais na ordem jurídica nacional, pode-se cogitar a impropriedade de propostas limitativas da compensação por danos morais, uma vez que essa categoria de dano é inestimável, exigindo-se análises personalizadas, todavia, há de se conferir coerência a casos análogos com respaldo na segurança jurídica (MIRAGEM, 2015).

A impossibilidade de tarifação ou tabelamento dos valores de compensação por danos morais encontra fundamento também em diversos precedentes do STJ, corroborando o teor do enunciado nº. 281 da súmula de jurisprudência desse tribunal, segundo o qual “A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa” (BRASIL, 2004). Cumpre destacar que previsões tabeladas de danos morais podem, em certas situações, ser úteis para a vítima, especialmente diante dos *lobbys* da praxe jurídica nacional, como aqueles da indústria do dano moral e da supervalorização de situações subjetivas existenciais. Em outros termos, a proteção, por vezes, pode surgir dos diplomas mais improváveis, malgrado tal serventia jamais justifique tais produções legais.

A proposta de liquidação equitativa e a impossibilidade de tabelar danos morais foram também referendadas pelo STJ por meio do método bifásico, consoante o julgamento do REsp. nº. 1152541/RS de relatoria do ministro Paulo de Tarso Sanseverino (BRASIL, 2011c). Esse método secciona a quantificação do dano moral em duas fases, tendo a análise de grupos de julgados do STJ na condição de sua primeira fase. Após explorar os valores das condenações em julgados análogos, pode-se partir para a segunda fase de tal método, em que

há a aplicação de seus critérios. A segunda fase permite adaptar a compensação às condições específicas do caso, uma vez que tais critérios conferem certo grau de discricionariedade ao intérprete.

Além de instruir critérios próprios para a quantificação dos danos morais, esse método também referenda aqueles previstos na Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), especificamente no art. 944, *caput* e parágrafo único, bem como no art. 945; logo, a extensão do dano, o grau de culpabilidade do agente e a contribuição causal da vítima são parte do conteúdo de tal método. Os demais critérios do método bifásico são: a) as condições econômicas, político-sociais, culturais e psicológicas dos envolvidos para se evitarem o enriquecimento sem causa e a ruína do ofensor; e b) a natureza pedagógica dos danos morais. Nessa ordem de ideias, pode-se reproduzir os termos gerais de tal sistema de quantificação dos danos morais, *ipsis litteris*:

Na primeira fase, arbitra-se o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico lesado, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Assegura-se, com isso, uma exigência da justiça comutativa que é uma razoável igualdade de tratamento para casos semelhantes, assim como que situações distintas sejam tratadas desigualmente na medida em que se diferenciam. Na segunda fase, procede-se à fixação definitiva da indenização, ajustando-se o seu montante às peculiaridades do caso com base nas suas circunstâncias. Partindo-se, assim, da indenização básica, eleva-se ou reduz-se esse valor de acordo com as circunstâncias particulares do caso (gravidade do fato em si, culpabilidade do agente, culpa concorrente da vítima, condição econômica das partes) até se alcançar o montante definitivo. Procede-se, assim, a um arbitramento efetivamente equitativo [*sic*], que respeita as peculiaridades do caso (BRASIL, 2011, p. *on-line*).

Malgrado o método bifásico seja um instrumento útil para a quantificação dos danos morais, alguns de seus critérios podem ser objetos de crítica, especialmente aqueles atinentes à condição econômica da vítima e do ofensor, bem como o caráter pedagógico dos danos extrapatrimoniais. A condição econômica da vítima, primeiro critério criticado, tem por fundamento evitar o enriquecimento ilícito da vítima, como se pode extrair do teor do REsp. nº. 1152541/RS (BRASIL, 2011c).

Em sua proposta de quantificação dos danos morais, Rosenvald (2017) propõe extrair a análise da condição econômica da vítima da quantificação dos danos morais, mas também destaca o corriqueiro recurso ao mesmo critério pelos tribunais nacionais. Os argumentos para tal proposta são: a) a invariabilidade da extensão do dano de acordo com a condição econômica da vítima; e b) a impossibilidade de graduar a dignidade humana, uma vez que

constitui um valor absoluto, detendo a análise desse critério a potencialidade de violar tal fundamento.

O estudo da condição econômica do ofensor e seu grau de culpa, por sua vez, buscava conferir um aspecto pedagógico aos danos morais ao variar o montante da condenação de acordo com tais critérios. Nessa ordem de ideias, quanto maior a culpa e a condição econômica do ofensor, maior haveria de ser o montante de sua condenação para servir de desestímulo. Como argumenta Rosenvald (2017), esses critérios, apesar de empregados de forma ampla pelos tribunais, acabam por confundir a compensação dos danos morais com a retribuição pela prática de um ilícito, instruindo insatisfatória reparação, assim como uma imperceptível punição e repressão.

Nessa ordem de ideias, a condição econômica do ofensor, bem como o grau de reprovabilidade de sua conduta, deveria ser critério para a quantificação da pena civil, e não da reparação por danos morais, consoante a proposta desse autor. Uma vez afastadas essas variáveis da análise das condenações por danos morais, amplia-se a segurança jurídica na avaliação de casos futuros, visto que haverá um número reduzido de razões para alterar o resultado. Em outros termos, a liquidação equitativa da condenação por danos morais será simplificada ao se afastarem tais critérios, conferindo maior certeza à possível razão de determinado montante.

Essa proposta de quantificação dos danos morais detém esteio em certas premissas, quais sejam: a) a pena civil, inclusive o instituto dos *punitive damages*, não guarda identidade com os danos extrapatrimoniais; b) a pena civil somente será aplicável se demonstrada a culpa *latu sensu* do agente; e c) existe autonomia entre as condenações por danos morais e aquelas que impõem uma pena civil (ROSENVALD, 2017). Dessa forma, é possível haver a imposição de pena civil, ainda que sem a condenação por danos morais, uma vez que não se exige a demonstração do dano e de seu nexos com a conduta na pena civil. Sob outra perspectiva, pode haver a condenação por danos morais sem a imposição de pena civil, visto que esta última exige demonstração do elemento volitivo, bem como intermediação legislativa específica para impor tal retribuição.

A resignificação da responsabilidade civil, proposta por Rosenvald (2017), não se resume a implementar retribuições negativas na responsabilidade civil, mas também tenciona instruir meios de promoção de condutas exemplares. Em sua pesquisa, parte-se das concepções de mérito, débito e demérito de Kant (2017) para se instruírem três padrões ou *standards* de diligência na responsabilidade civil, representados na ausência de diligência, na diligência ordinária e na diligência extraordinária.

Nos termos dessa proposta, a ausência de diligência seria fundamento para a imputação de uma retribuição negativa pelo instituto da pena civil, desde que presentes os requisitos de sua imposição. Essa retribuição teria a aptidão de ser aplicada juntamente com a reparação dos danos, mas nada impede situações distintas, visto que há autonomia entre a retribuição negativa por uma pena civil e a compensação por danos. No segundo padrão, a imposição de consequências jurídicas limita-se à reparação dos danos, não havendo imposição de retribuições negativas.

Na diligência extraordinária, o agente, além de não sofrer os efeitos da pena civil, também poderá ser retribuído positivamente, sendo cogitada a criação de cadastros positivos de louváveis agentes econômicos, a oferta de empréstimos com juros diferenciados pelo Estado e a facilitação da prática de atos meritórios (ROSENVALD, 2017). A diferença de trato em tais estágios encontraria fundamento na aplicação do art. 944, parágrafo único, da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), cumulada com a previsão legal específica de retribuição positiva ou negativa, uma vez que o primeiro dispositivo permite reduzir e ampliar a condenação, ainda que a ampliação seja uma questão polêmica e de parca adesão.

Cumprе destacar que tal segmentação é uma proposta ideal, ou seja, versa sobre como deveria ser a responsabilidade civil nacional, e não sobre como ela é, uma vez que, para retribuições negativas e positivas, exige-se intermediação legislativa. Em todo caso, já existem certas previsões de pena civil na Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), como será visto a seguir. A compreensão da proposta de ressignificação da responsabilidade civil por Rosenthal (2017) exige maiores comentários, especialmente no que se refere à retribuição negativa.

Em sua proposta, esse autor distingue os meios de atuação da responsabilidade civil ao reparar e retribuir. A hodierna dogmática civil, no que se refere à reparação de danos, confere ampla liberdade ao intérprete, em decorrência do recurso às técnicas legislativas das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. Esse âmbito da responsabilidade civil também sofreu os efeitos do processo de *objectivação* na medida em que instruiu um sistema de repartição de riscos sem a análise do elemento volitivo do agente para imposição da obrigação de reparar.

A retribuição, seja essa positiva, seja negativa, dependerá de regulação legal casuística, ou seja, de previsões específicas e circunstanciadas sobre os fatos e suas consequências jurídicas em respeito à propriedade e à liberdade econômica dos agentes econômicos. Nessa ordem de ideias, a retribuição, enquanto uma das consequências da

responsabilidade civil, exige intermediação legislativa para ser instruída. Os meios de retribuição negativos ou repressivos são nominados por Rosenvald (2017) de sanções civis, podendo ser essa categoria segmentada em pena privada e pena civil.

A pena privada é espécie de sanção civil de finalidade punitiva secundária, visto que é desencadeada pelo dano e tem por função neutralizar os efeitos do inadimplemento contratual (ROSENVALD, 2017). Essa categoria de sanção civil pode ser exemplificada nas cláusulas penais, assim como nas medidas aplicadas aos associados pela associação. A liberdade de negociação é o fundamento de tal categoria de sanção civil, sendo esta estabelecida pelos contraentes com o fito de se desencorajar a inexecução do negócio jurídico, bem como de se estabelecer previamente o custo de tal risco. Essa categoria de sanção civil, apesar de sua significância prática, não detém aparentemente utilidade para esta pesquisa, razão para não se desenvolverem mais comentários a respeito.

A pena civil, diferentemente, detém maior utilidade para esta análise, por representar hipótese de retribuição oriunda de construção democrática, e não de acordo entre as partes. Essa espécie de sanção civil, por sua vez, tem finalidade punitiva primária, visto que tenciona desestimular a prática da conduta ilícita em si, seja essa conduta correlata a negócio jurídico, seja extra negocial, não chegando sequer a se verificar existência de danos (ROSENVALD, 2017). Malgrado a pena civil se assemelhe às penas da esfera penal, seus reflexos são meramente patrimoniais, uma vez que seu descumprimento não motiva o recurso a penas restritivas de liberdade.

Nessa ordem de ideias, a pena civil e a reparação são categorias autônomas dentro da responsabilidade civil nacional, podendo-se exemplificar a primeira categoria em sanções correlatas à reparação ou múltiplos reparatórios, bem como em imposições exclusivas de penas, como se pode cogitar a partir dos a) *punitive damages*; b) sanções impostas aos condôminos pelo condomínio; c) sanção de exclusão da sucessão dos herdeiros ou legatários indignos no art. 1814 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002); d) sanção de perdimento de bens imposta ao herdeiro que os sonega no art. 1992 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002); e) sanção de revogação de doação por ingratidão no art. 555 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002); f) sanção imposta ao credor por demandar dívida não vencida ou dívida já paga nos art. 939 e 940 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002); g) sanção imposta ao aliciador de serviços no art. 608 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002); e h) sanção imposta ao credor pela cobrança indevida no art. 42, parágrafo único, da Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b).

Os presentes exemplos permitem deduzir que o intento da pena civil não se resume à tutela de interesses individuais, mas tenciona respaldar questões de relevância coletiva às quais se adequariam os intentos de efetividade do direito de acesso à saúde no âmbito da saúde privada. Caso a tutela da saúde, enquanto situação subjetiva existencial, e a proteção do consumidor não forem suficientes para justificar o interesse coletivo de tal problema, a possibilidade de os custos, já devidamente adimplidos pelos consumidores, recaírem sobre o erário público tem aptidão de confirmar tal interesse.

Os valores dessas sanções também não violam a vedação de enriquecimento sem causa, uma vez que a pena civil detém escopo distinto de tal instituto (ROSENVALD, 2017). Nos termos desse mesmo autor, a pena civil tenciona prevenir comportamentos lesivos à sociedade, bem como retribuir os causadores desse tipo de comportamento, enquanto o enriquecimento sem causa busca impedir ganhos patrimoniais desprovidos de justificativa. Caso a pena civil viole tal previsão, todas as demais modalidades de multas impostas pelo Estado, sejam essas administrativas, sejam penais, também incorreriam em tal violação.

Uma dedução similar pode ser extraída de argumentos desenvolvidos na pesquisa de Soares (2018); esses tencionam justificar a inaplicabilidade do instituto da vedação de enriquecimento sem causa para as retribuições produzidas pelas funções preventiva e punitiva na responsabilidade civil por danos morais. Esses argumentos podem ser sintetizados na presença de decisão judicial para constituição de tal sanção, bem como na destinação de tais valores para o Estado ou instituições assistenciais.

As penas civis detêm regramento distinto da reparação, uma vez que são pessoais, intransmissíveis, indisponíveis, excepcionais, taxativas e exigem intermediação legislativa (ROSENVALD, 2017). Inicialmente, esse regramento exige a análise do elemento volitivo do ofensor, bem como impossibilita a transferência da pena civil para o patrimônio de um garante. A impossibilidade de securitização da pena civil advém dos arts. 762 e 768 da Lei nº. 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), que afastam a cobertura de seguros para atos dolosos ou que tiveram seu risco ampliado pelos próprios segurados.

A pessoalidade e intransmissibilidade não inviabilizam a aplicação de tal categoria de sanção civil para as pessoas jurídicas, desde que a conduta ilícita se insira em uma atividade de gestão da empresa (ROSENVALD, 2017). Em tais condenações, a pessoa jurídica não responde por fato de outrem, mas será responsabilizada por fato próprio; logo, os empregados ou prepostos atuam nos moldes de mero instrumento para prática do ilícito. Nessa ordem de ideias, as operadoras responderiam por conduta própria, e não por fato de terceiro, não havendo necessidade de se discutirem questões atinentes à solidariedade.

No que tange à taxatividade e à intermediação legal prévia, é possível se identificarem entendimentos diversos. Certas propostas teóricas tencionam viabilizar penas civis por meio do recurso a cláusulas gerais e a conceitos jurídicos indeterminados, especialmente de textos normativos vinculados aos direitos da personalidade, como se pode extrair da proposta de Bricola (1997). Em que pese a praticidade do recurso a cláusulas gerais, essa proposta não parece ser adequada em razão do significativo grau de intervenção das retribuições, assim como não se coaduna com a função de ampla dissuasão da pena civil (ROSENVALD, 2017). Ou seja, o diferenciado grau de dissuasão de tal medida indireta de controle social, se comparado ao da reparação, exigiria previsão legal específica voltada para a identificação dos fatos ilícitos e de suas consequências jurídicas para cumprir seu intento de desincentivo de tais condutas, bem como para a segurança na atuação econômica exemplar. Em outros termos, tal previsão legal não deveria ser concebida tendo como orientação tão somente a punição, mas também a promoção daqueles que demonstram conduta meritória.

Na pena civil, ao se afirmar sua autonomia da reparação, houve a abdicação de analisar um elemento da responsabilidade civil, mais especificamente o dano. Certas propostas, ao abdicarem da análise desse elemento da responsabilidade civil, instauram um sistema distinto de imputação de consequências nominado de responsabilidade civil sem dano, como se pode observar na construção teórica de Rosenvald (2017). Propostas dessa natureza não encontram adesão no unânime no âmbito nacional, em decorrência de críticas, sejam essas sobre a utilidade da retribuição negativa na responsabilidade civil, sejam sobre a possibilidade de se instruírem modalidades de responsabilidade civil sem dano.

Na quantificação dos danos morais ou extrapatrimoniais, podem-se encontrar divergências até nas propostas que admitem uma diversidade de funções da responsabilidade civil. Isso pode ser observado nas distinções entre a proposta de Rosenvald (2017) e de Soares (2018). Esta última objetiva manter a função preventiva e punitiva na quantificação dos danos morais, sob os argumentos de que os critérios, representativos dessas funções, não se confundem com os *punitive damages* ou com outra hipótese de pena civil, assim como representam uma maneira de profunda e integral reparação dos danos extrapatrimoniais.

Nessa ordem de ideias, o critério da natureza pedagógica ou punitiva dos danos morais não haveria de ser excluído de sua quantificação, dado que representa uma forma autônoma de concretizar as funções preventiva e punitiva na responsabilidade civil. Apesar de tal proposta sustentar a utilidade do recurso a critérios dissuasórios, pedagógicos e até punitivos pelos tribunais na quantificação dos danos morais, também reconhece a significativa

insegurança e dificuldade na liquidação dessa categoria de dano, em decorrência da ausência de previsão legal objetiva sobre a matéria.

Pode-se também observar significativas críticas sobre a utilidade da retribuição negativa na responsabilidade civil com destaque para as temáticas atinentes aos critérios de quantificação dos danos morais e o recurso aos *punitive damages*. Críticas dessa natureza podem ser identificadas na proposta teórica de Schreiber (2002), que, ao analisar a quantificação dos danos morais em âmbito nacional, sugere a substituição do aspecto dissuasivo, pedagógico ou punitivo pela reparação não patrimonial. Argumentos similares são desenvolvidos em trabalhos atuais desse mesmo autor, como se extrai de suas pesquisas sobre os direitos da personalidade (SCHREIBER, 2014) e sobre os novos paradigmas da responsabilidade civil (SCHREIBER, 2015).

As críticas, dotadas de superior adesão, podem ser identificadas no discurso da essencialidade dos danos para a responsabilidade civil; em outros termos, só haveria responsabilidade civil na hipótese de ilícito danoso, podendo ser tal manifestação encontrada nas obras de Aguiar Dias (2011), Azevedo (2011), Cavalieri (2019), Gonçalves (2016), Pereira (2016) e Rizzardo (2019). Nessa ordem de ideias, a proposta de uma responsabilidade civil sem dano não encontra ainda significativa adesão doutrinária, uma vez que a reparação é compreendida como a única resposta do ordenamento no âmbito da responsabilidade civil.

As propostas de responsabilidade civil sem dano, bem como a temática da essencialidade dos danos, também foram objeto de trabalho de Carrá (2015), no qual se concluiu pela impossibilidade e desnecessidade de se instruírem sistemas de responsabilização civil sem dano. Em tal pesquisa, argumentou-se que o conceito de dano foi ampliado de maneira significativa no direito civil nacional para incluir categorias de lesões antes não responsabilizadas, como os próprios danos morais, dano pelo risco, dano pela perda de chance, danos sociais, conseguindo-se atender às necessidades da sociedade na modernidade tardia.

Nessa ordem de ideias, conclui-se pelo avultar do conceito de dano a ponto de não haver necessidade de abdicar de tal categoria, todavia, reconhece-se a presença de situações limítrofes aproximadas ao conceito de responsabilidade civil sem dano, dentre as quais se podem destacar os danos de natureza coletiva, presumidos, pela perda de chance, morais, assim como a pena civil (CARRÁ, 2015). Ainda em tal pesquisa, destacou-se a necessidade de se gerirem os danos de maneira “conglobante”, valendo-se de um termo do referido autor, portanto, deve-se observar as respostas do ordenamento de maneira geral, não se limitando às da dogmática cível para se proporem novas medidas de controle social em qualquer ramo do

direito. E não só isso, as respostas do próprio mercado consumidor também deveriam ser consideradas para se chegar às prováveis respostas do direito.

Observados tais aspectos, poder-se-ia instruir um sistema de responsabilidade civil de demasiado rigor, a ponto de este afastar investimentos e inviabilizar mercados, mas ainda assim sem certeza de sucesso. Em propostas de alteração do sistema de responsabilização das operadoras de planos privados de saúde, o argumento da necessidade de análise “conglobante” do risco de dano adquire significância, diante da atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Podem-se destacar as diversas sanções administrativas do art. 25 da Lei n°. 9656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998), que vão desde advertências, passando por multas, suspensões, até o cancelamento de autorização de funcionamento da operadora com a alienação de sua carteira.

Cumprir destacar que a efetividade de tal atuação administrativa é questionada em certas pesquisas, sob a assertiva de que os descumprimentos contratuais se reiteram, corroborando a sensação de ineficiência do Estado, como se pode extrair da necessidade de atuação das funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil nas relações de consumo, conforme advertido por Soares (2018). Em todo caso, o argumento da necessidade de análise “conglobante” do risco de dano, talvez melhor designado como uma análise arquitetônica de todas as medidas de controle social, deve ser considerado durante a construção democrática em espaços públicos.

2.2.5 A Imputação de Responsabilidade por Fatos Jurídicos Internos ao Processo Produtivo na Responsabilidade Reparatória das Operadoras de Planos de Saúde por Danos Morais

A responsabilidade civil sofreu significativas mudanças nas temáticas atinentes ao caso fortuito e à força maior, o que provavelmente a distanciaria dos clássicos sistemas de imputação de consequências jurídicas. A admissão da responsabilidade civil reparatória pelos fatos jurídicos internos ao processo produtivo, ou seja, a confirmação de certas situações em que sujeitos são obrigados a repararem pela mera prestação de sua atividade econômica aparta essa atual sistemática das clássicas formas de responsabilização, devendo o sujeito internalizar os custos de prováveis reparações no preço de seus produtos por intermédio da securitização dos danos de seu negócio.

Sem o intuito de adentrar nas definições de caso fortuito e força maior, as quais exigiriam estudo específico sobre o tema, especialmente no que concerne à distinção entre

esses institutos, mas apenas para explicitar o conteúdo desta exposição, deve-se apresentar o que se compreende por fortuitos internos. Como se pode extrair de Cavalieri (2019), esses seriam fatos jurídicos inevitáveis, em decorrência de sua imprevisibilidade, que se vinculam à organização da empresa, representando os riscos da atividade desenvolvida.

A título de exemplo de responsabilização por fortuito interno, pode-se citar a decisão da Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS) (BRASIL, 2016a), tese esta confirmada pelo STJ no AREsp nº. 1032668/RS (BRASIL, 2017c). Nesses precedentes, os tribunais reconheceram a responsabilidade por atraso ou cancelamento de voo, ainda que comprovada a mera ocorrência de mau tempo, sem a demonstração de circunstâncias climáticas de absoluta excepcionalidade a ponto de inviabilizar o transporte aéreo de passageiros.

Em que pese a sua distinta conceituação de fortuito interno, a Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT-1) reconheceu a internalização do risco inerente ao dano material pela suspensão indevida de plano de saúde na atividade do empregador no julgamento do Recurso Ordinário (RO) nº. 0001569-05.2012.5.01.0053 (RIO DE JANEIRO, 2014). Em outros termos, a turma reconheceu a responsabilidade por danos materiais do empregador pela suspensão de plano de saúde – oferecido ao empregado na condição de benefício indireto – por se tratar de fortuito interno à sua atividade econômica.

Neste exemplo mais aproximado do objeto desta pesquisa, bem como no anterior, verifica-se a imputação de responsabilidade por acontecimentos pelo mero exercício de determinada atividade econômica. Deve-se compreender, desde já, que a hodierna responsabilidade civil por fato alheio não é produto do arbítrio da vítima, visto que esta jamais poderá escolher a seu bel-prazer sobre quem recairá os efeitos da imputação judiciária. Inclusive, para certos teóricos, como se pode observar em Pereira (2016), deve haver previsão legal cumulada com interpretação restrita dessas exceções ao princípio de que cada um responde pela sua própria culpa – *unuscuque sua culpa nocet*. A questão da previsão legal, se analisada sob vertente de maior liberdade ao intérprete, poderia ser extraída de cláusulas gerais ou de conceitos jurídicos indeterminados.

3 REFLEXÃO E INSTRUMENTALIZAÇÃO DO ALCANCE GERAL A PARTIR DA RESPONSABILIDADE KANTIANA

3.1 A POSSIBILIDADE DE REPENSAR A RESPONSABILIDADE CIVIL DAS OPERADORAS DE PLANOS DE SAÚDE COM FUNDAMENTO NA IMPUTAÇÃO JUDICIÁRIA KANTIANA

Em uma de suas acepções, o vocábulo pesquisa pode ser concebido como um processo científico de descoberta da realidade; em outras palavras, a pesquisa é compreendida como um processo de reprodução da realidade. Quando se destaca essa capacidade humana de retratar a realidade, não se deseja afirmar uma mera reprodução, desprovida de caráter criativo e invariável de acordo com o arcabouço teórico do sujeito, mas se evidencia a propriedade inovadora da abstração.

Assim como uma determinada abstração guarda relação com os aspectos da realidade da qual se originou, mas jamais a representa completamente, uma pesquisa científica de modo algum ofertará uma posição completa e acabada sobre um tema. A incompletude da abstração transforma o processo científico em uma tarefa interminável de aproximações da realidade, posto que todo aspecto da realidade pode ser reproduzido por um ato de abstração, todavia, nenhum ato ou conjunto de atos pode abstrair toda a realidade (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2012).

A pesquisa teórica, uma das tendências ou vieses de classificação da pesquisa científica, não deve representar uma mera reprodução de teorias alheias, mas buscar formar uma personalidade teórica própria por meio de um diálogo congruente entre autores e enfrentamento de novas polêmicas (DEMO, 2013), sendo indicado conferirem-se também as obras de Gil (2010) e Medeiros (2012) para uma visão geral sobre os vieses da pesquisa científica. Nesses termos, a pesquisa teórica deve buscar oferecer novas contribuições para a disciplina. Tamanha é a importância da pesquisa teórica como uma proposta minimamente inovadora, que, sem a mesma, inexitem atividades de docência e discência.

Esse viés da pesquisa científica guarda maior proximidade com os fins específicos do presente estudo de cunho dogmático, tendo mérito ao idealizar padrões de orientação para o desenvolver de qualquer pesquisa. Isso, pois, a depender de seus conceitos, padrões, molduras, quadros ou consensos teóricos, podem surgir leituras distintas da mesma realidade ou pode essa realidade ser vista por vieses distintos.

Mesmo uma leitura de uma abstração de outrem, enquanto objeto de sua própria pesquisa, pode encontrar certo grau de variabilidade, maior ou menor, a depender dos consensos que instruem o seu pensar, ou seja, o arcabouço teórico que sustenta e permite sua compreensão sobre determinado objeto. Assim, pode-se extrair que uma “[...] teoria é parte do objeto que descreve. ‘Objeto’ e ‘teoria’ implicam entre si. A teoria é um processo de reflexão do objeto, que, adquirindo materialidade através de sua teoria, não é mais apenas uma construção semântica e torna-se um objeto” (GIORGI; NUZZO, 2015, p. 86).

Por essa razão, cumpre advertir o leitor que o presente estudo, ao se propor a reler a dogmática cível da responsabilidade dos planos privados de saúde com fundamento na noção kantiana de direito, tenciona manter um mínimo de autenticidade com a proposta do filósofo de *Königsberg*, todavia, não há maior autenticidade e confiabilidade do que admitir os limites de sua própria racionalidade. Dessa forma, não se deseja substituir a proposta kantiana de responsabilidade, ou determinar qual seja os conceitos kantianos de responsabilidade, mas meramente destacar uma leitura própria dessas ideias cumulada com a justificação, para tanto, representando uma aproximação entre os tradicionais problemas da filosofia jurídica e as modernas investigações metodológicas, em decorrência da probabilidade de se produzirem “resultados interessantes” (Cf. ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2012, p. 4); em outros termos, tais resultados têm que ver com a aptidão de ofertar alternativas à inefetividade de acesso à saúde.

Cumpre advertir o leitor, desde já, quanto à existência de uma provável incongruência entre a proposta kantiana de Direito e aquela defendida por Giorgi e Nuzzo, no que se refere especificamente ao fito do direito na modernidade e às soluções empregadas pelo direito Penal (Cf. GIORGI; NUZZO, 2015). De toda maneira, a proposta do presente estudo é aplicar as noções kantianas ao âmbito cível, com o fito de corroborar efeitos patrimoniais por atos desconformes, jamais restrições de prerrogativas existenciais que se tornariam incongruentes com a proposta dos primeiros autores.

Até o presente momento, buscou-se oferecer certos contornos da concepção de abstração, recorrendo ao conceito de realidade, todavia, impende destacar o que se compreende por realidade, especialmente, pelo fato de, no presente estudo, buscar-se demonstrar a dogmática jurídica privada contemporânea, bem como a proposta do direito racional em Kant, ou, pelo menos, uma autêntica realidade fundada nessas anteriores propostas de realidade. Essas realidades se conectam na medida em que as primeiras – dogmática jurídica privada contemporânea e a proposta do direito racional em Kant – são os pontos de partida e fundamentos da segunda. Nesses termos, ao se observar e refletir sobre um

objeto, é inventada uma nova expectativa de realidade, enquanto produto de um pensamento circular, que detém uma probabilidade de se tornar autônoma ao ocorrer a aceitação ou recusa de suas expectativas (GIORGI; NUZZO, 2015).

A depender do âmbito de enfoque da pesquisa, ou mesmo do arcabouço teórico do pesquisador, podem-se resultar distintas leituras do mesmo objeto ou visões distintas de particularidades de seu objeto, tendo-se em mente a seguinte justificativa:

Cada ciência social dedica-se a uma faceta da realidade. É uma das formas de vê-la. Ao mesmo tempo, não se dedicando a outras facetas, inevitavelmente deturpa a realidade, se perder de vista que é uma faceta entre outras. Ver a realidade apenas psicologicamente é clara deturpação, comum, por exemplo, em psicólogos que não percebem outra coisa no homem senão sexo, ou em economistas que nada mais percebem do que determinações de ordem material, ou em antropólogos que não vêem outra coisa que mitos e ritos (DEMO, 2013, p. 25).

Há o fito de se abstraírem características de um objeto, ou seja, qualquer processo de descoberta científica representa uma constante tentativa de reduzir a complexidade do mundo, assim o tornando previsível e seguro. Nesse aspecto, criar realidades, pela observação e reflexão sobre um objeto, tem em todo caso um propósito de sujeição do objeto, ainda que implícito. A criação de conhecimento, ordinariamente, ocorre senão em questões socialmente significativas, posto que a invenção de realidades, pelo processo científico, é produto do interesse humano. Nessa ordem de ideias, a pesquisa pode ser compreendida como um instrumento de dominação do objeto para atender às necessidades humanas.

A ciência não é a única maneira de manipular ou abstrair a complexidade do mundo para o tornar previsível, seguro e controlável. Assim como a ciência, o misticismo, a religião e o direito são maneiras distintas de abstrações do mundo, permitindo a estabilidade de um mínimo de expectativas, sob as quais as sociedades se estruturam. Apesar de todas essas formas de conhecimento figurarem maneiras de abstração da realidade, é possível “distinguir três grandes etapas no processo de conhecimento: (a) a fase dos reflexos primordiais; (b) a fase do saber; (c) a fase da ciência. Em todas elas, a natureza do conhecimento é a mesma: a capacidade que o ser vivo possui para representar o mundo que o rodeia e reagir a ele” (RICHARDSON, 2017, p. 10).

Um cientista, todavia, ao propor uma abstração da realidade, apenas destaca algumas possíveis respostas para um número de questões; logo, não busca afirmar, ou, pelo menos, não deveria afirmar, poder solver qualquer problema imaginável. Somente a jurisprudência, em

decorrência da sua suposta plenitude hermenêutica, arrisca-se a resolver todo e qualquer problema real ou imaginável (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2012).

Essa busca por um número desmedido de respostas demonstra que o direito, especialmente por intermédio de sua noção de norma jurídica, também se apresenta como uma relação de dominação, portanto, mantém ou altera a realidade fática por meio da coerção e promoção. Mesmo ao se conceber o direito como a conjunção entre coerção e correção, ou, em outros termos, ainda que se reconheça a coerção estatal apenas enquanto legitimada na tutela da liberdade individual e produto do contrato social, a relação de dominação ainda é um dos elementos da concepção de direito.

Dessa forma, mesmo o direito compreendido em conformidade com a liberdade segundo leis gerais, “é inseparável, segundo um princípio de contradição, da faculdade de obrigar ao que se opõe a seu livre exercício” (KANT, 2013, p. 50). Invariavelmente, as concepções de direito, ao reconhecerem a liberdade como direito inato, destacam o caráter de coerção do direito; de outra maneira, admitem o direito como um instrumento de dominação desde que se figure uma resistência justa à liberdade que obstaculize a liberdade conforme leis universais.

Direito e pesquisa científica, quando analisados nesse viés, aproximam-se ao serem também representados como uma relação de dominação. Essa identidade, entre direito e pesquisa, referenda que ambos são também linguagem, ou, se preferir, são abstrações humanas sobre determinados objetos; logo, o relato e o cometimento – níveis da linguagem – estão presentes em seus discursos. Pode-se referendar, portanto, que a comunicação humana, seja essa no direito, seja na pesquisa, ocorre por intermédio desses dois níveis da linguagem. O primeiro, intitulado de relato, contém o conteúdo da mensagem; o cometimento, por sua vez, indica uma relação de autoridade ou coordenação ainda que não verbal. A título de exemplo, pode-se dizer que: “Quem diz *sente-se!* espera que o outro comporte-se de *certo modo* (sentando-se – *relato* – e subordinando-se – *cometimento*).” (FERRAZ JUNIOR, 2018, p. 74).

Essa aproximação entre pesquisa e direito não deve ser compreendida como uma identidade absoluta entre essas espécies linguagem, uma vez que as expectativas cognitivas, diferentemente daquelas normativas, são produto da observação e generalização das possibilidades fáticas; logo, adaptam-se às mudanças realizadas. Quando diante do descumprimento, a expectativa cognitiva, ínsita à pesquisa, tem seu conteúdo alterado ou tende a tê-lo alterado, representando uma nova lei, diversa da anterior, posto que o esperado não é mais condizente com sua previsão [da lei]. Dessa maneira, pode-se dizer que a lei

científica tem o caráter da causalidade ou da correlação (PORTO, 2013), sendo a primeira qualificada por uma relação que sempre tende a ocorrer; já a segunda, por uma probabilidade de ocorrer ao serem identificados determinados padrões.

A expectativa normativa, por sua vez, detém o elemento da imputação que lhe confere um caráter prescritivo. Nesses termos, uma lei jurídica pode também determinar uma conduta ideal – um dever ser – que será parcialmente independente de seu cumprimento, posto que o descumprimento da norma não ocasiona sempre sua alteração [da norma], mas a imputação de uma consequência jurídica ao ato. Cumpre advertir que já é admissível o caráter de uma certa correlação na produção do conhecimento científico; logo, reconhecer a existência da imputação não figura um desprezo à regularidade empírica. Ocorre que a correlação não é a preferência da dogmática analítica ao se deparar com a possibilidade de se compreenderem os comportamentos em termos normativos (Cf. FERRAZ JUNIOR, 2018).

Apesar dessa certa distinção na sua forma de manifestação, que em última análise é definida pela presença de caráter contrafático das atitudes normativas, direito e ciência, ou melhor, lei jurídica e lei científica intentam controlar as decepções, fornecendo – ou ao menos deveriam fornecer – segurança e expectativas duráveis. Essa capacidade do direito e da ciência de tutelarem e qualificarem expectativas como duráveis tem sido questionada. A ambiguidade dessa questão é ínsita ao próprio ato de comunicar, uma vez que este é caracterizado por uma complexidade – de possibilidades e expectativas – em contraste com a seletividade de uma ou raras possibilidades pelos interlocutores.

A complexidade da comunicação advém do fato de haver um número imensurável de possibilidades, no que concerne à aceitação ou recusa do conteúdo e da relação de dominação, especialmente ao se admitir que cada interlocutor detém uma expectativa própria, bem como uma expectativa da expectativa do outro interlocutor. Em contraste a essa imensurável quantidade de possibilidades da comunicação, os interlocutores optam por uma ou poucas possibilidades – seletividade da comunicação –, razão pela qual o ato de comunicar é qualificado como contingente (FERRAZ JUNIOR, 2018). A contingência pode ser compreendida como o risco da possibilidade selecionada como expectativa de um dos interlocutores não se concretizar, tendo a potencialidade de ocasionar decepções.

A serventia de recursos artificiais, como as sanções, a força, o sacro, o poder, as normas, o capital, a influência, está, a título de exemplo, na sua probabilidade de estabilizar as expectativas selecionadas, conferindo-lhes um grau de durabilidade para permitir a vida humana em sociedade. Sem essas estruturas capazes de organizar e empregar recursos

artificiais, particularmente do direito e da ciência, a comunicação estaria comprometida pelo risco de ocasionar desilusões ainda mais significativas e numerosas.

Dessa maneira, a esfera jurídica, qualificada pelo emprego insuficiente de recursos artificiais, não logra êxito em conformar a realidade; portanto, a expectativa selecionada não passaria de mera promessa. Isso não ocorre apenas por se selecionar um ou poucas possibilidades como expectativas desejáveis, mas pela credulidade de que a conformidade seja o ordinário, o comum, ou seja, o normal. Por sua vez, a desconformidade, malgrado qualifique o maior número de possibilidades, é compreendida como incomum. Essa compreensão errônea da diferença do conforme e desconforme pela sociedade, acaba por:

[...] considera[r] o que é *artificial* como *natural*, o *contingente* como *necessário*, o que é um *objeto normal de expectativa* como *não-conforme* e aquele que é um *objeto improvável de expectativa* (simplesmente por que é resultado de tecnologias sociais complexas) como *conforme* (GIORGI; NUZZO, 2015, p. 91).

Tamanha é a certeza no caráter incomum da desconformidade, que o recurso para o seu aparente controle se resume, ordinariamente, a sanções negativas e soluções individuais. Assim, essas sociedades recorrem ao direito penal ou a uma pequena parcela do direito privado – ambos qualificados por soluções individuais – em detrimento de políticas públicas ou soluções jurídicas de caráter geral. Também se esquecem do papel significativo da promoção, especialmente das sanções positivas, no estímulo de atos conformes, uma vez que estes são desejáveis, mas realmente incomuns.

No direito privado nacional, o recurso à promoção, quando muito, é instruído de maneira excepcional e sem significativa atratividade, apesar de existir certo consenso sobre esse aspecto promocional do direito. Essa conformidade de ideias pode ser observada em diversas concepções de direito, como naquelas formuladas por Kant (2013) e Bobbio (2007), que instruem o uso de inclinações e aversões em graus distintos. Na ordem jurídica nacional, a promoção pode ser observada de maneira mais enfática no direito tributário e no ambiental, tendo, a título de exemplo, as normas tributárias indutoras (SHOUERI, 2005) e o pagamento por serviços ambientais urbanos (LIMA, Í., 2017). Como se pode extrair de Rosenvald (2017), no que tange ao direito privado, surgem propostas de ressignificação da responsabilidade civil que tencionam repensar a possibilidade de sanções negativas e positivas, além da mera reparação do dano, todavia, ainda não encontram ampla aceitação pelos tribunais.

A insuficiência das soluções individuais para a problemática das condutas desconformes pode ser vislumbrada no direito à saúde, quer seja na esfera pública quer seja no domínio da livre iniciativa. Os métodos individuais de determinação de cumprimento e compensação estimulam a desconformidade ao conferirem mesmo trato aos descumprimentos por real ausência de fundos e àqueles que utilizam da judicialização como um sistema de esQUIVA. Repita-se, expressão utilizada para designar um dos efeitos da judicialização da saúde, especialmente pelo fato de a atuação do judiciário limitar-se às partes formais do processo (OLIVEIRA; DINIZ; COSTA, 2017). Dessa forma, autoridades públicas e particulares descumprem direitos com a justificativa de aguardarem uma manifestação judicial sobre a temática, seja no recurso ao efeito da judicialização como um sistema de esQUIVA, seja no intento de deter uma garantia para possíveis consequências jurídicas aos seus administradores.

Nessa realidade, a aplicação da concepção kantiana de imputação judiciária pode representar avanços significativos na dogmática cível ao lhe conferir novos instrumentos contra o descumprimento de direitos pelas operadoras. A lógica kantiana oferece uma interação entre caráter positivo e negativo das sanções na responsabilidade civil, estas notadamente extraídas do texto do art. 944, parágrafo único, do CC/02 ou de legislação casuística sobre o tema.

Neste momento, cumpre reproduzir o teor do presente artigo, uma vez que este representa um dos pontos de partida da presente análise: “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente (*sic*), a indenização” (BRASIL, 2002).

Nesta pesquisa, ao se propor verificar a utilidade da sistematização da promoção e repressão com esteio na concepção kantiana de responsabilidade, tenciona-se ressignificar a dogmática cível nacional, ou, pelo menos, repensar sua aplicação na responsabilidade civil extrapatrimonial das operadoras de planos privados de saúde. Nessa ordem de ideias, pode-se questionar a utilidade de se redefinir o ponto de partida da pesquisa – texto do art. 944, parágrafo único, do CC/02 – por meio da variabilidade das consequências da imputação judiciária proposta por Kant (2013).

A redefinição de uma expressão representa uma das alternativas do seu uso técnico, que se distingue da estipulação na medida em que guarda uma conexão com o uso comum ou com outro uso técnico do qual se origina (FERRAZ JUNIOR, 2018). A opção pelo uso de expressões em detrimento da essência dos objetos, aos quais estariam vinculadas essas

expressões, representa a adoção da teoria convencionalista em detrimento da essencialista (FERRAZ JUNIOR, 2018). A teoria essencialista reconhece a vinculação da língua à realidade, sendo seus conceitos extraídos da essência dos objetos da realidade. Para esta primeira teoria, todo objeto conteria uma essência ou núcleo que iria instruir a formação dos conceitos linguísticos.

A teoria convencionalista, por sua vez, compreende que são os usos das expressões que determinam a leitura da realidade, esta podendo ser observada de maneiras distintas, a depender do arcabouço teórico prévio utilizado. A teoria convencionalista comporta duas modalidades de uso, aquele tido por comum e o técnico. A diferença entre as formas de uso das expressões reside supostamente no seu critério de verificação: enquanto o critério da verdade se aplica ao uso comum, o da funcionalidade tem aplicação no de cunho técnico. Pode-se, portanto, compreender que a funcionalidade das repressões e promoções na presente pesquisa são significativos, pois instruem essa proposta de uso técnico pela redefinição.

A tarefa de redefinir uma expressão, seja esta vinculada a um uso comum ou técnico de determinada ciência, representa a substituição de um termo vago por outro dotado de uma superior exatidão, sendo esse ato intitulado de explicação ou “*explication*” (CARNAP, c1947). Em outros termos, a expressão redefinição é compreendida como: “*La explicación o reconstrucción racional de um concepto inexacto y vago – que puede pertenecer al lenguaje ordinario o a una etapa preliminar en el desarrollo de un lenguaje científico – es transformado en un concepto exacto o, por lo menos, más exacto que el primitivo*” (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2012, p. 11)¹. Assim, ao se propor redefinir o conteúdo do texto do Código Civil, na presente pesquisa, é preciso substituir tal conteúdo por outro mais preciso por meio da explicação da concepção kantiana de responsabilidade.

Por sua vez, o conceito anterior e impreciso, que se pretende substituir, é intitulado de *explicandum* (CARNAP, c1947). O *explicandum*, na redefinição com fins técnicos, será o uso comum de uma expressão, bem como se achará nos pontos de partida de uma análise dogmática. Nessa ordem de ideias, uma análise de qualquer texto normativo, como ocorre nesta pesquisa, ao explorar o art. 944, parágrafo único, do CC/02, propõe-se a substituí-lo por outro mais exato; logo, o supracitado artigo do Código Reale é o *explicandum* da investigação.

¹ “A explicação ou reconstrução racional de um conceito impreciso e vago – que pode pertencer à linguagem comum ou a um estágio preliminar no desenvolvimento de uma linguagem científica – transforma-se em um conceito exato ou, pelo menos, mais exato que o original” (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2012, p. 11, tradução nossa).

Em todo caso, o processo de redefinição ou de explicação: “[...] abarca dos etapas: a) la elucidación informal del *explicandum*, y b) la construcción del *explicatum*” (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2012, p. 11, *itálicos do autor*)². O ato de explicar, no que tange à sua primeira etapa, é de significativa importância, pois não há como se propor substituir um termo, que tem seus limites desconhecidos. A elucidação do *explicandum* deve primar por sua profunda descrição e exemplificação, tendo sido desenvolvida no capítulo 2 desta pesquisa ao se versar sobre certos aspectos da responsabilidade civil das operadoras por danos morais.

A segunda tarefa do ato de explicar pode ser concebida como a formulação de um novo conceito, que, apesar de similar ao anterior, seja dotado de maiores exatidão, fecundidade e simplicidade possíveis (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2012). A similaridade entre *explicatum* e *explicandum* não representa uma reprodução de todos os aspectos e matizes do segundo pelo primeiro (CARNAP, c1947). Dessa maneira, um termo redefinido será similar ao anterior, mas jamais será idêntico, diante dos limites da própria abstração, uma vez que jamais poderá reproduzir completamente o seu objeto, ou seja, a realidade. Dessa maneira, não se exige uma reprodução completa do *explicandum* pelo *explicatum*, mas uma correspondência que permita sua utilização substitutiva.

Apesar da significância do requisito da exatidão – ou especificidade de uma proposição linguística – esta encontra um ponto questionável em seu grau de exigência. Carnap (c1947, p. 28-29) explica o seu questionamento, por intermédio da afirmação “um papel é azul”. Nos termos do autor, essa afirmação é verdadeira, mas a expressão azul comporta uma multiplicidade de tons, distinguindo-se umas das outras. Muito mais que isso, a expressão deveria especificar também todas as qualidades do objeto, bem como suas interações com os demais objetos, mas traçar uma linha dessa natureza – em que se toma inúmeras decisões – é significativamente arbitrário. Percorridas essas características, estar-se-ia diante do grau máximo de exatidão, mas esse é representado pela totalidade do mundo real. Alchourrón e Bulygin (2012) contribuem para o desenvolvimento da temática ao destacarem que essa exatidão deve ser aquela possível, ou seja, a formulação e a explicitação de suas definições. A exatidão, enquanto requisito do ato de redefinir, deve ser compreendida dentro do possível, diante da inviabilidade de se abstrair toda a realidade, bem como no resguardo à arbitrariedade.

² “[...] compreende duas etapas: a) a elucidação informal do *explicandum*; e b) a construção do *explicatum*” (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 2012, p. 11, *itálicos do autor*, tradução nossa).

A fecundidade de uma proposição, por sua vez, está na sua possibilidade de compor o maior número possível de enunciados. O último requisito do ato de redefinir é a simplicidade de sua proposição; esta, todavia, pode ser sacrificada pelo ampliar de sua fecundidade ou exatidão. Nessa ordem de ideias, é possível se repensar a responsabilidade civil pela prática de ilícitos nas relações entre operadoras de planos de saúde e destinatários dos serviços, enquanto alternativa para a agravada inefetividade do direito à saúde nessa fase da modernidade. Essa ressignificação pode ser instruída pela interpretação do art. 944, parágrafo único, do CC/02, sendo tal texto normativo o termo vago ou o *explicandum*. A interpretação ou redefinição tem a aptidão de construir um novo conceito para esse termo vago, que, apesar de similar ao anterior, tenciona ser dotado de superior exatidão, fecundidade e simplicidade.

O recurso à interpretação, malgrado seja recorrente no âmbito da responsabilidade civil, é questionável no que se refere à produção de retribuições, sejam essas positivas, sejam negativas, como se pode demonstrar na seção 2.2.4. Esse intento só haverá de deter viabilidade se for adotada a concepção de pena civil de Bricola (1997), em decorrência da admissão do recurso à maior liberdade do intérprete. Caso se opte pelo regramento de maior segurança, como aquele definido por Rosenvald (2017), o recurso à interpretação não logrará êxito na elaboração de repressões e de promoções autônomas, exigindo intermediação legislativa. Uma outra alternativa está na redefinição da reparação por danos morais, uma vez que essa categoria de dano é compreendida como uma espécie aproximada da retribuição na responsabilidade civil, havendo manifestações doutrinárias e jurisprudenciais a favor e contrárias a tal compreensão dos danos extrapatrimoniais.

Em todo caso, não se pode esquecer da possibilidade de intermediação legislativa casuística, que indique os comportamentos e suas respectivas retribuições. Essa intermediação seria a alternativa de superior segurança para as operadoras e os consumidores. Não se tenciona limitar tais alternativas, uma vez que tal descrição exige um número significativo de decisões que caibam aos sujeitos legitimados e competentes, sendo de significativa arbitrariedade a restrição dessas alternativas. O mais próximo de uma resposta possível é a indicação e a justificação da alternativa de superior adequação à visão da concepção kantiana de responsabilidade desenvolvida nesta pesquisa.

3.2 A ADMISSIBILIDADE DA CONCEPÇÃO KANTIANA DE RESPONSABILIDADE NO CONTEXTO DA HODIERNA DOGMÁTICA CÍVEL

Após se elucidar informalmente a responsabilidade civil na saúde privada, notadamente no que tange ao alcance de seus efeitos, a discussão na presente pesquisa pode se direcionar ao desenvolvimento do conteúdo de um alcance geral dos efeitos dessa responsabilidade civil, enquanto propensa alternativa ao problema da inefetividade do direito de acesso à saúde. Acaba-se, em última análise, por elaborar um novo conceito para o termo alcance geral, que guarda um mínimo de similitude com o anterior, ao se propor ir além da reparação individual do dano, pois esta não compreende a totalidade dos casos.

Nessa ordem de ideias, tenciona-se adequar a estrutura do direito civil hodierno ao problema da inefetividade dos direitos em uma sociedade intensamente dependente do direito e de outras estruturas – como o mercado e a educação – mas que, contraditoriamente, não logra êxito em concretizar suas previsões formais de direitos, ainda que qualificados como naturais, humanos, fundamentais, da personalidade, patrimoniais ou das demais gerações de direitos.

A problemática adquire superior complexidade ao ser observada no âmbito da saúde privada nacional, pois as zonas de injustiça, nas quais a efetividade do direito de acesso à saúde não se concretiza adequadamente, são provavelmente justificadas pela limitação de recursos ou por descumprimentos contratuais intencionais para ampliar a lucratividade.

As soluções individuais são instrumentos desenvolvidos no âmbito do direito civil clássico, ou seja, de um contexto histórico nominado de “era da segurança” (TEPEDINO, 2006a), com o fito de resguardarem o patrimônio e o sujeito abstrato de direitos. Essas, ainda, sofreram modificações, representadas no desprestígio do caráter repressivo e reduzido desenvolvimento do promocional, restando fortalecidas somente as funções preventivas e compensatórias. Não se podem negar os avanços no âmbito da responsabilidade civil, especialmente no tocante às suas funções preventiva e reparadora, todavia, não se pode esquecer da significativa estabilidade conferida aos negócios jurídicos pelo emprego das funções repressiva e promocional.

A esquecida repressão e a não desenvolvida promoção permitiriam uma intervenção do Estado, como um outro meio de controle das violações de direitos. Aquele número de pessoas, que compõe as zonas de injustiça, encontraria na repressão e na promoção duas alternativas de proteção contra a reincidência de condutas lesivas a seus direitos. Dessa maneira, o alcance geral dos efeitos da responsabilidade civil, também concretizado no

diálogo entre reprimir e promover, surge como uma das alternativas propensas a superar a insuficiente concretização de valores constitucionais. A parcialidade do processo de constitucionalização do direito privado encontra seu fundamento na manutenção de inúmeras zonas de injustiça, que podem ser observadas, por exemplo, nas seguintes situações:

a) incapacidade técnica; b) desinteresse político; c) falta de educação em direitos humanos – hipótese de litigiosidade contida; d) ausência de soluções com alcance geral – também figura uma hipótese de litigiosidade contida, mas pela impossibilidade ou dificuldade de exercício do direito; e) persistência do patrimonialismo – hipótese em que a resposta do judiciário não é condizente com os valores da constituição, mas adequa-se à tábua axiológica do patrimonialismo e individualismo; g) instabilidades políticas – hipótese em que uma zona já superada ressurgiu em meio a crises econômicas, políticas ou jurídicas; entre outras ocasiões (VELONI; BRANDÃO, 2019, p. 10).

Dentre os valores tutelados pela Constituição, encontra-se o direito de acesso à saúde, seja em seu aspecto coletivo, seja individual, cuja concretização ainda é insuficiente, mesmo após a constitucionalização do direito civil. A presente pesquisa partiu, portanto, da constatação de que se podem perquirir meios hábeis de se concretizar o direito constitucional de acesso à saúde, sendo o alcance geral dos efeitos da responsabilidade civil um importante instrumento para tanto, mas jamais o único. Confirmar ou negar a utilidade de outros meios de concretização do direito de acesso à saúde – a título de exemplo, a judicialização individual, a securitização dos riscos das atividades e a gestão democrática dos recursos – não foi objeto deste estudo, como se pode extrair do capítulo introdutório, uma vez que exige análise individualizada; logo, abstém-se de realizar juízos de valor sobre a manutenção desses meios.

O alcance geral dos efeitos da responsabilidade civil pode ser também compreendido como uma alternativa para ampliar os estímulos das obrigações secundárias do direito de acesso à saúde, ou seja, das sanções pelo descumprimento do direito de acesso à saúde no âmbito privado. Dentre as diversas formas de tutela do direito de acesso à saúde, a responsabilização por danos extrapatrimoniais encontra-se no cerne desta análise, por suas múltiplas funções – reparadora, preventiva, repressiva e promocional.

Na tarefa de construção de um conceito mais exato para o termo alcance geral da responsabilidade civil, dotado de similitude, fecundidade e simplicidade, aspectos econômicos da atividade de securitização da saúde e outros valores do ordenamento deveriam intervir, idealmente, evitando a inviabilização dessa atividade econômica ou a parcial tutela da pessoa, respectivamente. Como se está diante de uma modalidade contratual de responsabilidade civil, as exigências da operação econômica, esteio do conceito econômico desse contrato típico,

confrontam-se com outros valores do ordenamento – representantes da autonomia do conceito jurídico de contrato – para se dirimir a forma de repartição dos riscos entre os contratantes (ROPPO, 2009).

De maneira genérica, as regras sobre inadimplemento repartem os riscos de uma possível resolução da avença ou reparação de danos entre os contraentes, podendo esses dois tipos de riscos figurarem como problemas conexos ou autônomos. A autonomia dessas duas modalidades de risco é reconhecida pela possibilidade de: “[...] *um problema de responsabilidade e indenização poder colocar-se onde não se coloque nenhum problema de resolução do contrato.*” (ROPPO, 2009, p. 273, *itálico do autor*).

De forma concisa, pode-se dizer que a primeira modalidade de repartição de riscos versa sobre qual dos contratantes vai assumir o custo da prestação em hipótese de inadimplemento da obrigação principal; portanto, o regramento dirime a possibilidade de exigir o cumprimento da prestação. A outra modalidade, por sua vez, destina-se a repartir os riscos de eventuais danos oriundos dessa relação jurídica entre os contraentes, imputando a um o custo dos danos, patrimoniais ou extrapatrimoniais, sofridos pelo outro.

Essa repartição de riscos, geralmente produto de consensos políticos ou particulares, determina os fatos imputáveis ao devedor, bem como suas consequências jurídicas. Essa pode ser representada na normativa elaborada pelo Estado com o fito de imputar responsabilidade sobre determinada pessoa por danos ocasionados a outras, ou pode mesmo ser oriunda de pactuação entre as partes, sendo esse o fito das cláusulas penais. As repartições convencionais de riscos de um determinado contrato adquirem utilidade diante das incertezas e controvérsias dos critérios legais, oferecendo certa previsibilidade para as atividades econômicas (ROPPO, 2009).

A divisão dos riscos de uma contratação, seja por intermédio de critérios legais, seja por intermédio de critérios convencionais, ocasiona a formação de sistemas de responsabilidade com graus de rigor distintos, desde aqueles que exigem mera compensação até aqueles que promovem e reprimem condutas humanas. Certas razões fazem a concepção kantiana de responsabilidade se destacar no fito de refletir e ressignificar a responsabilidade civil hodierna; em outros termos, a concepção kantiana de responsabilidade destaca-se no propósito de repensar a divisão dos riscos entre os contraentes.

Essas razões devem ser justificadas expressamente, uma vez que a concepção kantiana de responsabilidade se aproxima das construções *subjectivas* de diligência, opondo-se à tendência de *objectivação* dos contratos, bem como da responsabilidade. As propostas de

caráter sancionatório – repressão e promoção – estão, no que se refere ao nexo de causalidade, vinculadas ao critério subjetivo, sendo este:

[...] regulado pela situação particular do agente, justificar-se-ia se o juízo de responsabilidade por não cumprimento tivesse uma função principalmente *sancionatória*; a função de atingir, castigar, o devedor por ter tido um comportamento moralmente reprovável. Mas se uma tal função podia ser proeminente no passado, numa fase do desenvolvimento das instituições jurídicas, em que promessas contratuais acabavam por assimilar-se, na consciência comum, a outros tantos compromissos morais, e o juízo sobre sua transgressão coloria-se de valorações éticas, nos ordenamentos modernos já não é assim (ROPPO, 2009, p. 282-283).

Assim, o direito sofreu intensas modificações desde a elaboração da concepção de responsabilidade por Kant, as quais podem ser representadas pelo fortalecimento das funções de compensação e prevenção; por seu turno, o caráter pedagógico do direito restou desprivilegiado. O enfoque no caráter compensatório e preventivo da responsabilidade permitiu que esta se desvinculasse de aspectos subjetivos do agente causador do dano, reconhecendo a obrigação de reparar por meio de padrões mínimos inderrogáveis de empenho.

Esses padrões comportariam uma variabilidade diretamente proporcional com a dificuldade da atividade econômica desempenhada, pelos riscos e valores envolvidos, não comportando qualquer redução no rigor dos padrões ao envolverem prerrogativas existenciais. Esta última hipótese seria aquela em que contratos são conexos com direitos da personalidade, como ocorre com os contratos de planos de saúde. Nesses termos, pode-se compreender que a: “[...] substancial atenuação do rigor da responsabilidade por não cumprimento do contrato, no passado [era] orientada genericamente, por critérios muito mais severos para o devedor” (ROPPO, 2009, p. 290).

Melhor seria atenuar o rigor na concepção de responsabilidade exclusivamente para as hipóteses de tutela da dignidade do devedor – o que coibiria violações ao mínimo existencial ou demais prerrogativas existenciais do devedor –, mas sem deixar de admitir a possibilidade do caráter sancionador da responsabilidade civil para proteção de aspectos existenciais do credor. Esse raciocínio seria aplicável à situação dos contratos de planos privados de saúde, uma vez que guardam conexão com valores existenciais, como, por exemplo, a saúde – entendida como arrimo da integridade psicofísica ou como um padrão mínimo de qualidade de vida.

A opção por soluções de caráter objetivo, destinadas à tutela da atividade econômica, era um traço marcante do contexto jurídico das fases do intervencionismo e da proliferação de estatutos, nas quais a atividade legiferante excepcionou os Códigos Civis, findando o caráter exclusivista destes no regramento da vida privada (TEPEDINO, 2006a). Nos períodos de intervencionismo estatal, bem como naquele de proliferação legislativa, malgrado se tenham fornecido importantes avanços, em particular no que diz respeito à adaptação do direito às exigências sociais por intermédio de leis, estatutos e códigos setoriais, não se logrou êxito em realizar a personalidade, em parte, devido à abdicação do caráter pedagógico e à restrição da responsabilidade civil à compensação pelo dano.

A tutela da personalidade não deve se resumir apenas a certas modalidades de controle social, devendo o ordenamento valer-se de todos seus meios hábeis, sejam essas expressas por coação, sejam por pressão, pois:

A tutela da pessoa nem mesmo pode se esgotar no tradicional perfil do ressarcimento do dano. Assume consistência a oportunidade de uma tutela preventiva: o ordenamento deve fazer de tudo para que o dano não se verifique e seja possível a realização efetiva das situações existenciais [...] (PERLINGIERI, 2008, p. 768).

Não só a prevenção tem destacada importância na metodologia civil constitucional; a promoção também é elevada à condição de instrumento essencial para realização da personalidade, conforme se pode depreender do excerto a seguir:

A saída de emergência se realiza antes de tudo com uma corajosa inversão na abordagem da questão judiciária, de modo a concretizar também na prática o primado da promoção, relativamente à repressão e à sanção, do correto exercício das relações entre os homens e os aparatos públicos – única verdadeira atividade de prevenção – em relação ao tratamento voltado a aperfeiçoar a máquina concretizadora do poder punitivo (PERLINGIERI, 2008, p. 27).

Pode-se extrair do ordenamento a necessidade de proteção e de promoção de aspectos existenciais, buscando-se não apenas desenvolver as possibilidades de compensação dos danos, mas se elaborando meios hábeis de se promover a realização da personalidade e de se desencorajar sua violação. Para tanto, é indispensável uma reforma no aparato da justiça civil com o fito de se premiar o mérito, mas sem se esquecer da significativa importância da repressão, desde que esta não figure afronta às prerrogativas que tanto protege.

A concepção kantiana de responsabilidade destaca-se, para os fins desta pesquisa, por três razões primordiais. A primeira razão reside no rigor de sua concepção de responsabilidade, diametralmente proporcional à: a) significância do direito de acesso à saúde para a vida humana; b) dependência agravada do indivíduo no âmbito jurídico e mercadológico na modernidade tardia; c) provável inefetividade dos direitos; bem como à d) maior complexidade na realização da atividade econômica. Assim, a atividade econômica, ao deter dificuldade em sua realização e conexão com valores de ordem superior – como ocorre, por exemplo, nos contratos no âmbito da saúde privada – induziria à formação de um sistema rigoroso de responsabilidade civil, que não se limitaria a reparar o dano, mas permitiria uma intervenção no mercado para reprimir condutas desconformes e estimular aquelas meritórias. A concepção kantiana de responsabilidade, por admitir as funções repressiva e promocional do direito, permite instaurar um rigoroso sistema de responsabilidade civil.

A razão seguinte advém da sua capacidade de dialogar e oferecer subsídios para se pensar sobre problemas do atual contexto jurídico, mesmo passados mais de 200 anos de sua elaboração. Nesses termos, a teoria kantiana é dotada de ampla fecundidade, em decorrência da peculiar ideação metafísica de seus conceitos, ou seja, seus constructos são pensados racionalmente, afastando-se da variabilidade empírica, pois: “A ciência puramente empírica do Direito é (como a cabeça das fábulas de Fedro) uma cabeça que poderá ser bela, mas possui um defeito – o de carecer de cérebro” (KANT, 2013, p. 48).

Não somente o Direito, mas toda Doutrina dos Costumes – Doutrina do Direito e Doutrina da Virtude – é marcada por essa pretensa universalização da razão prática (TERRA, 2004). O ideal de um direito racional, sem variáveis empíricas, permitia a construção de conceitos minimamente independentes do direito positivo, o que a destoava em seu contexto histórico, qualificado pelo arbítrio dos juízes na identificação e harmonização das múltiplas fontes do direito até então existentes. Esse contexto de duvidosa segurança era o de grandes Estados, como o francês antes da instauração do Código Napoleônico, uma vez que:

Aos costumes – leis não escritas transmitidas de geração em geração, que têm, especialmente na experiência histórica francesa, um papel particularmente importante – se flanqueiam as fontes mais diversas que, coligadas a diferentes situações, mesmo locais, em um Estado grande, como podia ser à época a França, tornam excessivamente difícil o conhecimento do direito e fácil o arbítrio do juiz, verificando-se, por conseguinte, situações de grave incerteza (PERLINGIERI, 2008, p. 178).

As construções do racionalismo, dentre as quais se encontram o pensamento kantiano, corroboraram a formação de um ideal de segurança na Europa Continental, nos moldes de um domínio técnico da natureza para suprir as necessidades humanas. Diga-se de passagem, a expressão “necessidades humanas” representou uma mudança na forma do pensar na era moderna, posto que enquanto os antigos tencionavam uma adequação do pensamento a uma ordem preexistente ou natural, os pensadores modernos preocupavam-se com maneiras de controlar os riscos da natureza, para atender às necessidades humanas (Cf. FERRAZ JUNIOR, 2018).

Essa preocupação com as necessidades humanas irá instruir uma visão racional da organização social, adentrando no meio jurídico pelo desenvolvimento da concepção de sistema; todavia, o pensamento sistemático, malgrado tenha sido desenvolvido no âmbito jurídico na era moderna, não é uma expressão elaborada somente naquele momento histórico, verificando-se o uso da expressão sistema desde a Retórica aristotélica (Cf. FERRAZ JUNIOR, 1976).

Esse ideal de segurança, no âmbito jurídico, foi concretizado pelos Códigos; logo, pode-se cogitar que o pensamento racionalista, em virtude de seu caráter sistemático, guardou certa espécie de conexão com o processo de elaboração dos primeiros códigos modernos, ou, ao menos, com a concepção de código como um diploma sintético, científico e sistemático. Nesses termos, pode-se dizer que: “Ora, o racionalismo dos séculos XVII e XVIII, como todos os racionalismos, tendia ao sistema, com o que se chegaria, após as revoluções e a maturação da romanística, à ideia de código [...]” (SALDANHA, 2012, p. 232).

Certos Estados, todavia, não tinham unidade política propícia para essas elaborações, como ocorreu na França com a promulgação do Código Napoleônico. Nas ordens desprovidas da necessária conjuntura política, a tarefa de resguardar um mínimo de unidade recai sobre a doutrina, formando um direito lógico e pretensamente imutável; assim, desenvolveu-se o pensamento da Escola “Pandectística”, “Pandetismo” ou até “Jurisprudência dos Conceitos” (KONDER, 2016). A título de exemplo, pode-se citar a experiência alemã que demoraria mais para lograr êxito na elaboração de um Código Civil, o *Bürgerlichen Gesetzbuches* (BGB).

Nesses termos, a ideação metafísica do direito kantiano, que buscou formular um mínimo de unidade para o âmbito jurídico de sua época por meio de uma abordagem do direito independente de variáveis empíricas, permite que sua concepção de responsabilidade dialogue com o atual contexto da inefetividade dos direitos, bem como permite sua aplicabilidade para situações específicas, como aquela da responsabilidade civil por danos morais nas relações entre operadoras de planos privados de acesso à saúde e destinatários dos

serviços, no âmbito nacional. Ainda que distintos o contexto de elaboração da concepção kantiana de responsabilidade e aquele da modalidade de responsabilidade civil estudada nesta pesquisa, a preocupação com o ideal de segurança, ínsito ao contexto de elaboração da teoria kantiana, ressurgiu na modernidade tardia e nas comunidades de direitos sem deveres.

A última justificação para a análise da concepção kantiana de responsabilidade, de estreita relação com a segunda razão, está na condição procedimental da moral. O procedimentalismo na teoria kantiana pode ser compreendido como uma construção formal e não material da moral, assim: “[...] Kant não estabelece uma lista de mandamentos (que seria material), mas propõe um procedimento (formal) para testar qualquer princípio moral” (TERRA, 2004, p. 12).

Esse procedimento formal, talhado para verificar a universalização das regras morais, é expresso nas fórmulas dos imperativos categóricos e do princípio universal do direito, que detêm aplicabilidade para toda a moral. Kant é enfático ao reconhecer a aplicação do imperativo categórico para toda a doutrina dos costumes, pois: “O princípio supremo da doutrina dos costumes é, portanto: *age com base em uma máxima que pode também ter validade como uma lei universal*. Qualquer máxima que não seja assim qualificada é contrária à moral” (KANT, 2017, p. 41).

A natureza procedimental da teoria kantiana não se resume às regras morais em sentido estrito; dito de outra forma, o procedimentalismo está em toda a Doutrina dos Costumes – seja na Doutrina do Direito, seja na Doutrina da Virtude – em decorrência da unidade da razão prática. Na teoria kantiana, a unidade da razão prática permite que a autonomia da vontade seja o fundamento tanto de leis jurídicas quanto de éticas, ensejando os efeitos do imperativo categórico sobre direito e ética. Cabe destacar que o imperativo categórico se manifesta no direito por intermédio do princípio universal do direito; logo, o caráter procedimental está presente em todas as modalidades de leis da liberdade na teoria kantiana.

Nesses termos, a teoria kantiana não elabora uma tábua de valores éticos ou jurídicos, mas estrutura um procedimento para sua elaboração nos espaços públicos, como também destaca Newton Lima (2017, p. 75-76): “[...] para Kant não existem valores morais *a priori* ao indivíduo ou à comunidade. Os valores políticos e as normas jurídicas são construídas democraticamente no espaço público pela relação discursiva [...]”. Dessa forma, a concepção kantiana de responsabilidade não instrui uma única tábua de valores para a qualificação das condutas em meritórias, debitárias e deméritas, mas permite que tais condutas sejam pensadas

nos espaços públicos, de modo que se adaptem às exigências empíricas da pessoa em cada sociedade, bem como às do mercado nacional de planos privados de acesso à saúde.

Pode-se, dessa forma, destacar as razões elencadas no justificar pela responsabilidade kantiana sintetizadas na sua natureza fecunda, procedimental e rigorosa, que propiciam serventia da teoria kantiana para o pensar de diversos temas, como aquele da inefetividade do direito no mercado de planos privados de acesso à saúde. O jusfilósofo e docente da Universidade de *Königsberg* que, mediante o recurso das produções de Newton, Wolff, Hume, Ulpiano, dentre outros, elaborou uma vasta e lógica construção teórica, base para o pensamento de inúmeros autores, como Rawls, Habermas, Kelsen e assim por diante (TERRA, 2004).

Nesse desiderato, a universidade de *Königsberg* foi de extrema importância na vida de Immanuel Kant, uma vez que, nos anos de 1740, Kant foi aluno de Martin Knutzen, momento em que foi instruído quanto ao pensamento de Newton e Wolff, e, posteriormente, tornou-se Professor Ordinário em Lógica e Metafísica (Cf. SEDGWICK, 2017). O pensamento de Newton influi em Kant, por exemplo, na concepção de determinismo, ou melhor, a vinculação de uma causa para todo fenômeno estudado pelas ciências (Cf. SEDGWICK, 2017). O pensamento de Wolff, por sua vez, instrui as bases para a posterior concepção de sistema arquitetônico por Kant, visto que este amplia no âmbito jurídico o debate sobre a correção e a dedução para formar um nexos sistêmico entre conceitos (Cf. FERRAZ JUNIOR, 1976). Kant recorre a Ulpiano na Doutrina do Direito, momento em que versa sobre a divisão geral dos deveres elaborada por aquele jurisconsulto romano (Cf. KANT, 2013).

O filósofo de *Königsberg* também se serve do argumento de Hume sobre juízos empíricos para sustentar uma filosofia prática com esteio na razão em vez de na experiência, uma vez que, para esses autores, juízos empíricos não teriam a capacidade de serem universalizados (Cf. SEDGWICK, 2017). Os juízos empíricos, ou da experiência, comportariam no máximo uma universalidade comparativa, assim, na proposição: “todos os seres humanos desejam felicidade, somos autorizados a afirmar apenas que, ‘até onde agora percebemos, não há exceção’ a essa regra” (Cf. SEDGWICK, 2017, p. 39). Apesar da possível contradição entre o determinismo Newtoniano e a impossibilidade de universalização dos juízos empíricos de Hume, Kant consegue conciliar essas propostas ao justificar o limite das ciências por intermédio dos conceitos de causalidade segundo leis da natureza e casualidade por meio da liberdade.

Desde já, é crível que a construção filosófica kantiana seja distinta das anteriores por partir da noção de liberdade em detrimento de princípios do cosmos, vontade divina, natureza

humana ou prudência na persecução de interesses; logo, Kant confere aos seres humanos o poder e o dever de só obedecer às leis impostas por sua própria razão – elemento dignificador (KERSTING, 1992). No aspecto político-jurídico da concepção de direito, o esteio na liberdade permite que a teoria kantiana admita inúmeros valores, desde que esses se adequem ao princípio universal do direito e sejam produto de consensos em espaços públicos.

Apesar de a teoria kantiana não ter sido elaborada para a atual realidade jurídica privada, sua opção por uma proposta de direito racional, ou, nas palavras do próprio autor, uma “*metafísica do direito*” (KANT, 2017, p. 24), em lugar de uma construção puramente casuística ou empírica, permite-lhe instruir esboços de soluções para novos problemas, como o que é feito na presente pesquisa. As interações entre a proposta Kantiana e as tendências da atual responsabilidade civil será retomada em momento oportuno, ou melhor, após o desenvolvimento dos limites dessa concepção de responsabilidade, mais precisamente no Capítulo 4 da presente dissertação.

3.3 A PLAUSIBILIDADE DE VARIAR A DEFINIÇÃO DE MÉRITO NA TEORIA KANTIANA

Todo objeto do conhecimento comporta um mínimo de variabilidade em sua compreensão, a depender do arcabouço teórico de seu intérprete, e esse fundamento não pode ser absolutamente negado para a teoria kantiana. Essa construção teórica, na condição de objeto do conhecimento, comporta uma variabilidade, ainda que mínima, em sua compreensão, basta observar as inúmeras leituras realizadas sobre os possíveis limites da intervenção do Estado no direito privado kantiano.

Nessa ordem de ideias, para a descrição ou interpretação da concepção kantiana de responsabilidade com um grau possível de exatidão, conduta utilizada na reflexão e na instrumentalização das funções dos danos morais na responsabilidade civil em relações entre operadoras de planos privados de acesso à saúde e os destinatários dos serviços, exige-se uma tomada de decisões. Caso essas deliberações – sobre o conteúdo da teoria kantiana, especialmente no que se refere à sua concepção de responsabilidade – sejam realizadas por meio da imposição de uma única compreensão desse objeto, ou seja, negando o diálogo de outras visões, o risco da arbitrariedade torna-se ainda mais iminente.

Diante do risco de imposição de uma visão absoluta sobre a teoria kantiana, nesta pesquisa, optou-se por destacar o limite de sua própria linguagem ao referendar que se apresentam visões do pesquisador sobre os objetos descritos e interpretados, longe de serem

as únicas formas para sua compreensão, bem como elegeu-se apresentar, dentro do possível, certas vertentes de compreensão da teoria kantiana, destacando-se as diferenças sobre as conclusões extraídas de seu sistema de responsabilidade.

As diversificadas leituras da teoria kantiana e a opção por um procedimentalismo de cunho formal permitem considerar, sob enfoques distintos, certos pontos de partida desta pesquisa. Temas estruturantes deste estudo, como, por exemplo, a relação entre direito público e privado, intervenção do Estado nas relações entre particulares e o regramento protetivo nos contratos de consumo, podem ser compreendidos – quanto à possibilidade e intensidade – de maneiras distintas, a depender da tábua de valores construídas nos espaços públicos, bem como da vertente da teoria kantiana empregada na sua leitura.

Temas esses que podem ser representados, de maneira genérica, na possibilidade de intervenção do Estado nas relações entre particulares, compreendendo o direito como mais do que mero componente da superestrutura. O reconhecer dessa possibilidade – do direito alterar o estado de coisas, em detrimento de apenas o manter – representa uma recente conquista da pesquisa no âmbito nacional, que se distancia de passado recente, o qual:

Já se sabia, sem a necessidade de pesquisas, que havia desigualdade e exploração, uma vez que o sistema vigente era dependente, era capitalista. No interior dessa orientação, o direito era caracterizado como um componente da superestrutura e, portanto, era quase algo sem importância do ponto de vista daquele tipo de orientação teórica. O que importava, de fato, era a infraestrutura, as relações econômicas, as classes sociais (SADEK, 2013, p. 27).

Existem diversas formas distintas de se concretizarem vagas proposições, como a de abandono da *summa divisio*, basta pensar sobre as distintas maneiras de dialogar o direito público com o privado. Nesses termos, o recurso à teoria kantiana pode oferecer uma visão mais nítida dos limites de uma dessas formas de intervenção do Estado nas relações entre particulares, o que pode ser útil, não só para o intento de se repensar a responsabilidade civil nas relações entre consumidores e operadoras de planos de saúde, mas também para se chegar a resultados interessantes para propostas teóricas que guardem conexão, ainda que distante, com esta pesquisa, como é a situação das já destacadas metodologia civil constitucional e humanização do direito civil – por deterem a interação entre público e privado como uma de suas premissas.

Diante da possível variabilidade na compreensão do intervencionismo do Estado kantiano, é válido um mínimo de zelo com a compreensão de sua proposta teoria, sobretudo

nas limitações de seu contexto histórico (DODSON, 2003). Dessa forma, antes de desenvolver as principais vertentes de compreensão do intervencionismo kantiano, cumpre destacar que as condições empíricas de seu tempo sozinhas não devem, até onde agora se percebeu, limitar as possíveis conclusões extraídas da teoria kantiana.

No intento de simplificar a compreensão sobre as diversas vertentes de compreensão desse tema, momentaneamente, opta-se por agrupar as leituras da obra kantiana em “lugares comuns”; logo, a análise desenvolveu-se em dois sentidos, a saber, um direito sem e outro com solidariedade. Em todo caso, não se deseja conferir trato similar a questões distintas, razão que obriga um pormenorizar posterior dessas leituras. Para Dodson (2003), existem quatro leituras da obra Kantiana que se destacam sobre a temática da intervenção do Estado na economia, quais sejam, a liberal clássica, a marxista, a do Estado de bem-estar social e a socialista. As duas primeiras são representativas de uma leitura do direito kantiano sem natureza solidária; as duas últimas, diferentemente, são providas dessa natureza.

Nesta pesquisa, a expressão solidariedade, enquanto possível qualificante do conceito de Direito, foi inspirada em seu uso por Kersting ao discorrer sobre os elementos do conceito de Direito na filosofia política de Kant (KERSTING, 1992). Apesar disso, a expressão encontrou certas justificadas críticas, especialmente no que se refere ao qualificar a leitura marxista do direito kantiano como desprovido de solidariedade. Com o propósito de se conferir uma superior adesão a esta exposição, pode-se substituir o atributo de solidário pelo de interventor; logo, as duas primeiras – liberal clássica e marxista – compreendem o direito kantiano como absenteísta; por sua vez, as duas últimas – Estado de bem-estar social e socialista – concebem o direito kantiano como dotado de caráter intervencionista.

Essa variabilidade nas conclusões da leitura do pensamento kantiano possivelmente advém da tensão entre as perspectivas liberal e democrática. Essa aparente antinomia entre soberania popular e direitos humanos, todavia, deveria ser compreendida como conciliada na teoria kantiana, diante de sua cooriginariedade; em outras palavras, uma não poderia ter primado sobre a outra (TERRA, 2004). Malgrado existam essas variações na leitura da concepção kantiana de direito, razão para admitirem-se desde intervenções estatais sobre a propriedade e os contratos até atuações meramente coercitivas no intento de manter a unidade desse mesmo Estado, uma mínima interação entre público e privado sempre se faz presente.

A relação entre público e privado, na teoria kantiana, estaria, ao menos, vinculada à exigência ideal de formar o estado civil, ou seja, na passagem do estado de natureza ao civil. Nesse ponto, cumpre destacar a distinção da concepção Kantiana de estado de natureza e estado civil. O primeiro não é descrito como um estado de injustiça, mas pela ausência de

justiça, diante da falta de juízes para decidir os conflitos entre as noções individuais de direito, sendo essa instabilidade a razão para uma aquisição apenas provisória nesse estado (TERRA, 2004). O segundo, por sua vez, é dotado de uma legislação pública e coercitiva, oriunda de um processo democrático, portanto, adequada às noções de liberdade como autonomia, bem como liberdade nos moldes de limitação recíproca, que possibilita garantir a cada pessoa sua aquisição de natureza peremptória.

Fala-se em exigência ideal, uma vez que, na construção teórica kantiana, o estado de natureza não necessita representar um fato do passado ou uma concreta realidade histórica, como bem destaca Terra (2009). Essa compreensão da teoria kantiana advém também de sua manifestação na Doutrina do Direito ao destacar a seguinte premissa:

Quer um Estado comece com um efetivo contrato de submissão (*pactum subiectionis civilis*) como um fato, quer o poder tenha chegado primeiro e a lei somente depois, ou mesmo se devessem ter se sucedido nesta ordem – a um povo já submetido à lei civil esses raciocínios sutis são completamente despropositados e, ademais, ameaçam perigosamente o Estado. [...] Essas palavras não constituem uma asserção sobre o fundamento histórico da constituição civil; ao contrário, estabelecem uma ideia na qualidade de um princípio de razão prática: o princípio segundo o qual o poder legislativo presentemente existente *deve* ser obedecido, seja qual for a origem (KANT, 2017, p. 122-123).

Assim, já haveria uma relação entre o público e o privado na instauração do estado civil, também representada pela passagem da posse justa do estado de natureza à propriedade no estado civil: “Tal como a aquisição, mesmo provisória, se funda no postulado prático-jurídico, um princípio do direito privado autoriza o exercício da coerção para fazer com que os outros homens entrem juntos num estado civil que garanta a aquisição, tornando-a peremptória” (TERRA, 2004, p. 35). Essa interpretação reconhece uma relação entre público e privado em Kant, ainda que mínima, estando de acordo com a manifestação do filósofo de *Königsberg* na Doutrina do Direito:

O estado de Constituição civil, a despeito de ser sua realização subjetivamente contingente, é, não obstante, objetivamente necessário, quer dizer, necessário como um dever. No que toca a esta Constituição e sua instauração, há, por conseguinte, uma efetiva lei natural de direito a que está sujeita qualquer aquisição externa. [...] é um princípio do direito privado, em conformidade com o qual cada um é justificado por usar a coerção que seja necessária na hipótese de as pessoas abandonarem o estado de natureza e ingressarem no civil, o qual possui a capacidade exclusiva de tornar definitiva qualquer aquisição (KANT, 2017, p. 74-75).

Esse mínimo de interação entre esses lugares comuns está presente, inclusive, nas interpretações liberais clássicas, dentre as quais se destacam as interpretações de Humboldt (1969), Hayek (1976) e Kersting (1992). Essa relação é compreendida nos moldes de uma exigência racional na formação e manutenção do estado civil; logo, a interação entre público e privado é compreendida, pelas correntes liberais clássicas, como mais do que mera utilidade ou prudência (KERSTING, 1992). Nessa visão liberal, o direito de propriedade é compreendido como necessário – observa-se que a teoria kantiana, ou, ao menos, quando compreendida sob um viés liberal, tece críticas ao comunismo radical (KERSTING, 1992) – por estar vinculado à garantia externa da liberdade, devendo tal direito ser conferido a toda pessoa por sua condição de racionalidade.

A propriedade, dessa forma, seria uma expressão da liberdade, notadamente na liberalidade de ter algo externo como seu em caráter definitivo, sendo essa conferida a todos os seres humanos, caso contrário, essa “[...] aquisição nunca seria mais que provisória, se esse contrato não fosse extensivo a todo gênero humano” (KANT, 2013, p. 96). Qualificar a propriedade como necessária é também compreender que sua proteção, pela ordem jurídica, não advenha de sua utilidade, assim, Kant rompe com a tradição filosófica de seu tempo, uma vez que a propriedade seria uma expressão necessária da liberdade externa, e não mero instituto decorrente das necessidades humanas (KERSTING, 1992).

Kant, do mesmo modo, distancia-se das demais construções teóricas sobre a aquisição originária, pois concilia a posse em estado de natureza, compreendida como uma posse justa, com a necessidade de consentimento geral para instaurar a propriedade, uma vez que esta limita o uso externo da liberdade dos demais em benefício do titular desse direito real. Assim, opta por solução distinta do anticontratualismo de Locke – visto que atos unilaterais e empíricos, mesmo aqueles representativos do trabalho humano, não podem limitar a liberdade pressuposta dos demais –, bem como do contratualismo de Pufendorf – pois, se todas as aquisições são produto de contrato, não haveria aquisição originária (KERSTING, 1992). Essa teoria não contratualista do consenso parece ser aplicada ao Kant apresentar o seguinte destaque:

Porém, o *título racional* da aquisição somente pode ser encontrado na Ideia da vontade universal conjunta *a priori* (isto é, que deveria ser necessariamente conjunta ou unânime); Ideia que se supõe aqui tacitamente como condição indispensável (*conditio sine qua non*): porque uma vontade individual não pode impor aos demais uma obrigação que sem ela não teriam (KANT, 2013, p. 93).

Esse qualificar da propriedade – como direito necessário – não afasta sua condição de direito adquirido na teoria kantiana, em oposição ao direito inato. Este último, também intitulado de primitivo, é conferido a todo ser humano em decorrência de sua existência; não se exige, nesses termos, um ato de direito ou jurídico para sua aquisição. O único direito inato na teoria kantiana é a liberdade, sendo qualificada como um direito natural, como se extraí do texto da Doutrina do Direito:

A liberdade (independência do arbítrio do outro), à medida que possa subsistir com a liberdade de todos, segundo uma lei universal, é esse direito único, primitivo, próprio de cada homem, pelo simples fato de ser homem. A *igualdade* natural, isto é, a impossibilidade moral de ser obrigado pelos demais a mais coisas do que aquelas a que estão obrigados com respeito a nós; [...] que todas essas faculdades estejam já contidas no princípio da liberdade inata e não diferem efetivamente dela (como membros de uma divisão submetida a uma noção superior de direito) (KANT, 2013, p. 59-60, itálicos do autor).

Uma vez desenvolvidos certos aspectos da passagem da posse precária para propriedade definitiva, é possível compreender a relação mínima entre direito público e privado na teoria kantiana. Essa relação se verifica na dependência mútua entre propriedade privada e Estado, da qual se pode vislumbrar a distinção de outras propostas teóricas de seu tempo, como as de Hobbes e Locke, que perfilhavam uma absoluta autonomia entre os conceitos de Estado e de propriedade privada, respectivamente (KERSTING, 1992). Assim, a formação da propriedade privada seria uma das razões para instaurar um sistema de direitos e leis externas; por sua vez, esse sistema seria a forma de concretizar o caráter definitivo da propriedade.

A distinção entre liberdade interna e externa também ocasiona influxos nessa clássica leitura da concepção kantiana de direito, especialmente, ao concluir por uma ausência de solidariedade nessa construção, ou, se preferir, um estado absenteísta. Dessa maneira, a metafísica do direito kantiana não deve ser entendida como uma comunidade solidária entre necessitados, pois aspectos internos da liberdade – convicções internas, intenções, interesses e necessidades – não estão sob o clivo do direito. De maneira resumida, mas completa, o direito, sob a perspectiva clássica, pode ser descrito nos seguintes termos:

That means that no claims of right can arise from one's neediness. Right does not help powerless needs. For Kant a community of right is not a community of solidarity among the needy, but a Community for self-

protection among those who have the power to act (KERSTING, 1992, p. 345)³.

Nessa ordem de ideias, o direito resumir-se-ia a uma limitação da liberdade externa de cada um com o fito de a compatibilizar com a liberdade dos demais, segundo leis universais. O produto dessa proposição seria uma coexistência simétrica da liberdade dos seres humanos; em outros termos, uma zona de livre manifestação da liberdade individual, dentro da qual cada indivíduo agiria como bem lhe aprouvesse. Dentre esses usos da zona de livre manifestação da liberdade, também se encontra a liberdade no uso da propriedade, ou seja, de deter algo externo em caráter definitivo. Essa interpretação restritiva da atuação do Estado sobre a liberdade externa encontra fundamento, também, nos termos da Doutrina do Direito:

Quando pessoas vivem sob uma Constituição civil, as leis estatutárias existentes nesta condição não podem violar o direito natural (isto é, o direito deduzível de princípios a favor da Constituição civil); e, assim, o princípio jurídico “quem quer que aja com base numa máxima que impossibilita que eu tenha um objeto de minha escolha como meu me prejudica” permanece em vigor, pois uma Constituição civil é precisamente a condição jurídica pela qual o que pertence a cada um é apenas assegurado, porém não realmente estabelecido e determinado (KANT, 2017, p. 68).

Uma intervenção do Estado somente seria admissível por lei formal, em resposta a situações emergenciais que tenham condição de levar ao rompimento do estado civil (KERSTING, 1992). A perspectiva liberal clássica compreende o direito kantiano nos moldes de um Estado mínimo; de outra forma, o Estado somente interviria na liberdade externa para coibir atos injustos sobre a liberdade dos demais.

Essa possibilidade de atuação do Estado encontra fundamento na inseparabilidade entre o direito e a capacidade de obrigar, pois: “[...] se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é injusto), a coerção que a isso se opõe (como um impedimento de um obstáculo à liberdade) é conforme à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é justa)” (KANT, 2017, p. 48). Portanto, a função da coerção mútua, na proposta de Estado kantiano, é concretizar a liberdade racional, e a proteção desta liberdade é o único fito do Estado na leitura liberal clássica do pensamento político jurídico de Kant.

³ Isso significa que nenhuma reivindicação de direito pode surgir da necessidade de alguém. O direito não ajuda as necessidades impotentes. Para Kant, uma comunidade de direito não é uma comunidade de solidariedade entre os necessitados, mas uma Comunidade de autoproteção entre aqueles que têm o poder de agir (KERSTING, 1992, p. 345, tradução nossa).

A perspectiva Marxista da obra kantiana, em que pese suas contundentes críticas a esse filósofo, reconhece o avanço diante de seu contexto histórico, especialmente por sua teoria lidar com problemas sociais e reconhecer a liberdade pressuposta do ser humano, enquanto consequência de sua razão ou de um pensamento racional (DODSON, 2003). Nesses termos, o avanço da teoria kantiana estaria no fato de imputar a liberdade como uma conquista humana, como algo que o ser humano confere a si mesmo, em detrimento de visões que a compreendem como uma dádiva divina.

Esse aspecto da liberdade humana – nos moldes de algo que o ser humano confere a si mesmo – é um dos exemplos que permitem compreender a teoria kantiana como uma expressão da modernidade, ou seja, uma consagração de um mínimo de autonomia para a ciência, a moral, o direito, a arte e, inclusive, “[...] a ‘dar lugar para a fé’” (SEDGWICK, 2017, p. 49). Essa lógica própria, resultante da autonomia dessas esferas de valor, expressa-se na moral, entendida como gênero, pelo imperativo categórico, nos seguintes termos:

Com o imperativo categórico, garante-se que a esfera moral tenha suas leis próprias, independentemente das outras esferas culturais, e também que estamos obedecendo a leis de cuja elaboração nós, como seres racionais, participamos. Trata-se de uma moral que não depende da teologia nem de costumes tradicionais de uma dada comunidade; uma moral em que, para usar os termos da filosofia contemporânea, haveria a prioridade do justo sobre o bem — isto é, a prioridade do que pode ser aceito por todos sobre as concepções particulares acerca da vida boa e da felicidade (TERRA, 2004. p. 12).

A compreensão marxista da obra kantiana aproxima-se da liberal, mas, em vez de fundar seu pensamento nela, opta por a criticar, estando essa compreensão presente na obra de Marcuse (1973). A teoria kantiana, nesse viés, produziria uma sociedade universalmente insegura e acometida por perturbações sociais, sendo mantida unida à custa de um sistema de coerção (DODSON, 2003).

Além das interpretações liberais clássica e marxista, aquelas de um direito desprovido de solidariedade, pode-se observar outras compreensões da teoria kantiana, como aquelas comprometidas com um certo grau de bem-estar social (DODSON, 2003). Essas leituras partem da crítica ao pensamento liberal clássico, especialmente por uma suposta dificuldade de este último justificar suas conclusões diante de admissões explícitas do texto kantiano à intervenção Estatal.

Nessa nova perspectiva, Kant não haveria limitado drasticamente o Estado; pelo contrário, lhe é conferido a condição de proprietário supremo da terra, a autoridade para

cobrança de tributos, o controle da economia e das finanças nacionais (DODSON, 2003). A autoridade do Estado para tributar – forma de financiar a tutela da liberdade, a propriedade e as condições mínimas de subsistência – seria uma conclusão de sua condição de proprietário supremo da terra. Essa interpretação parte do próprio texto da Doutrina do Direito, momento em que Kant versa, *in verbis*:

Uma vez que a terra é a condição fundamental que por si só possibilita ter coisas externas como pertencentes a si próprio e o primeiro direito adquirível é a posse e o uso de tais coisas, todos esses direitos devem ser derivados do soberano como *senhor da terra*, ou melhor, como seu supremo proprietário (*dominus territorii*) (KANT, 2017, p. 127).

Neste momento, é importante destacar a existência de um argumento contrário à noção de um Estado kantiano proprietário supremo da terra, ou melhor, essa leitura de Dodson encontra um argumento contrário, representado na distinção entre soberania territorial e uso privado da propriedade. Essa distinção elaborada por Kant era uma crítica às concepções feudais, como se pode observar no seguinte excerto:

Kant volta-se contra as concepções feudais quando critica as suas instituições e a nobreza e também quando caracteriza o Estado como o garantidor da propriedade privada que, para cumprir essa finalidade, não pode ser ele mesmo proprietário privado (TERRA, 2004, p. 38).

A leitura da teoria kantiana, qualificada pela presença do intervencionismo, admite que os valores sejam destinados a intervenções para o bem-estar do povo, não sendo mera exceção emergencial destinada à manutenção da unidade do estado civil. Nessa proposta, os seres racionais cessam o estado de natureza com o fito de obterem a proteção de suas posses provisórias ou de adquirirem auxílio mínimo para sua subsistência. O Estado estaria obrigado a subsidiar meios básicos de vida para aqueles que não conseguem se prover.

Os efeitos jurídicos da associação civil não se resumiriam à tutela da liberdade externa, mas também autorizariam o Estado a: “[...] forçar os ricos a prover os meios de subsistência daqueles que são incapazes de prover sequer a satisfação de suas necessidades naturais mais indispensáveis” (KANT, 2017, p. 129). Nesses termos, a proposta de um direito kantiano dotado de natureza solidária distancia-se das leituras anteriores, uma vez que a atuação interventiva do Estado sobre a propriedade seria um meio de custear o seu dever solidário, sendo este dever uma das razões de formação do pacto civil. O Estado poderia, até

mesmo, embarcar em programa de reforma agrária, desde que os antigos proprietários fossem indenizados, distanciando-se da visão liberal clássica.

Não só a propriedade seria a razão de passagem do estado de natureza ao civil, mas a tutela de meios materiais mínimos, ou seja, um padrão mínimo de vida digna também seria fundamento desse contrato social, assim, instaurando-se um dos deveres do Estado (DODSON, 2003). Pode-se dizer que, sob esse viés, o Estado kantiano conteria deveres de tutela da liberdade, da propriedade, mas também de um padrão mínimo de vida aos cidadãos necessitados. Em resumo, essa leitura da obra kantiana compreende que os seres racionais buscam prover sua subsistência própria ao formarem o Estado, devendo este garantir a segurança física e econômica de cada um (DODSON, 2003).

Essas críticas ao pensamento liberal clássico instruíram, inicialmente, interpretações de um direito kantiano próximo a um Estado de bem-estar social, dentre as quais se destacam os expositores Kaufman (1999) e Rosen (1993). Este último teórico referenda que o dever de tutela da liberdade individual, apesar de primordial pela condição de único direito inato, não deveria ser compreendido como o único dever da proposta de Estado kantiano (ROSEN, 1993). O Estado também teria um dever de benevolência para com seus cidadãos, notadamente aqueles que, conforme sinalizado, não tivessem aptidão de sustentar uma condição mínima de vida, o que fundaria ampla gama de programas sociais.

Consideráveis níveis de desigualdade seriam admitidos por essa compreensão de um Estado kantiano, todavia, também se reconhecem os duvidosos efeitos sociais de graus extremos de desigualdade social, devendo o Estado os controlar (KAUFMAN, 1999). Os efeitos danosos da extrema desigualdade podem ser, inclusive, uma das causas para a intervenção do Estado kantiano em uma leitura liberal clássica, desde que ponha em risco a própria unidade do Estado. Assim, o Estado kantiano admitiria uma intervenção para controle dessa desigualdade, seja por meio de impostos redistributivos, seja por meio de prestações de serviços de educação pública e saúde.

Essa interpretação se aproxima das atuais construções da dogmática cível sobre um mínimo existencial, que é, inclusive, concretizado por uma parcela indispensável do patrimônio, veja-se, por exemplo, a situação do bem de família – Lei n. 8.009/90 (BRASIL, 1990a). Talvez seja possível propor que a propriedade na concepção kantiana de Estado, compreendida como direito necessário, ao decorrer da liberdade externa, e peremptória, no estado civil, não representaria apenas o excedente do patrimônio individual, mas também os bens de natureza essencial para subsistência humana – aqueles que garantem algo próximo à atual concepção de mínimo existencial. Nesses termos, a propriedade restaria resguarda de

acordo com a concepção liberal de Kant, mas o estado deveria proteger e promover também a parcela mínima dessa propriedade, em respeito a um padrão de vida digno.

A última compreensão da obra kantiana, ainda que minoritária, merece certo desenvolvimento, especialmente por versar sobre o conceito de mérito, mostrando significativa utilidade aos fins desta pesquisa. Essa interpretação parte da visão social democrática ou Neokantiana alemã do século XX, assim, também deseja compreender o socialismo por um viés kantiano e demonstrar a possibilidade de uma pretensa crítica ao modelo de produção capitalista já na teoria kantiana (DODSON, 2003).

Nessa leitura, atos de benevolência seriam um dever imposto não apenas ao Estado, mas sobre toda a sociedade, uma vez que se comete a injustiça de atrair riqueza além da necessária (DODSON, 2003). Os atos de beneficência ou de caridade, sob essa perspectiva, não seriam meritórios, mas sim uma forma de devolver aos demais o que seria deles por direito. Nessa ordem de ideias, pode-se falar que um ato de benevolência seja qualificado pelo débito – cumprimento de um dever na medida que lhe é imposto – em detrimento do mérito, que figuraria um cumprimento além das determinações legais. O que demonstra, até mesmo, uma possível imprecisão do termo beneficência para atos dessa natureza.

Essa distinção de mérito, nessa última leitura da obra kantiana, permitirá elaborar conclusões distintas sobre a concepção de responsabilidade. Nesse momento, é suficiente compreender que essa proposta de interpretação admite intervenções sobre a propriedade por um processo de autogovernança democrática, que tenciona o desenvolvimento de uma autonomia coletiva ou pública (DODSON, 2003). Nessa ordem de ideias, as intervenções do Estado, ainda que em uma leitura socialista da teoria kantiana, exigem uma intermediação democrática – em respeito a liberdades individuais – bem como devem indenizar os proprietários.

Essa visão não tenciona, por fim, a propriedade privada, mas a adaptar as exigências de tutela da dignidade humana, em oposição à redução do trabalhador a mero custo de produção – comum na visão puramente capitalista. O que leva essa concepção a cogitar a possibilidade de um socialismo de mercado, distante das relações capitalistas de produção e aproximado a formas de propriedade coletivas, dotadas de autogestão democrática do trabalho (DODSON, 2003). No mercado de planos privados de assistência saúde, as construções jurídicas nacionais correlatas a essas últimas leituras da obra kantiana são as cooperativas de trabalho médico e planos de autogestão, como, por exemplo, a Unimed João Pessoa e a GEAP Fundação de Seguridade Social.

Os planos de autogestão, especialmente por abdicarem dos fins lucrativos e buscarem concretizar o acesso à saúde em valores mais cômodos, vêm exigindo um repensar de seu regramento jurídico, diante de sua condição no mercado nacional de saúde:

[...] inviabilizando a manutenção dessas modalidades de planos privados de assistência à saúde porque a regulamentação é tão minuciosa que os custos operacionais inviabilizam a saúde financeira dessas instituições sem fins lucrativos. A verdade é que essas instituições sem fins lucrativos, associativas ou beneficentes, são tratadas pela Agência reguladora como as empresas com finalidade de lucro e isto elimina a possibilidade de sobrevivência dessa espécie de operadora de plano de saúde (BOTTESINI, 2013, p. 49-50).

Em âmbito nacional, já vêm surgindo certos incentivos aos modelos de autogestão, como, por exemplo, a possibilidade de se afastar o regime mais protetivo e logicamente mais custoso do Código de Defesa do Consumidor (CDC) pelo enunciado nº. 608 da súmula de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), nos seguintes termos: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão” (BRASIL, 2018d). Esse tratamento diferenciado, conferido às empresas de autogestão de saúde, poderia ser compreendido nos moldes de um incentivo ou prêmio pelo seu mérito nos atos de concretização da saúde, desde que não se adote a interpretação proposta por Dodson.

Uma conclusão será deduzida, caso se opte pela previsão de inexistência de mérito em atos de benevolência, pois não haveria sentido em se premiarem condutas qualificadas pelo débito; logo, esse estímulo haveria de ser destinado para a hipótese das cooperativas de trabalho médico. As cooperativas de assistência médica, dentre as quais se destaca o Sistema Unimed, aproximam-se de propriedades coletivas devido à distribuição das sobras de capital, todavia, esse modelo ainda é passível de crítica, pois, a depender da gestão, a finalidade econômica pode se sobressair ao interesse dos consumidores e à missão hipocrática (BOTTESINI, 2013). Cabe destacar que as cooperativas são sociedades simples dotadas de finalidade econômica por figurarem espécie societária, entretanto não têm finalidade lucrativa.

Os regramentos benéficos ao cooperativismo laboral ou à autogestão em saúde privada, a título de exemplo, podem ser admissíveis nessas leituras da teoria kantiana, desde que sejam justificados por decisões democráticas. Essas decisões, geralmente produtos de construções legiferantes, representam uma intervenção do público no âmbito privado, ou seja, uma restrição da autonomia privada pela autonomia pública ou coletiva. Essa relação entre

autonomia privada e coletiva no pensamento kantiano torna esses regramentos autônomos da esfera do cooperativismo, da autogestão, do âmbito consumerista, da ceara trabalhista, entre outros, válidos e de acordo com o aspecto democrático da liberdade, desde que sejam produtos do legislativo.

Não se pode afirmar peremptoriamente a conciliação entre as novas perspectivas de compreensão do atual direito privado e a teoria kantiana, pois restaria ainda necessário adentrar no questionamento do limite da atividade interpretativa ou aguardar construção democrática representativa do tema. Entretanto, é plausível admitir a possibilidade de diálogo para construção de um modelo de relação entre público e privado nessa seara, ou melhor, de se verificarem os modelos de interação entre esses lugares comuns na teoria kantiana, variáveis de acordo com a leitura da teoria kantiana. Esses distintos modelos, por permitirem atuações distintas do Estado, admitem pensar sobre graus distintos de intervenção do Estado, coadunando com os fins da forma de intervenção – por promoção e repressão – desta pesquisa.

3.4 A ADMISSIBILIDADE DE PRÊMIOS E PENAS NA IMPUTAÇÃO JUDICIÁRIA KANTIANA

Uma das conclusões a que chegaram em um artigo, no qual questionaram o aplicar da concepção kantiana de responsabilidade em todo direito privado nacional, Veloni e Lima (2018) trataram da possibilidade de imputações judiciais repressoras de condutas desconformes e motivadoras de atos meritórios (VELONI; LIMA, 2020). Nesse momento, convém destacar as considerações que resultam nessa assertiva; a primeira destas está na exposição das peculiaridades da Metafísica dos Costumes, do Direito e da Virtude.

A Metafísica dos Costumes, enquanto uma disciplina do conhecimento, opõe-se à metafísica da natureza, oposição esta que deve ser entendida nos moldes de uma parte diversa da metafísica da ciência da natureza. Uma metafísica dos Costumes é admissível para Kant; dados os limites da própria ciência e do determinismo newtoniano, a ciência poderia ocupar-se de objetos exteriores sujeitos aos dados de espaço e tempo, mas não lograria êxito em tratar de temas desprovidos de uma causalidade da natureza (SEDGWICK, 2017). A admissão da existência de causa para todos os fenômenos da natureza – determinismo newtoniano – permite deduzir a impossibilidade de encontrar na natureza uma causa incondicionada, ou seja, causa não advinda de outra causa, sendo esse o limite das ciências da natureza, bem como a exigência de especular outras formas de causalidade.

Assim, a especulação de outras formas de causalidade, destinadas a justificar temas não solvidos pela ciência por não deterem uma causa na natureza, corrobora a construção kantiana da causalidade da liberdade. A causa estaria na liberdade, a qual estaria fora dos conceitos de espaço e tempo não cientificamente aferíveis nos termos kantianos, mas apenas pressuposta. Um dos âmbitos de estudo das leis dessa liberdade pressuposta e sua causalidade poderia, grosso modo, ser reputada à Metafísica dos Costumes em oposição à Metafísica da natureza, âmbito de estudo da causalidade e dos objetos da natureza.

A relação entre esses conceitos da teoria kantiana – diga-se, os conceitos de Metafísica dos Costumes e liberdade pressuposta – é corroborada pelo nominar das leis da Moral como leis da liberdade, ou, leis morais. A obra Metafísica dos Costumes já indica desde a sua disposição em duas partes, intituladas de princípios metafísicos da Doutrina do Direito e primeiros princípios metafísicos da Doutrina da Virtude, que o direito e a ética são espécies desse gênero; em outros termos, a moral, assunto da Doutrina dos Costumes ou Metafísica dos Costumes, é o gênero da qual se extraem o direito e a ética na teoria kantiana (KANT, 2017).

Na obra Kantiana, o direito e ética, espécies do gênero da moral, são partes integrantes da teoria dos deveres em geral ou teoria dos costumes, como consequência da pretensa unidade da razão prática nessa teoria. Essa coesão da Doutrina dos Costumes é uma proposta da teoria kantiana, diferentemente das construções teóricas anteriores, segundo as quais a teoria dos deveres se limitava ao tema estudado na Doutrina da Virtude – a ética (KANT, 2017). A unidade da razão prática, apesar de conferir semelhanças às espécies da Doutrina dos Costumes, não impede que existam distinções entre essas, especialmente nos conceitos da forma de expressão de suas leis; enquanto a Doutrina do Direito estuda a sistematização das leis jurídicas, a Doutrina da Virtude tratou das leis morais em sentido estrito.

Kant, ao conceber a inviabilidade de adequar a liberdade externa de cada um com as múltiplas concepções subjetivas de direito no estado de natureza, sugere a necessidade de adentrar em um estado civil ou político, qualificado pela presença de legislação jurídica pública e de coerção mútua, democraticamente elaboradas para concretizar a liberdade de todo ser racional. Essas leis jurídicas seriam, junto com as leis éticas ou morais em sentido estrito, partes integrantes do conceito de leis morais, em sentido amplo, ou da liberdade, instruindo os deveres do direito e da virtude; logo, instrui toda a teoria geral dos deveres (KANT, 2017).

O estudo do direito, na teoria kantiana, tem seu arrimo nas construções jurídicas gregas e romanas, todavia, é qualificada por uma visão arquitetônica; em outros termos, seus

conceitos eram dotados de um caráter lógico, sendo concebido como uma das primeiras propostas de um direito sistemático. A sistematicidade do pensamento kantiano, que o qualifica como arquitetônico ou orgânico, pode ser observada na crítica da faculdade do juízo:

Cada ciência é para si mesma um sistema; e não basta nela construir segundo princípios e por isso agir de modo técnico, mas pelo contrário temos que também operar nela de forma arquitetônica, como um edifício por si subsistente, e não a tratar como um anexo e como uma parte de outro edifício, mas sim como um todo existindo para si, mesmo que depois se possa estabelecer uma passagem deste para aquele ou reciprocamente (KANT, 2012, p. 248).

Essa sistematicidade do pensamento jurídico kantiano, provavelmente desenvolvida a partir dos conceitos de correção e dedução para instruir um nexos sistêmico nos termos de Wolff (FERRAZ JUNIOR, 1976), destoava das leituras de parques indícios de dedução e coesão dos glosadores das universidades medievais.

Essa sistematicidade é observável em sua concepção de responsabilidade, uma vez que, na imputação de consequências pelo descumprimento de um dever, ela possibilita, como se verá a seguir, interações lógicas entre: a) elementos que possibilitam a imposição da sanção, quais sejam, a personalidade jurídica ou moral, a liberdade na prática da conduta e o sujeito ou entidade competente para imputar a consequência; e b) elementos que possibilitam identificar o grau da sanção imposta, quais sejam, o estado de cumprimento do dever legal – realizou-se mais/apenas/menos do que foi exigido pela lei – e as barreiras – morais e naturais – presentes no cumprimento desse dever. Trata-se de uma sistematicidade não identificada nos julgados que versam sobre o aspecto pedagógico dos danos morais na hodierna dogmática cível, mas que poderia corroborar a elaboração de novos critérios para a quantificação da condenação por danos morais nas relações entre operadoras de planos de saúde e destinatários dos serviços.

O relevo do direito romano é significativo no pensamento jurídico kantiano, especificamente na divisão geral dos deveres elaborada pelo jurisconsulto Ulpiano, como já sinalizado em capítulos anteriores. A teoria kantiana, dessa forma, parte da categorização realizada pelo jurisconsulto Ulpiano; segundo essa teoria, os deveres podem ser classificados em: a) Sê homem honrado (*honestas juridica*) – dever de respeitar seu próprio aspecto dignificador, ou seja, de não se entregar aos demais nos moldes de puro instrumento passivo, devendo ser para eles um fim –; b) Não faz dano à terceiro (*neminem laede*); c) Entra com os demais em sociedade para que cada um conserve o que lhe pertence (*suum cuique tribue*) –

entenda-se, conservar o seu e não dar a cada um o seu, caso contrário, será um absurdo dar a alguém algo que já lhe pertence (KANT, 2013). Pode-se observar a forte influência da categorização de Ulpiano na construção jusfilosófica de Kant, desde o imperativo categórico até o princípio de direito privado que permite a coerção para instaurar o estado civil, os quais são desenvolvidos a partir do pensamento desse jurisconsulto.

O direito, quer seja aquele empírico, quer seja metafísico, é composto por um complexo de leis, caracterizadas por um aspecto compulsivo ou coercitivo, oriundo de sua inseparabilidade da faculdade de obrigar, admitindo uma provável formalização por estrutura externa (KANT, 2013). Essas leis jurídicas, de acordo com a sua necessidade de formalização em estrutura externa para constranger, podem ser consideradas naturais ou positivas; logo, consta-se outro efeito do terceiro dever do jurisconsulto Ulpiano na separação entre estado de natureza e estado civil ou político.

Aquela lei, que não exige estrutura externa para exercer sua faculdade de obrigar, é compreendida como natural, em virtude de sua origem na razão humana (KANT, 2017). Esse direito racional ou natural, todavia, é um modelo ideal para as possíveis reformas do direito positivo, vindo a obrigar tanto cidadãos como legisladores. Nesses termos, o direito natural não é apenas observável em estado de natureza, pois representa:

[...] um critério para as reformas e melhoramentos da constituição a serem promovidos pelo chefe do Estado e também um critério para a elaboração das leis positivas: as leis que o povo não pode promulgar para si mesmo [...]. Assim, o direito natural não pode ser identificado apenas com o direito no estado de natureza (TERRA, 2004, p. 26).

O momento histórico de elaboração da teoria kantiana atua na sua conceituação da lei jurídica positiva; nesses termos, esta seria toda aquela que não fosse compreendida como lei jurídica natural. A lei jurídica positiva, diversamente daquela natural, reclama uma estrutura externa e anterior ao comportamento humano para exercer a faculdade de obrigar, representando produto da vontade do legislador. Essa vontade, todavia, sofre efeitos da lei jurídica natural, nos moldes de uma relação entre lei jurídica natural e aquela positivada.

O estudo do direito positivo, centrado no produto empírico de determinada ordem jurídica, foi nominado de *juris-prudentia*; por seu turno, o conhecimento do direito natural, direcionado à análise da metafísica do direito, foi identificado de *juris scientia* na obra kantiana. Esses conceitos, como já referidos, guardam uma conexão entre si, representada no fato de que: “Esta última denominação convém ao conhecimento *sistemático* do Direito

Natural (*jus naturae*), por mais que o jurisconsulto deva tomar dessa última os princípios imutáveis de toda legislação positiva” (KANT, 2013, p. 48).

Essa relação, entre ciência do direito e direito natural, oportuniza um fenômeno jurídico minimamente isento de condições empíricas, formado por um núcleo universal e atemporal. Resumidamente, o direito para Kant admitiria segmentação em natural e positivo: o primeiro, de caráter universal, uma vez que decorre apenas da razão, obriga a qualquer ser humano, mesmo sem uma estrutura externa; todavia, opta por um caráter procedimental – formal – em detrimento de uma tábua de valores, distanciando-se da maioria das visões sobre um direito natural; o caráter procedimental permite uma relação ideal com o segundo conceito, servindo de modelo para reformas do direito positivado pelas construções históricas de cada sociedade em seus espaços públicos.

Essa relação entre direito natural e positivo permissiva, em última análise, de um critério para aferir a justiça das construções empíricas de cada experiência, pode ser observada diante da seguinte questão:

[...] questão de saber se o que prescrevem essas leis é justo, a questão de dar por si o critério geral por meio do qual possam ser reconhecidos o justo e o injusto (*justum et injustum*) jamais poderá ser resolvida a menos que se deixe à parte esses princípios empíricos e se busque a origem desses juízos na razão somente [...] para estabelecer os fundamentos de uma legislação positiva possível (KANT, 2013, p. 48).

Essa relação entre direito metafísico e aquele empírico pode ser observada também na aplicação da responsabilidade kantiana como um modelo sistemático de repartição dos riscos de danos entre consumidores e operadoras de planos privados de assistência à saúde. Assim, o emprego dessa construção teórica, seja por intermédio da interpretação do parágrafo único do art. 944 do CC/02, seja por alguma normativa futura dotada de maior exatidão, representaria a concretização de um específico sistema de responsabilidade para esses contraentes por meio de deliberações em espaços públicos.

A capacidade do direito racional de identificar o justo e o injusto não se limita a hipóteses de produções legislativas; esse é um critério aplicável para toda ação humana, que se expressa na qualidade de um imperativo categórico. Esse imperativo categórico é nominado por Kant de princípio universal do direito, segundo o qual: “É justa toda a ação que por si, ou por sua máxima, não constitui um obstáculo à conformidade da liberdade de todos com a liberdade de cada um segundo leis universais” (KANT, 2013, p. 49). Dessa forma, toda

ação humana será reputada justa, na hipótese de se manter dentro dessa zona de liberdade, pois não causa dano à liberdade de terceiro segundo leis universais.

Os valores de determinada sociedade, na teoria kantiana, seriam resultado de produção democrática nos espaços públicos, nos quais o direito natural deveria ser modelo, referência, ou melhor, um ponto de partida para pensar sobre possíveis reformas. Este último se adapta a todas experiências humanas, por eleger um procedimento racional para identificar a justiça ou injustiça das ações humanas em detrimento de um conjunto fechado de valores.

Para sua concepção de responsabilidade não seria diferente, como se verá a seguir, posto que Kant opta por conceitos que, além de deterem conteúdo minimamente isento de condições empíricas, formado por um núcleo universal e atemporal, permitem o seu desenvolvimento, de modo que tal construção se dê em espaços públicos. Nessa ordem de ideias, essa concepção de responsabilidade atua como um ponto de partida para as construções do direito positivo. No que tange à concepção de responsabilidade, esse caráter procedimental está presente em seus conceitos de personalidade, liberdade, sujeito competente, mérito, débito, demérito e barreiras naturais ou morais que atuam como modelo para um provável sistema específico de responsabilidade civil nas relações entre operadoras de planos privados de saúde e destinatários dos serviços. Inclusive, esse caráter procedimental da teoria kantiana permite que sua concepção de responsabilidade possa dialogar com o provável agravar dos efeitos da inefetividade dos direitos nesse momento da modernidade.

Nessa construção de valores da teoria kantiana, o ser humano vale-se de sua razão, bem como de sua liberdade pressuposta, uma vez que esses valores são por ele produzidos, e não objeto de imposição unilateral. A razão é também a causa de aprendizado, efetivo ou potencial, desses valores; logo, todo ser humano detém, ainda que de forma obscura, um mínimo das leis morais dentro de si (KANT, 2017).

O ser humano, malgrado seja beneficiado pela razão e sua consecutiva liberdade, inclina-se, por vezes, aos impulsos da natureza, pois estes: “[...] envolvem obstáculos na alma do ser humano ao seu cumprimento do dever e forças (por vezes poderosas) que a ele se opõem, ao que ele precisa que é capaz de resistir e subjugar pela razão [...]” (KANT, 2017, p. 179). Na maioria das vezes, a capacidade da razão de resistir e subjugar o desejo e o medo – impulsos da natureza – não logra o êxito esperado, portando, lei moral e experiência são conceitos autônomos, pela incondicionalidade empírica da moral. Cabe destacar que a moral kantiana, ao ser qualificada pela universalidade e liberdade, não defende a ausência de liberdade nos comportamentos contra a moral, pois se assim o fosse não haveria imputação de responsabilidade. A liberdade humana, por sua condição pressuposta, estaria presente

inclusive nos comportamentos contra a moral, a exemplo de como se pode ver em Sedgwick (2017, p. 253):

Ademais, ao afirmar a equivalência de uma vontade livre e uma vontade sob leis morais, Kant não pretende sugerir que uma vontade livre age sempre por dever. Embora Kant não toque esse ponto aqui, suas observações em outros contextos deixam claro que, para ele, uma vontade livre pode escolher transgredir a lei moral.

A moral, em sentido estrito, ou ética, exposta por Kant na Doutrina da Virtude, não é concebida apenas nos sentimentos, pois estes são de ordem física e subjetivamente variáveis. A concepção kantiana de ética, apesar de admitir ser corroborada por sentimentos, parte de uma ordem objetiva, ou seja, comum a todos seres racionais, pois é produto de uma livre escolha da razão, instruindo também uma análise metafísica da ética na Doutrina da Virtude. A Doutrina da Virtude, ao representar uma análise metafísica da ética, pretende observar, em aspecto científico, alternativa diversa das análises fragmentadas de preceitos, comuns em sua época (KANT, 2017).

A distinção entre as espécies de leis da liberdade, ou, se preferir, a pretensa divisão da metafísica dos costumes não tende partir do conteúdo dos deveres impostos por essas espécies de leis. Dessa maneira, as condutas humanas externas, objetivamente necessárias por determinação de alguma modalidade de lei da liberdade, não representam o critério para a classificação kantiana das leis em jurídicas e morais em sentido estrito. Essa última assertiva é referendada, uma vez que: “A ciência do Direito e a da moral diferem, portanto, muito menos em termos da própria diferença dos deveres que lhe são próprios do que pela diversidade do motivo que uma ou outra legislação consignam na lei” (KANT, 2013, p. 36).

Expondo de maneira sintética, pode-se enumerar certos critérios, extraídos de passagens da Doutrina do Direito e da Virtude, para distinguir os conceitos de lei jurídica e moral, quais sejam: 1) o móbil da conduta; 2) as espécies de dever e sua maneira de constranger; 3) a plausibilidade de se instruir esse dever em leis externas; 4) a forma da lei obrigar; e 5) a espécie de prazer atrelado (VELONI; LIMA, 2020).

O móbil da ação é o primeiro critério, aqui elencado, para reconhecer a condição jurídica ou moral de uma lei da liberdade. Aquela lei, que apenas exige a conformidade das ações humanas com suas determinações, será de natureza jurídica; logo, essa modalidade das leis da liberdade não exige nenhuma espécie de móbil ou motivo da ação. A lei de natureza jurídica, por admitir qualquer móbil da ação, restringe apenas a liberdade externa dos indivíduos, ou seja, a liberalidade de praticar determinado ato.

A lei, que, por seu turno, não exige apenas a conformidade entre conduta e dever prescrito, mas também determina a similaridade entre o conteúdo do dever e o conteúdo do móbil da ação, é categorizada como de natureza estritamente moral. A lei moral, em sentido estrito, somente é satisfeita se seu dever é o motivo da prática do ato conforme; assim, essa lei apresenta uma condição de severidade superior à jurídica, pois obriga a prática do ato – atua sobre a liberdade externa – pelo dever – atua sobre a liberdade interna. Assim, a lei moral exige que a ação seja realizada pelo dever, e que esta não seja apenas conforme o dever, o que permite concluir pela similaridade entre o conteúdo do dever e o móbil da ação, uma vez que este último conteúdo é uma abstração do primeiro, sendo deduzido dos conceitos restritos de moral e autonomia.

Esse primeiro critério de segmentação das leis morais e jurídicas, na obra kantiana, pode ser extraído da Doutrina da Virtude, levando-se em consideração a seguinte ideia:

A doutrina do direito se ocupou apenas da condição *formal* da liberdade exterior (a coerência da liberdade exterior consigo mesma se sua máxima fosse transformada em lei universal), isto é, com o direito. A ética, porém, vai além disso e produz uma *matéria* (um objeto da livre escolha), uma finalidade da razão pura [...], pois, uma vez que as inclinações sensíveis dos seres humanos os tentam para fins (a matéria da escolha) que podem contrariar o dever, a razão legisladora pode, por sua vez, deter sua influência somente mediante um fim moral instaurado contra os fins da inclinação, um fim que precisa, portanto, ser dado *a priori*, independente das inclinações (KANT, 2017, p. 179).

O segundo critério – as espécies de dever e a sua maneira de constranger – guarda uma conexão lógica com o critério anterior na medida em que a modalidade externa de dever corresponde à conformidade com a lei, enquanto aquela lei, que exige o cumprimento pelo dever, admite deveres externos e internos. Dito de outra forma, a lei jurídica está vinculada à noção de dever externo, pois não atua sobre o móbil da ação e basta a conformidade entre conduta e dever para lhe satisfazer; a lei moral em sentido estrito, diferentemente, atrai para si toda espécie de dever, seja este externo seja ele interno (KANT, 2013).

Essa vinculação das leis jurídicas aos deveres externos destaca um dos limites dessa espécie de lei, uma vez que esse dever só pode atuar sobre o caráter externo da liberdade. Assim, o direito pode, por exemplo, obrigar a realização de um ato por intermédio de sanções e coerções, entretanto, não pode determinar as razões para a prática desse mesmo ato. Situação distinta ocorre com a moral em sentido estrito, entenda-se, a ética; esta pode veicular deveres externos ou internos.

Na visão kantiana, a moral pode determinar condutas objetivamente necessárias ao se valer de deveres externos, como ocorre com os deveres de benevolência, que determinam condutas, mas não podem ser oriundos de legislação externa. Neste ponto, é oportuno reproduzir as palavras do filósofo *Königsberg*: “Segundo este princípio, os deveres de benevolência, embora igualmente deveres externos (obrigações ou ações exteriores) são, entretanto, considerados como deveres morais, porque somente são suscetíveis de legislação interna” (KANT, 2013, p. 37).

Admitir a existência de um dever moral, após sustentar que essa moral tem seu arrimo na possibilidade humana de ser livre, pode parecer ilógico, uma vez que mesmo o dever moral constrange a liberdade. A moral prescreve deveres; longe de ser incoerente com a premissa de liberdade humana, é uma consequência dessa própria liberdade, entendida como a independência do arbítrio do outro. A solução proposta por Kant reside no auto constrangimento da moral, ou seja, o indivíduo recorre à sua liberdade individual para estipular um fim, que se perfaz na forma de um dever, seja este interno seja ele externo (KANT, 2013).

A teoria kantiana, apesar admitir deveres próprios da moral – vide o caso do dever de respeitar a si mesmo – não nega a aproximação entre os deveres da moral e do direito; pelo contrário, Kant afirma a possibilidade de deveres comuns a ambas as partes da *Metafísica dos Costumes* para destacar seu elemento distintivo, o móbil da ação. Kant é enfático ao admitir deveres comuns à moral e ao direito, ou, pelo menos, deveres com conteúdo semelhante, como destaca na *Doutrina do Direito*: “É certo que a moral tem seus deveres próprios [...], porém isso não impede que tenha outros comuns com o direito, independentemente do modo próprio de *obrigação*” (KANT, 2013, p. 37).

Essa possível identidade entre deveres jurídicos e morais – representada nos deveres comuns – não equivale à hipótese de imposição da legislação interna de um indivíduo sobre todo direito, pois, na teoria kantiana, há certa separação entre moral e direito:

[...] legislação moral contém em sua lei o móvel interno das ações (a Ideia do dever) e porque essa determinação não pode absolutamente influir na legislação externa, a legislação moral não pode sê-lo, ainda se fosse a expressão da vontade divina. Todavia, disso admite como deveres, e como motivos em sua legislação, os deveres que nascem de outra legislação, a legislação externa (KANT, 2013, p. 35).

Nesses termos, a teoria kantiana, na obra *Doutrina do Direito*, propõe uma distinção entre direito e moral por sua função, segundo a qual uma das serventias ou deveres do direito

seria a de conciliar a liberdade externa de cada indivíduo da sociedade. Esse fito do direito seria incompatível com a admissão de influxos da legislação interna de um indivíduo – de sua concepção de moral – sobre o direito, pois seria uma restrição da liberdade externa de todos por lei interna de outra pessoa. Compete destacar que o dever jurídico pode ser adotado por uma legislação interna; para tanto, deve ser produto da liberdade individual, ou seja, o indivíduo aceita o dever jurídico na condição de motivo de sua ação, suscitando a substituição do constrangimento perpetrado pela lei jurídica por um auto constrangimento (KANT, 2013). Dessa forma, o indivíduo não estaria sujeito ao poder de nenhum legislador.

A plausibilidade do dever ser instaurado por leis externas, terceiro elemento identificador dos conceitos de lei jurídica e moral em Kant, é desenvolvido na introdução à Doutrina da Virtude, na qual se destaca a possibilidade de os deveres jurídicos serem veiculados em leis externas (KANT, 2017). Diferentemente, os deveres éticos ou morais, aqueles que compõe a segunda parte da Doutrina dos Deveres em geral, não podem ser instruídos em leis externas.

As diversas maneiras de obrigar é outro indicador utilizado na classificação das leis da liberdade em jurídicas e morais; estas últimas, leis morais em sentido estrito, demandam não apenas o respeito ao dever por elas determinado, mas também a correspondência entre o conteúdo do móbil da conduta e o conteúdo desse mesmo dever; logo, o móbil é abstraído do conteúdo do dever, tendo conteúdo similar ao deste [dever]. As leis morais, portanto, não exigem apenas o respeito ao seu dever, mas que esse dever seja desejado, o que lhes qualificam como dotadas de maior severidade ou rigor. No que tange ao direito, ou, pelo menos, ao: “[...] direito estrito ou puro não pode e nem deve se referir a essa consciência como móvel; pelo contrário, deve se apoiar no princípio da possibilidade de uma força exterior conciliável com a liberdade de todos, segundo leis gerais” (KANT, 2013, p. 51).

O último critério, utilizado na identificação da natureza da lei, parte das concepções kantianas de prazer patológico e moral, por meio das quais será possível verificar conformidade das condutas humanas com o direito ou a ética (KANT, 2017). A primeira espécie de prazer, nominada de patológica, é aquela que suporta os efeitos da lei para só, então, conformar-se às suas determinações; em outros termos, a pessoa segue a ordem da natureza, pois o móbil não é uma escolha racional de sua liberdade – causalidade da liberdade – mas efeito de uma lei – causalidade da natureza. Uma vez que o prazer é anterior à prática da conduta determinada, como necessária pela lei, não há de se falar sobre moral, mas é admissível sua aplicação no direito, especificamente na repressão e promoção de condutas. O prazer moral ou intelectual, por sua vez, não manipula o cumprimento do dever; logo, a

conformidade da conduta é anterior e independente, não havendo identidade entre essa espécie de prazer e o motivo da conduta.

Um exemplo pode facilitar o entendimento dessa distinção entre lei moral e jurídica; imagine-se um negócio jurídico entre credor e devedor; qualquer que tenha sido sua normatização pelo Código Civil, CDC, Consolidação das Leis Trabalhistas ou outra lei especial, estatuto ou Código setorial, o prazer atrelado à sua forma de constranger são assemelhadas nos termos da teoria kantiana – patológico. Nesses termos, o direito admite a exigência da prestação pelo primeiro contratante com fundamento no débito (*schuld*) e na responsabilidade (*haftung*) do segundo.

A incumbência do direito, nessa hipótese, não é convencer o devedor da significância de se praticar a conduta descrita na obrigação apenas por essa ser um dever (KANT, 2013). O direito, portanto, não intervém no aspecto interno da liberdade; logo, basta a prática da conduta nos termos da lei jurídica, pouco importando a razão motivadora da prática desse ato conforme. Diante da ausência de análise do móbil da ação pela lei jurídica, o direito, distintamente da ética, pode recorrer a diversas medidas de controle social, desde coações até pressões.

O emprego de algumas dessas formas de pressão pelo direito é, ademais, desenvolvido nesta pesquisa, qual seja, o emprego de sanções positivas e negativas na responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais. Essas sanções positivas e negativas, ao atuarem no estímulo e repressão de condutas humanas, instruem prazeres patológicos, pois o motivo dessa conformidade, entre conduta e conteúdo da lei, é o medo ou o interesse da/na sanção.

Desses critérios de aferição da conformidade, podem-se extrair as noções de licitude e moralidade, nos moldes de qualificações de ações humanas, aptas a conferir ou imputar consequências pelo cumprimento ou descumprimento de deveres. Um ato será reputado correto ou lícito, nos termos da lei jurídica, se esse se conformar com o comportamento considerado objetivamente necessário por essa lei; logo, ato lícito é aquele que cumpre o dever prescrito (KANT, 2017). A concepção kantiana de moralidade, mais refinada e rigorosa do que aquela de uso comum, impõe a similitude entre o conteúdo do dever e o conteúdo do móbil da ação, além de exigir a conformidade da conduta, dado que o móbil é uma abstração produzida a partir do conteúdo do dever.

Após qualificadas em sua licitude e moralidade, as ações podem ser vinculadas à suas consequências, por meio daquilo que Kant intitulou de imputação moral ou jurídica (KANT, 2017). Na teoria kantiana, a imputação de consequências pressupõe dois elementos, sem os quais essa não poderia ser admitida. O primeiro elemento pressuposto é a existência de

personalidade jurídica ou moral, sem a qual não se admitiria a imputação de consequências, por ausência de racionalidade na tomada de decisões. O segundo é a exigência de liberdade na prática do ato, uma vez que as consequências – jurídicas ou morais – são uma expressão da liberdade de escolhas de um ser racional, jamais uma negação dessa liberdade (KANT, 2017).

A pressuposição da personalidade e liberdade, na noção de kantiana de responsabilidade, é explícita conforme a seguir:

A imputação (*imputatio*), no sentido moral, é o julgamento pelo qual alguém é considerado como o autor (*causa libera*) de uma ação, que é então chamada de um *feito* (*factum*) e se submete a leis. Se o julgamento também traz consigo consequências jurídicas desse feito, é uma imputação judiciária ou válida (*imputatio iudiciaria s. valida*); [...] (KANT, 2017, p. 42, *itálicos do autor*).

A imputação (*imputatio*) é, então, um ato de julgar, no qual alguém será considerado autor de um fato (*factum*) na medida em que esse acontecimento for produto das escolhas livres e racionais de seu autor. As escolhas livres do autor são as causas desse fato (causalidade da liberdade); logo, esse autor deve se submeter aos efeitos da lei em respeito à sua própria liberdade de optar por seu cumprimento ou descumprimento. Se essas consequências ocasionarem efeitos na ordem jurídica, ou seja, ultrapassarem o aspecto interno do sujeito, essa imputação pode ser qualificada de jurídica.

A última distinção entre as formas de julgar está na competência para sua realização; a imputação judiciária ou válida exige um sujeito ou entidade competente para ser exercida, uma condição apenas possível no estado civil. Nessa ordem de ideias, o instaurar do estado civil, como se pode observar na interpretação da teoria kantiana por Kersting (1992), seria uma imposição racional, uma vez que o conceito de direito é caótico no estado de natureza diante do preencher individual do conteúdo das leis naturais por cada ser humano.

A imputação judiciária determina desde recompensas, passando por hipóteses sem qualquer consequência jurídica, até a situação das penas. Na concepção kantiana de responsabilidade, essas consequências são vinculadas, respectivamente, ao mérito, débito e demérito das condutas humanas livres (KANT, 2017). Desde já, é possível observar o diferencial da noção kantiana de responsabilidade, uma vez que, além de compensar ou exigir o cumprimento do dever – adimplemento do débito –, essa propõe promover ações qualificadas pelo mérito e reprimir aquelas pelo demérito. Trata-se de um sistema de responsabilidade mais rigoroso do que as atuais propostas da dogmática cível ou, pelo menos,

mais rigoroso do que a proposta de responsabilidade meramente compensatória de Roppo (2008).

Assim, a concepção kantiana de responsabilidade instrui um procedimento de análise da conformidade da ação humana com as determinações legais, para, nesse momento, imputar consequências jurídicas, positivas, neutras ou negativas ao autor dessa ação. As ações meritórias, aquelas em que se realizam mais do que seria obrigado pela lei a fazer, devem ser estimuladas pela ordem jurídica, por meio de recompensas, ou seja, sanções positivas. Aquelas ações, que cumprem apenas o exigido pelo dever legal, são reputadas conformes e seus efeitos neutros. A realização de ato conforme não tem outro efeito jurídico senão o de atestar o cumprimento do dever, ou seja, adimplir essa obrigação. Aquela ação, que realiza menos do que foi determinado pela lei, será qualificada pelo demérito, justificando a imposição de penas – sanções negativas.

Recompensa e pena são, dessa forma, consequências jurídicas para a imputação do mérito e do demérito (KANT, 2017). Diante da possibilidade de o direito recorrer aos prazeres patológicos, a abstração sobre os prováveis efeitos desses prêmios e punições podem ser o móbil da ação conforme a lei jurídica. Cabe rememorar a admissibilidade de consequências para condutas morais na teoria kantiana, todavia, esses efeitos imputados não podem figurar como móbil da ação. Essas consequências devem ser adequadas aos conceitos de prazer moral ou intelectual.

Na concepção kantiana de responsabilidade, a intensidade das consequências imputadas varia de acordo com as barreiras – naturais e morais – enfrentadas para a prática do ato (KANT, 2017). As barreiras naturais ou da sensibilidade são aquelas que dificultam a realização do ato conforme ou colocam em risco aquele que o pratica. Aquelas condutas realizadas sob intensa pressão, ou que coloquem em risco a incolumidade psicofísica do autor, são exemplos de barreiras naturais.

Malgrado sua nominação possa levar a erro, as barreiras morais detêm aplicação no direito, simbolizando a probabilidade de conformidade sem o incentivo dos prazeres patológicos do direito – sanções. Pode-se compreender, a título de exemplo, que a prática do ato conforme tende a variar de acordo com os sujeitos envolvidos. Assim, um ato meritório, probabilisticamente, ocorre com maior facilidade se for destinado a beneficiar um amigo ou ente querido, enquanto aquele praticado para um desafeto é de complexidade superior.

As barreiras naturais e morais, dessa forma, são as dificuldades sensitivamente observadas na prática da ação e o grau de ingerência do dever moral na realização desse ato.

Esses obstáculos são aplicados simultaneamente na imputação judiciária para se verificar a extensão do mérito ou do demérito, como bem destaca Kant:

Quanto maiores as barreiras naturais (da sensibilidade) e menor a barreira moral (do dever), tanto maior será o mérito da boa ação, como, por exemplo, com considerável autossacrifício salvo um completo estranho de um grande perigo. Por outro lado, quanto menores os obstáculos naturais e maior o obstáculo procedente dos fundamentos do dever, tanto mais imputável (como culpável) é a transgressão. Por conseguinte, a disposição de alma do sujeito – se cometeu a ação num estado de agitação ou mediante fria deliberação – produz uma diferença na imputabilidade, redundando em resultados (KANT, 2017, p. 43).

A concepção kantiana de responsabilidade também necessita dialogar com certos princípios do estado civil kantiano, mais especificamente com os princípios *a priori* do estado civil, em decorrência do aspecto arquitetônico ou sistemático de sua abordagem. Em outros termos, a sistematicidade da teoria kantiana não admite um tratamento fragmentado de uma de suas categorias jurídicas (KANT, 2012). Podem-se destacar certos princípios *a priori* do estado civil na teoria kantiana, quais sejam: “1. A liberdade de cada membro da sociedade, como pessoa. 2. A igualdade do mesmo com cada outro, como súdito” (KERSTING, 2012, p. 334). Nessa ordem de ideias, a concepção kantiana de responsabilidade, exposta nesta pesquisa, deve coadunar com os princípios da liberdade e igualdade – também previstos no parágrafo XLVI da seção I da segunda parte da Doutrina do Direito (KANT, 2013) – para não violar o nexos sistêmico da própria teoria kantiana.

Em uma vertente liberal, o princípio *a priori* da liberdade teria a aptidão de negar o paternalismo; em termos distintos, esse princípio inviabilizaria construções impositivas de ideias de felicidade, como já ressaltou Kersting (1992). Com fundamento nessa primeira leitura do princípio kantiano da liberdade, poder-se-ia limitar a atuação estatal ao recurso a critérios formais e negativos. O fito de tal limitação seria o de atender à validade universal; logo, nem mesmo o Estado poderia impor um modo de felicidade ao indivíduo.

Em outra obra, de 2012, esse mesmo autor destaca que o princípio kantiano da liberdade não representa uma mera domesticação do Leviatã [Estado], mas representa um aspecto democrático ao conferir competências positivas para o estabelecimento do Estado. Nessa ordem de ideias, esse primeiro princípio *a priori* do estado civil poderia ofertar uma maneira republicana de governar ao simular escolhas democráticas em Estados não legitimados pela democracia, mas também reconhecer uma liberdade política para as atuações estatais advindas da vontade unida do povo por meio de lei em Estados democráticos.

Dessa forma, pode-se também extrair do princípio *a priori* da liberdade a possibilidade de intervenções legais para concretizar a autonomia pública, desde que sejam oriundas da vontade unida do povo. Nos parágrafos XLVI e LII da primeira seção da segunda parte da Doutrina do Direito, Kant (2013) possibilita tais intervenções legais enquanto concretização da autonomia pública, podendo-se com tal recurso produzir, inclusive, os modernos regramentos dos contratos trabalhistas e consumeristas. Nessa ordem de ideias, restaria fundamenta a possibilidade de sistemáticas distintas para a responsabilidade civil, sejam essas objetivas e meramente reparatórias, sejam elas subjetivas e também retributivas.

Em todo caso, cumpre destacar a presença de previsões expressas de reparação e retribuição na Doutrina do Direito. A primeira de tais previsões, já desenvolvida nesta seção, prevê a possibilidade de adjetivação legal de certas atitudes com o demérito e, por conseguinte, a imposição de pena por sua prática (KANT, 2017). A segunda previsão, por sua vez, destaca a possibilidade de reparações previstas na concepção kantiana de responsabilidade com a imposição de limites para a extensão dessas reparações, como se pode derivar da manifestação de Kant na Doutrina do Direito (2013, p. 101), *in verbis*: “[...] posso, com direito, exigir reparação, tenho certamente o direito de conservar intacto o que me pertence; porém, adquirei tão somente o que antes tinha”. Na teoria kantiana, essa reparação, oriunda de prática de fato ilícito, é também reconhecida por certos intérpretes, como se vê, por exemplo, na obra de Kersting (2012) ao versar sobre a categoria do direito pessoal.

O princípio *a priori* da igualdade, complemento do anterior, foi pensado por Kant para evitar um contexto de privilégios, como se pode exemplificar nas regalias da nobreza hereditária (KERSTING, 2012). Nos termos dessa vertente liberal de compreensão da igualdade, não seria possível extrair de tal princípio intentos de justiça social, uma vez que a teoria kantiana do Direito abdica de versar sobre qualquer componente social. Nessa ordem de ideias, o princípio da igualdade, sob a perspectiva liberal clássica, teria o intento de criticar qualquer disparidade no acesso a posições sociais e políticas.

Essa primeira compreensão da igualdade [liberal] não está inviabilizada de correlacionar a teoria kantiana com medidas de intervenção estatal para conter ameaças à liberdade e à dignidade das pessoas em um mercado sem supervisão do Estado (KERSTING, 1992). Em termos mais amplos, Durão (2010, p. 90) propõe que a igualdade seja compreendida nos moldes de uma equiparação de reação entre sujeitos de diferentes capacidades econômicas, como se pode extrair de sua interpretação desse princípio *a priori* do estado civil, demonstrada a seguir:

Essa afirmação pode ser apressadamente confundida como uma fundamentação da desigualdade, na posse da propriedade privada e até como uma defesa de ideais liberais, embora nem toda concepção liberal seja conciliável com a desigualdade material ou, pelo menos, com a máxima desigualdade material, como menciona Kant. No entanto, uma reflexão simples leva a compreender que a análise do princípio a priori da igualdade exposta por Kant não constitui uma fundamentação explícita da desigualdade material, uma vez que ele somente sustenta que a igualdade de ação e reação entre os membros do povo é compatível com a máxima desigualdade material, o que quer dizer que é um princípio a priori do estado de direito garantir que, ainda que as pessoas possuam uma enorme desigualdade material, as instituições sejam organizadas de tal maneira que permitam, mesmo àqueles que estão nas condições menos favorecidas, reagir às ações dos mais poderosos, sejam estes indivíduos, organizações ou empresas.

Assim, a pretensa sistemática de responsabilização de operadoras de planos privados de saúde, a partir da concepção kantiana de imputação judiciária, poderia conferir medidas de intervenção do Estado na economia, seja em perspectiva liberal, seja em compreensão mais ampla do princípio da igualdade, desde que demonstrada a prática de atos ilícitos atentatórios à liberdade ou à dignidade dos destinatários dos serviços de saúde, bem como se justificadas disparidades econômica e técnica dos sujeitos dessa relação contratual.

Já é possível observar diversas distinções entre a proposta kantiana de responsabilidade e as atuais construções da dogmática cível. A concepção kantiana, por exemplo, não coaduna com certos pontos da responsabilidade civil contratual proposta teoricamente por Roppo (2008), especialmente no que se refere à ampliação da responsabilidade de acordo com a dificuldade da prestação; logo, esses autores acabam tomando decisões diametralmente opostas.

A problemática não se resume a isso; a proposta kantiana de responsabilidade, ainda, necessita ser verificada frente a outros pontos nodais do sistema jurídico nacional, especialmente no âmbito das relações de consumo, para ser considerada viável; logo, é necessário averiguar: a possibilidade de variação da extensão das sanções cíveis de acordo com as ingerências do dever moral diante da dignidade da pessoa humana, no intento de se certificar a congruência entre o aspecto absoluto dessa qualidade humana e a possibilidade de decisões distintas de acordo com a relação entre autor e vítima; a admissibilidade de se reduzir ou ampliar a sanção de acordo com as barreiras sensíveis, dentre as quais poder-se-ia pensar sobre os riscos da atividade, frente à impossibilidade de se transferirem os riscos dessa mesma atividade ao consumidor; a probabilidade de se violar o princípio de restituição integral pela redução das condenações em decorrência de sanções positivas; a possibilidade de

se atentar contra a vedação de enriquecimento ilícito; e a admissão desse sistema na responsabilidade objetiva.

Isso não basta, também é preciso cogitar a possibilidade de certos aspectos da hodierna dogmática cível influírem nesse pretense sistema de repartição de riscos entre os contraentes, portanto, há de se cogitar a possibilidade de um sistema fundado na concepção kantiana de responsabilidade admitir: a responsabilidade por fatos jurídicos internos ao processo produtivo; a imposição legal de solidariedade; e a exigência de dano e seu nexo com a conduta para a imputação de responsabilidade. Essas questões, em última análise, acabam por discernir entre uma responsabilidade de fins exclusivamente reparatórios e uma responsabilidade civil de caráter abrangente que comporte retribuições e outras medidas de controle social.

4 PRETENSO SISTEMA KANTIANO DE REPARTIÇÃO DE RISCOS PARA A SAÚDE SUPLEMENTAR NACIONAL

4.1 A RESPONSABILIDADE KANTIANA INSTRUÍ UM AMPLO CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Para se compreender a concepção kantiana de responsabilidade na hodierna dogmática cível, exige-se uma releitura dessa concepção, em particular, atrelada ao contexto da responsabilidade civil nacional das operadoras de planos de saúde. Nesses termos, é necessário se identificarem as diferenças e similaridades entre a responsabilidade kantiana e a responsabilidade civil nacional, bem como os efeitos de uma possível ressignificação desta última com esteio na primeira.

Pode-se cogitar que os efeitos da imputação judiciária a partir da concepção kantiana de responsabilidade, por vezes, não serão realmente mais severos do que aqueles aferidos pela hodierna dogmática cível como, por exemplo, na sistemática meramente reparatória e produto da objetivação dos contratos destacada por Dias (2011), Azevedo (2011), Carrá (2015), Cavalieri Filho (2019), Gonçalves (2016), Pereira (2016), Rizzardo (2019), Roppo (2009) e Schreiber (2015). Quando se verificam as possíveis conclusões extraídas de certas variáveis destinadas à admissão da imputação de consequências jurídicas – (I) a exigência de personalidade e (II) a de causalidade da liberdade – e destinadas à quantificação desta imputação – (III) a prática da conduta acima da/igual à/inferior à determinação legal e (IV) a verificação de barreiras em tal prática – podem-se cogitar reduções nos valores das condenações.

Em outros termos, a concepção kantiana de responsabilidade, a depender de sua forma de aplicação na responsabilização civil por danos morais, ao invés de garantir a efetividade de direitos, poderia reduzir drasticamente ou ampliar demasiadamente a atuação do judiciário, mas essas duas últimas alternativas não podem ser aprioristicamente negadas ou admitidas. Isso exige uma análise específica pelos sujeitos legítimos ou competentes, por meio da qual se pode reconhecer a utilidade dos avanços da dogmática cível ou do retorno à teoria kantiana, sendo possível apenas destacar essas variações e formular certa proposta. Essa possível variação da intensidade da tutela de direitos, a depender do sistema de repartição de riscos aplicado, indica a essencialidade do diálogo entre os fundamentos de tais concepções de responsabilidade; logo, a responsabilidade kantiana necessita ser verificada frente a outros

pontos nodais do sistema jurídico nacional, especialmente no âmbito das relações de consumo e da saúde privada, para ser considerada viável.

Dessa maneira, é necessário averiguar o diálogo entre a concepção kantiana de responsabilidade e certos fundamentos da atual dogmática, dentre os quais se podem destacar: a) as atuais imputações de responsabilidade por fatos jurídicos internos ao processo produtivo; b) a imputação de responsabilidade sem análise do elemento volitivo do agente; c) a solidariedade da obrigação de reparar em certos sistemas de repartição de riscos; d) a necessidade de se demonstrar a relação de causalidade entre a conduta e o dano; e) a necessidade de comprovação dos danos para imputar a responsabilidade civil; f) a possível correlação entre a compensação por danos morais e os direitos da personalidade, uma vez que constituem formas de tutela da dignidade da pessoa humana; g) o princípio de restituição integral previsto no âmbito cível e no setor consumerista; e h) a vedação de enriquecimento ilícito. Pode-se, portanto, conjugar a análise dos possíveis efeitos da aplicação da concepção kantiana de responsabilidade com o estudo das diferenças e similaridades entre essas sistemáticas de responsabilização.

Pode-se inferir a ausência absoluta de responsabilidade pelos acontecimentos da natureza, normalmente nominados de caso fortuito ou força maior, da exigência de personalidade jurídica (I) para a imputação judiciária. Essa dedução se distancia das atuais imputações de responsabilidade por fatos jurídicos internos ao processo produtivo (a), ou seja, das obrigações de reparar pelo mero exercício de certa atividade econômica. Como desenvolvido na seção 2.2.5, os fortuitos internos são aqueles fatos jurídicos inevitáveis, em virtude de sua imprevisibilidade, e vinculados à organização da empresa; logo, representam os riscos da atividade desenvolvida, devendo estes serem internalizados em seu custo. Naquela oportunidade, a responsabilidade civil por fato interno ao processo produtivo foi exemplificada na hipótese de mau tempo, bem como na do cancelamento indevido de plano de saúde.

A análise da responsabilidade por fortuito interno permite verificar uma das diferenças entre as conclusões extraídas da hodierna responsabilidade cível e da concepção kantiana de responsabilidade, bem como verificar a severidade desses sistemas de imputação de consequências jurídicas. A exigência de personalidade jurídica não se coaduna com a responsabilidade civil por fortuitos internos, uma vez que esses fatos não são de autoria de uma pessoa, seja natural, seja jurídica. Nesses termos, a concepção kantiana de responsabilidade não admitiria a responsabilização pelos chamados fortuitos internos ao processo produtivo, salvo na hipótese de sobreposição da autonomia privada pela autonomia

geral intermediada por construção legislativa. Pode-se cogitar que tal exigência – presença de personalidade – não se refira ao autor do fato, mas apenas ao sujeito sobre quem será imposta a consequência. Mesmo diante desta última alternativa, a responsabilização haveria de se coadunar com o segundo elemento para a imputação de consequências jurídicas da concepção kantiana, qual seja, a liberdade na prática do ato (II).

Esse segundo elemento, configurador da responsabilidade kantiana, também restaria afrontado nos exemplos anteriores, dado que a conduta não seria produto de causalidade da liberdade, mas de fato imprevisível e inevitável. Além de inadmitir a responsabilização por fortuito interno, a exigência de causalidade da liberdade (II), ou, caso se prefira, a necessidade de liberdade na prática do ato, também torna imprescindível a demonstração do elemento volitivo do agente; logo, não coaduna com certas hipóteses de responsabilização da hodierna dogmática cível, nas quais a obrigação de reparar é imposta sem a análise do elemento volitivo do agente (b) e com a presença da solidariedade nesta obrigação (c).

Como já introduzido nas seções 3.3 e 3.4, a possibilidade e a necessidade de se pressupor a liberdade, enquanto causa incondicionada e fundamento da responsabilidade nos termos da teoria Kantiana (SEDGWICK, 2017), é o elemento que distingue os seres racionais dos seres irracionais e, até mesmo, das coisas. As coisas e seres irracionais são aqueles desprovidos de liberdade, uma vez que só podem sofrer efeitos da causalidade da natureza ou são guiados exclusivamente por inclinações (KANT, 2017). Nesses termos, pode-se afirmar que apenas sofrem os efeitos de uma causalidade da natureza, não havendo de se falar sobre imputação de consequência pelos seus atos, malgrado existam exemplos históricos de imputações judiciais dessa natureza.

Essa separação dos seres racionais dos irracionais e das coisas pode ser também observada no Código Civil de 2002 e na dogmática cível clássica, conforme informa Rodrigues (2003, p. 116, grifo do autor), *ipsis litteris*:

Coisa é tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem. Assim, o sol, a lua, os animais, os seres inanimados etc. O Código Civil português de 1867, em seu art. 369, a conceituava ao afirmar que “coisa diz-se em direito tudo aquilo que carece de personalidade”. Como só o homem tem personalidade, coisa é tudo que existe exteriormente a ele.

Essa concepção ampla de coisa, destacada pela dogmática civil clássica, serve de mero exemplo para esta pesquisa; logo, não se intenta negar ou afirmar a possibilidade de se pensar sobre condição distinta conferida aos seres dotados de senciência, temática que exigiria estudo específico para tanto. A proposta de conferir trato distinto para esses seres vivos,

possivelmente, poderia dialogar com o conceito kantiano de seres irracionais, todavia, não é o fito desta pesquisa.

Na dogmática cível nacional, a presença da causalidade da liberdade não apenas distingue os conceitos de pessoa e coisa, mas a inexistência ou nulidade absoluta do ato jurídico também padece dos efeitos dessa conclusão, no que concerne, especificamente, a situações de coação física ou moral irresistível – para aqueles que admitem o plano de existência dos negócios jurídicos. A coação física, também intitulada de *vis absoluta* ou *ablativa*, exclui inteiramente a vontade de manifestação, posto que é proferida à força, sendo hipótese de inexistência do ato pela ausência de causalidade da liberdade. Em outros termos, não houve liberdade alguma na prática do ato, agindo o sujeito, com perdão do termo, na condição de mero instrumento ou objeto de ação de outrem. A coação moral irresistível ou *vis compulsiva*, no que lhe diz respeito, é considerada uma modalidade de vício de consentimento; logo, “Quem pratica negócio sob coação emite declaração de vontade que não corresponde à sua vontade real. Não há, portanto, falta de vontade (*coactus voluit sed voluit*), mas vontade viciada” (GOMES, 2016, p. 311).

A imputação judiciária de consequências sem a análise do elemento volitivo do agente é produto da tendência de *objectivação* da responsabilidade civil, como se desenvolveu na seção 2.2.1. Em tal oportunidade, identificou-se que o processo de *objectivação*, malgrado tenha alterado inúmeras espécies de relações entre particulares, não substituiu completamente as demais formas de repartição de riscos; logo, coexistem distintos sistemas de responsabilização de natureza subjetiva, objetiva e de culpa presumida. Ainda naquela oportunidade, identificou-se três sistemáticas distintas de responsabilização das operadoras de planos de saúde, que impunham consequências jurídicas desses sujeitos, seja por meio de sistemas “puros” de repartição de riscos, seja por meio de sistemas “impuros”.

Nessa ordem de ideias, a concepção kantiana de responsabilidade diferencia-se dos sistemas objetivos de repartição de riscos, uma vez que essa concepção exige a demonstração do elemento volitivo do agente para a imposição de consequências jurídicas. Optar pela concepção kantiana de responsabilidade, todavia, não inviabilizaria as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, uma vez que estas são produto de previsão legal específica, ou seja, advêm de sobreposições da autonomia privada pela autonomia geral. Dessa forma, a imputação objetiva de consequências pode ser admissível nos termos da teoria kantiana, desde que seja construída pelo debate democrático.

Como se desenvolveu nas seções 2.2.1 e 2.2.2, a solidariedade e a segurança também instruíram construções nos espaços públicos, impondo obrigações solidárias de reparar às

operadoras de planos privados de saúde. Nessa oportunidade, identificou-se que as operadoras de planos privados de saúde podem ser solidariamente demandadas por fato de terceiro; logo, excepcionam o princípio do *unuscuque sua culpa nocet* – cada um responde pela sua própria culpa. Dessa forma, as operadoras de planos privados de saúde podem ser obrigadas a reparar os danos produzidos por condutas de seus empregados e prepostos, bem como por profissionais liberais e pessoas jurídicas de sua rede credenciada, salvo na hipótese de contratação de seguro-saúde.

A concepção kantiana de responsabilidade, em decorrência das exigências de personalidade e de causalidade da liberdade, aparentemente se distingue dessa sistemática solidária de repartição de riscos, todavia, não as inviabiliza, dado que construções democráticas também admitiriam essas formas de responsabilização. Dessa forma, pode-se sintetizar que a possibilidade de repartir os riscos de danos entre os contraentes, sem análise do elemento volitivo do agente e com solidariedade na obrigação de reparar, constitui um dos avanços ou variações da estrutura da responsabilidade civil, produzida pelo estudo dogmático cível e presente na responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde em âmbito nacional.

Essa variação na estrutura da responsabilidade não se adequa idealmente à noção kantiana de imputação de consequências jurídicas, ou, pelo menos, quando essa noção é observada de maneira isolada, sem dialogar com outras construções teóricas do filósofo *Königsberg*, como, por exemplo, a autonomia pública ou coletiva. A exigência de personalidade e a de causalidade da liberdade para imputação de consequências jurídicas, nesta pesquisa nominadas de elementos para a admissão da imputação de consequências jurídicas, não admite, aparentemente, a responsabilidade civil objetiva e solidária das operadoras de planos de saúde, salvo na hipótese de determinação legal específica.

Caso seja inadmitida essa variação da estrutura da responsabilidade civil, o recurso à teoria kantiana, longe de representar o sistema mais severo de repartições de riscos entre contraentes, teria o potencial de reduzir a possibilidade de condenações, assim, poderia dificultar a tutela dos direitos dos destinatários dos serviços privados de saúde. Em termos práticos, negar a possibilidade de responsabilizar sem análise do elemento volitivo é impor ao destinatário dos serviços privados de saúde o ônus de comprovar outro elemento – além da existência do dano, da conduta e do nexo de causalidade –, qual seja, a culpa. Na reparação dos danos, o afastar da solidariedade das operadoras impediria a imposição da obrigação de reparar pelos erros de agentes de saúde ou pelas falhas estruturais dos prestadores credenciados nas redes dessas operadoras.

Ainda sobre a exigência de causalidade da liberdade (II), este elemento, destinado à identificação da imputação de consequências, da concepção kantiana de responsabilidade, há de ser confrontado com certos elementos da hodierna dogmática cível, mais especificamente aqueles que exigem a demonstração da relação de causalidade entre conduta e dano (d), bem como a demonstração da existência de danos (e). Nesse aspecto, a concepção kantiana de responsabilidade, seja no âmbito do Direito, seja no da Moral, exige a pressuposição de liberdade na prática da ação para a imposição de consequências (KANT, 2017). Em outros termos, a pessoa responsabilizada necessita ser pressuposta autora (*causa libera*) de uma ação.

Essa necessidade de liberdade na prática da ação, nominada na teoria kantiana de causalidade da liberdade, não se identifica com a hodierna noção de nexo de causalidade da responsabilidade civil, malgrado ambas sejam consideradas causas de acontecimentos, feitos ou fenômenos. A distinção entre a causalidade da concepção kantiana de responsabilidade e aquela da atual dogmática cível reside nos fenômenos que delas originam; logo, a causalidade da responsabilidade civil produz um fenômeno distinto daquela da concepção kantiana de responsabilidade. A casualidade, atuante na imputação judiciária kantiana, origina uma ação humana que atrai consequências jurídicas, desde que seja pressuposta a liberdade na sua realização, como se pode extrair da teoria kantiana nos próprios termos do autor:

A imputação (*imputatio*), no sentido moral, é o *julgamento* pelo qual alguém é considerado como o autor (*causa libera*) de uma ação, que é então chamada de um feito (*factum*) e se submete a leis. Se o julgamento também traz consigo as consequências jurídicas desse feito é uma *imputação judiciária ou válida* [...] (KANT, 2017, p. 42, grifos do autor).

Nessa ordem de ideias, a *causa libera*, elemento que compõe a concepção kantiana de responsabilidade, vincula-se à conduta humana submetida às leis na medida em que esse ato jurídico precisa ser livre, ainda que de forma presumida, para serem imputadas consequências jurídicas pela realização desse ato. Em oposição à noção de causalidade da liberdade, pode-se encontrar a causalidade da natureza na teoria kantiana, sendo esta última categoria estudada no determinismo kantiano. Convém ressaltar que a teoria kantiana, apesar de fundamentar a liberdade humana, não nega completamente o determinismo.

Essa construção teórica compreende que todas as modificações observáveis no espaço e no tempo acontecem de acordo com a lei de conexão entre uma causa e seu efeito, partindo de Newton para chegar à tal conclusão (SEDGWICK, 2017). Nessa ordem de ideias, pode-se cogitar que a causalidade da natureza seria produto de uma lei universal, segundo a qual todo

fenômeno da natureza teria uma causa; logo, não haveria idealmente causas incondicionadas no espaço e no tempo, pois, nos termos apresentados pelo referido autor, todo fenômeno da natureza (y), nominado de causa de fenômeno subsequente (z), também será produto ou efeito de sua própria causa (x).

Como desenvolvido na seção 2.2.3, o nexó de causalidade é o elemento essencial para imposição e mensuração da hodierna responsabilidade civil reparatória, seja na responsabilidade civil subjetiva, seja na objetiva. Apesar de ser possível compreender tal elemento como uma lei natural, ou seja, como causa natural do dano, esse elemento sempre irá deter um aspecto jurídico em sua composição, como também se desenvolveu naquela seção. O aspecto jurídico da relação de causalidade é a qualificação da conduta por alguma fonte do direito que impute a obrigação de reparar. Ainda na mesma oportunidade, foi destacada a possibilidade de inviabilização da responsabilidade civil reparatória, em decorrência das dificuldades de particularização do nexó de causalidade na modernidade tardia.

Dessa forma, a atual concepção de nexó de causalidade aproxima-se do conceito de causalidade da natureza, ou, pelo menos, assemelha-se à causalidade da natureza nos termos do determinismo kantiano. Na hodierna responsabilidade civil, a causalidade não se refere à causa da conduta, mas à causa do dano; por essa razão, era classicamente concebida como uma causalidade da natureza, e não da liberdade. Em outros termos, o nexó de causalidade, na responsabilidade civil reparatória, busca analisar a origem do dano, esta representada no liame entre o dano e a conduta que o origina. Essa causalidade é nominada de natural, visto que conduta e dano são fenômenos observáveis no espaço e no tempo, portanto, são passíveis, a depender da situação, de formarem uma relação de causa e efeito entre si.

Pode-se simplificar esta exposição ao destacar que a concepção kantiana de causalidade da liberdade aparentemente se vincula à conduta, enquanto a noção de causalidade da responsabilidade civil reparatória se refere ao dano, sendo esta representada pela correlação natural entre dano e conduta, ou seja, entre efeito e causa respectivamente. Essa definição, todavia, não impede que essa correlação natural, por vezes, seja substituída por uma meramente jurídica nas hipóteses de previsão legal específica de responsabilidade civil objetiva.

O dano, enquanto elemento da responsabilidade civil, também foi desenvolvido em outra oportunidade, mais especificamente na seção 2.2.4, na qual se verificou forte adesão para a tese da essencialidade de tal elemento. Isso não impede, todavia, o levantamento de hipóteses aproximadas da responsabilidade civil sem dano, nem mesmo inviabiliza

compreensões distintas. Ainda em tal oportunidade, verificaram-se propostas teóricas sobre uma responsabilização sem dano na ordem jurídica nacional.

Nessa ordem de ideias, pode-se dizer que, na dogmática cível nacional, a compreensão majoritária opta por restringir a noção de ato ilícito ao ilícito com efeito danoso; logo, inviabiliza a responsabilização de ilícitos desprovidos de comprovação do dano. Todavia, essa compreensão da responsabilidade civil não é absoluta, havendo argumentos favoráveis à responsabilidade civil sem dano, como se pode extrair de Rosenthal (2017, p. 64):

Esta equivocada definição de ressarcimento como a única sanção do ilícito guarda profundas raízes no processo histórico que originou a moderna responsabilidade civil, ou seja, o ressarcimento pelo equivalente seria a única forma geral de tutela civil. Porém, o quadro de tutelas civis é bem mais complexo, sendo certo que o par dano-indenização serve apenas para diferenciar a tutela ressarcitória das outras formas de tutela postas pelo ordenamento para a proteção dos interesses dos particulares.

Nesses termos, a responsabilidade civil reparatória, apesar de detentora de tamanha significância, a ponto de ser considerada única forma de responsabilização na esfera privada, coexiste com outras formas de imputar consequências jurídicas pela prática de atos ilícitos. Esse tema, todavia, é palco de infundáveis divergências teóricas, não havendo resposta unânime, o que acaba por destacar a relevância desse debate em espaços públicos com respaldo na segurança jurídica.

Essa causalidade entre dano e conduta, por vezes, de difícil demonstração prática, bem como o próprio dano, não foi introduzida na concepção kantiana de responsabilidade. Dessa forma, é admissível cogitar que esta concepção de responsabilidade não tenha versado sobre a conduta ilícita de forma restrita, mas optou em sancionar condutas independentemente da existência do dano. Na imputação judiciária kantiana, aparentemente basta a liberdade na prática do ato submetido à lei, não havendo remissão à necessidade de se comprovarem as consequências danosas do ato, seja para a imputação de consequências, seja para a quantificação da extensão de tais consequências.

Nesse momento, já é possível destacar a importância de a concepção kantiana de responsabilidade também não se limitar à hipótese de reparação dos danos, não tendo contemplado, sequer, manifestações sobre dano e sua subsequente obrigação de reparar nesse específico sistema de responsabilização. O caráter singular da causalidade e a ausência de dano, na concepção kantiana de responsabilidade, podem ser justificadas pelo fito distinto desse sistema de responsabilidade, uma vez que sua preocupação não é apenas a de restituir

ou reparar, mas também a de retribuir. Dessa maneira, esse sistema de repartição de riscos entre os contraentes terá potencial de imputar consequências jurídicas pelo descumprimento contratual, independentemente da presença de danos, bastando o descumprimento do dever para imputação da sanção.

A distinção entre a causalidade desses sistemas de repartição de riscos também guarda certa significância no debate exclusivo da responsabilidade civil reparatória, visto que, via de regra, é necessário pressupor a liberdade na prática da conduta e demonstrar a relação de causalidade para imputação da obrigação de reparar. Nesses termos, esse debate também pode ser vislumbrado, de forma mais ampla, no âmbito da responsabilidade civil reparatória, especialmente na impossibilidade de se confundir relação causal e culpabilidade – a culpa *lato sensu* integra esse conceito –, pela seguinte razão:

Tem-se no primeiro caso uma imputação objetiva – se a conduta do agente deu causa ao resultado (dano), independentemente de qualquer apreciação do elemento subjetivo da conduta. No segundo caso (culpabilidade) tem-se uma imputação subjetiva. Apurado que a conduta do agente deu causa ao resultado, verifica-se a seguir se o agente tinha capacidade de entendimento e se podia agir de forma diferente (CAVALIERI, 2019, p. 63).

Nessa senda, a concepção kantiana de responsabilidade, ao não tratar da necessidade de comprovação dos danos e de sua relação de causalidade com a conduta, comporta outras hipóteses de imputação de consequências jurídicas, além da responsabilidade civil reparatória. Nesse aspecto, o sistema kantiano de repartição de riscos entre os contraentes apresenta-se mais severo, pois comporta também condenações sem a demonstração dos danos sofridos e da relação de causalidade entre os danos e a conduta; de outra forma, um sistema civil fundado na responsabilidade kantiana comportaria a retribuição pela violação da ordem jurídica, sem negar a reparação dos danos, indicando superior severidade nesse aspecto.

Em todo caso, cumpre destacar que a designação da concepção kantiana de responsabilidade, enquanto meio de produção de retribuições, não figura temática desprovida de polêmicas. Há, inclusive, compreensões que restringem a responsabilidade kantiana ao fito de incapacitação física e reabilitação do agente, como se pode observar na proposta de Merle (2009) para a responsabilidade penal. Outra leitura da concepção kantiana de responsabilidade – mais próxima do objeto desta pesquisa por versar sobre as contribuições da teoria kantiana para a responsabilidade civil por danos morais – também destaca que o fito da responsabilidade seria o de restabelecer o conceito de dignidade para o ofensor, como se observa em pesquisa de Huber e Garcia (2009). Nos termos de tais compreensões, a utilidade

da concepção kantiana de responsabilidade não estaria em retribuir a violação da ordem jurídica ou mesmo em reparar uma ofensa, mas em reabilitar o ofensor.

Os demais elementos da concepção kantiana de responsabilidade – nominados nesta pesquisa de variáveis para quantificação das consequências jurídicas – são variáveis de espécies de implicações jurídicas de tal sistema de responsabilização (III), bem como as barreiras morais e naturais presentes na prática da conduta humana (IV). Esses elementos hão de ser confrontados com certos aspectos da hodierna dogmática cível, vale relembrar: (f) a possível correlação entre a compensação por danos morais e os direitos da personalidade, uma vez que constituem formas de tutela da dignidade da pessoa humana; (g) o princípio de restituição integral previsto no âmbito cível e no setor consumerista; e (h) a vedação de enriquecimento ilícito.

As barreiras morais e naturais presentes na prática da conduta humana detêm a aptidão de influir no grau das implicações jurídicas; logo, as consequências de tal sistemática de responsabilização variam de acordo com a magnitude de tais obstáculos (KANT, 2017). Essas barreiras tencionam verificar as exigências morais e naturais presentes na prática da conduta humana, seja essa comissiva, seja omissiva, para identificar a extensão da vantagem ou desvantagem imposta ao agente. O ponto de partida para análise dessa variável da sistemática kantiana de repartição de riscos é a já reproduzida assertiva [seção 3.4], na qual se exemplifica a imputação judiciária de consequências:

Quanto maiores as barreiras naturais (da sensibilidade) e menor a barreira moral (do dever), tanto maior será o mérito da boa ação, como, por exemplo, com considerável autossacrifício salvo um completo estranho de um grande perigo. Por outro lado, quanto menores os obstáculos naturais e maior o obstáculo procedente dos fundamentos do dever, tanto mais imputável (como culpável) é a transgressão. Por conseguinte, a disposição de alma do sujeito – se cometeu a ação num estado de agitação ou mediante fria deliberação – produz uma diferença na imputabilidade, redundando em resultados (KANT, 2017, p. 43).

Dessa forma, quanto maior for a exigência moral para a prática da conduta adjetivada pelo mérito, menor será a extensão das consequências positivas impostas. Em sentido inverso, quanto maior for a exigência moral para não se praticar a conduta adjetivada pelo demérito, maior será a extensão das consequências negativas impostas ao agente. Pode-se cogitar que as barreiras morais sejam diretamente proporcionais aos efeitos jurídicos pela prática do demérito, mas são inversamente proporcionais aos efeitos jurídicos pela prática do mérito.

Em um esforço dedutivo, pode-se pensar que as operadoras de planos privados de saúde detenham superior obrigação moral para com seus consumidores, empregados e fornecedores do que perante terceiros, uma vez que aqueles optam por seus serviços em detrimento dos de seus concorrentes. Nessa ordem de ideias, o demérito praticado contra seus consumidores, trabalhadores ou fornecedores será retribuído com consequências jurídicas negativas superiores ao ato praticado contra terceiros, em razão da superior exigência moral ou do dever para se abster da prática do ato. O mérito praticado a favor de terceiros, por seu turno, terá efeitos positivos superiores do que aquele praticado a favor de seus consumidores, destinatários, trabalhadores e fornecedores, também em razão da inferior exigência moral para prática do ato.

Em termos práticos, o patrocínio de determinado projeto social – ato qualificado pelo mérito – por operadora de plano de saúde, a título de exemplo, atrairá uma retribuição positiva superior do que o fornecimento desses valores para melhoria das condições de trabalho de seus empregados ou das condições dos serviços ofertados aos seus destinatários. Todavia, os danos causados aos seus consumidores, trabalhadores ou fornecedores serão retribuídos de forma mais severa do que o demérito praticado contra outra pessoa jurídica, por exemplo.

As barreiras naturais ou da sensibilidade são aquelas que dificultam a realização do ato conforme ou colocam em risco aquele que o pratica, podendo ser exemplificadas na intensa pressão sofrida pelo agente na prática da conduta ou em seu autossacrifício (KANT, 2017), como já destacado. As barreiras naturais ou da sensibilidade atuam de forma oposta às barreiras morais, portanto, são diretamente proporcionais à vantagem pela prática do mérito e inversamente proporcionais à desvantagem imposta pelo demérito.

Dessa maneira, quanto maior for a barreira natural para a realização da conduta adjetivada pelo mérito, maior será o mérito pela prática dessa conduta, bem como a vantagem imposta por essa prática. Retornando ao exemplo dos investimentos de uma operadora em projetos sociais, pelo exposto até o presente momento, poder-se-ia cogitar que os investimentos mais caros à condição financeira da empresa são dotados de superior meritocracia; logo, a vantagem juridicamente imposta pela prática dessa conduta tem seus efeitos ampliados. Malgrado sejam condutas qualificadas pelo mérito, os investimentos de inferior importância, diante da capacidade financeira da empresa, irão atrair consequências inferiores, se comparados ao exemplo anterior.

Finalmente, pode-se chegar à aplicação das barreiras naturais na análise da extensão da desvantagem imposta pela prática de conduta demeritória, sendo essas barreiras inversamente proporcionais ao grau da sanção negativa imputada. Quanto menor for a barreira natural na

prática da conduta demeritória, maior será o efeito da desvantagem imposta ao agente; de forma inversa, quanto maiores forem os obstáculos sensíveis presentes na prática do ato demeritório, menores serão as desvantagens retribuídas pela ordem jurídica. Esse ponto pode causar confusão perante o senso de justiça de certos indivíduos, uma vez que o superior esforço do agente para violar a lei aparentemente atrai uma sanção negativa de menor magnitude.

Essa conclusão encontra duas possíveis razões: a primeira se refere aos efeitos danosos do ilícito sobre o próprio agente que o praticou, dessa forma, os drásticos efeitos físicos produzidos pela mera prática da conduta inferior à lei já representam, por si sós, uma parcela da retribuição, admitindo a redução dos efeitos da desvantagem imputada; a segunda argumentação possível se encontra na finalidade do Estado para a teoria kantiana, qual seja, tutelar o único direito natural – a liberdade – bem como as consequências desse direito. Nesses termos, as situações naturalmente dotadas de inferior dificuldade para sua violação merecem superior retribuição negativa pela ordem jurídica, sendo essa assertiva útil para tutela dos interesses do contraente mais fraco da relação, como pode ocorrer, a título de exemplo, com os consumidores, trabalhadores e aderentes. Assim, as retribuições negativas aparentemente devem deter maiores efeitos para as situações de facilitada violação de direitos na medida em que seria demasiada a limitação da liberdade se essas retribuições fossem impostas em mesmo grau para as situações de natural dificuldade de violação de direitos.

Com o propósito de simplificar a exposição realizada acima, pode-se pensar sobre a disparidade de inferências desse sistema para os contratos de massa e para aqueles de livre negociação. Nessa primeira situação, na qual se evidencia a imposição dos termos de um dos contraentes sobre os demais, em razão de sua superioridade econômica ou organizativa, os descumprimentos encontram menores barreiras naturais impostas pelos aderentes desses contratos, exigindo uma maior retribuição negativa nas ações demeritórias correlatas a esses negócios jurídicos.

Nesses termos, a sistemática kantiana de repartição de riscos, ou, pelos menos, como essa sistemática é compreendida no presente trabalho, seria um instrumento de significativa importância para tutela dos interesses dos destinatários dos serviços de saúde, sejam esses consumidores, sejam meros aderentes. Em solução diversa, os danos, conexos aos contratos de livre negociação e às relações de certa paridade entre seus sujeitos, encontrariam maiores barreiras naturais impostas pelos próprios contraentes, visto que estes teriam maiores condições de oferecer obstáculos a essas condutas demeritórias, atraindo uma retribuição negativa de inferior intensidade.

Nessa senda, os danos ou quaisquer outros atos demeritórios perpetrados por operadora de plano privado de saúde seriam mais severamente retribuídos ao violarem direitos de seus consumidores, empregados ou aderentes, uma vez que esses sujeitos ofereceriam menores obstáculos naturais a essas condutas. Poder-se-ia cogitar, inclusive, a maior severidade desse pretendo sistema de responsabilidade ao se retribuir a ofensa aos direitos de sujeitos em condição agravada de vulnerabilidade. Os danos produzidos pela mesma operadora de planos de saúde a outra pessoa jurídica seriam condutas demeritórias, todavia, a sua subsequente sanção seria de magnitude inferior à situação anterior, salvo na hipótese de se enquadrar no conceito de consumidor.

Nessa mesma assertiva, Kant (2017) expõe duas prováveis situações-limite para o poder de retribuir a pessoa pela prática de uma conduta meritória ou demeritória. No que se refere ao mérito, este e sua subsequente sanção positiva vão ampliar o seu grau de magnitude, à medida que se comprovem significativas barreiras naturais e reduzida exigência do dever. O demérito, por sua vez, será negativamente retribuído de forma crescente à proporção que sejam comprovadas a insignificância dos obstáculos sensíveis e o relevante efeito da barreira moral. A retribuição positiva de operadora, por investimentos em projeto social de interesse de terceiros não conexos com sua atividade e que sejam significativos para a capacidade econômica dessa empresa, é exemplo dessa primeira alternativa-limite. A retribuição negativa pelos danos sofridos por um consumidor idoso, por seu turno, seria análoga à segunda situação limite.

Nessa imposição de consequências positivas e negativas, detêm certa utilidade as experiências de outros ramos do direito, especialmente daqueles afeitos ao emprego conjugado da promoção e repressão em suas estruturas de retribuição de atos conformes e desconformes ao direito, como se observa no direito tributário. Certas premissas do regime jurídico das normas tributárias indutoras ou, se preferir, do estudo da função indutora das normas tributárias, são necessárias para se evitar a intensificação das desigualdades concorrenciais entre grandes, médios e pequenos prestadores de serviços de saúde privada; logo, a proibição de efeito carona e a de regressividade são essenciais para uma adequada intervenção do Estado na economia, por meio do sistema kantiano de responsabilidade.

A preocupação com o recurso às normas tributárias indutoras está na possibilidade de estas intervirem sobre terceiros atuantes no mercado, seja ao se imputar uma vantagem, seja ao se imputar uma desvantagem. Essa preocupação também há de estar presente na ressignificação da responsabilidade civil pela concepção kantiana de responsabilidade, uma

vez que dela é possível se extrair não apenas um sistema reparador de danos, mas também uma sistemática de retribuição do mérito e demérito.

A expressão efeito carona é utilizada por Schoueri (2005) para designar os benefícios fiscais concedidos sem qualquer contrapartida; em outros termos, seria a concessão de uma vantagem injusta. Esse efeito foi exemplificado por esse mesmo autor na aplicação da lei alemã de ajuda aos países em desenvolvimento, conforme demonstrado a seguir:

[...] constata-se que apesar de diversas mudanças e restrições inseridas na lei ao longo do tempo, os investimentos nos países em desenvolvimento não foram influenciados. Assim, no exemplo do autor, não houve redução nos investimentos em bens de capital naqueles países apesar de se deixar de oferecer um benefício especial para tal investimento; o mesmo autor nota que, apesar de a lei diferenciar o grau de incentivo conforme o grau de desenvolvimento do país receptor do investimento, a distribuição geográfica dos investimentos alemães não se modificou, o que leva a crer que não eram os incentivos fiscais que moviam os investidores, que conduziriam seus negócios de igual maneira sem tais benefícios (SCHOUERI, 2005, p. 51-52).

Nessa ordem de ideias, a vantagem, ofertada pelo sistema kantiano de responsabilidade, aparentemente deve ser decorrente ou destinada a levar o sujeito, por meio da ordem jurídica, a adquiri-la, não se admitindo que condutas realizadas por outras razões sejam aproveitadas. Disso é possível se extrair, a título de exemplo, que os investimentos ou projetos sociais anteriores à positivação desse sistema de responsabilidade civil no âmbito nacional não seriam beneficiados pela sanção positiva. Aqueles investimentos periodicamente realizados pelas operadoras ou projetos já iniciados anteriormente também não poderiam ser beneficiados pela vantagem imposta por esse sistema de repartição de riscos, uma vez que se enquadram no conceito de efeito carona.

Esse é um dos pontos que destacam a necessidade de debate democrático para instruir de forma adequada um amplo sistema de promoção e repressão na responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde, uma vez que tentar extrair tal sistema sem uma previsão expressa pode dificultar sobremaneira a análise do efeito carona. Em todo caso, não se pode negar aprioristicamente a possibilidade de se extrair apenas por intermédio da interpretação um sistema dessa natureza, visto que o recurso à pena civil, enquanto meio repressivo de pressão, é defendido para todo o âmbito da responsabilidade civil por autores, como Bricola (1997). Apenas é importante destacar que, nesta pesquisa, opta-se pelo recurso à intermediação legislativa, seja em decorrência de tal exigência pela própria teoria kantiana, seja em virtude do estatuto diferenciado da pena civil, detendo essas conclusões viabilidade para qualquer retribuição positiva ou negativa.

O cuidado com a regressividade advém de indícios de que os incentivos fiscais ou a oferta de qualquer vantagem, quando regressiva, pode beneficiar mais os contribuintes de superior capacidade econômica do que aos demais (SCHOUERI, 2005). Essa situação acaba interferindo em questões concorrenciais na medida em que piora a situação dos pequenos empreendimentos, pois reduz os custos de produção de grandes empreendimentos. A vantagem, ofertada pela ordem jurídica, acaba por servir de instrumento para se estabelecer a presença de grandes empreendimentos no mercado e reduzir a presença dos menores.

A partir da concepção teórica de Klaus Tipke, Schoueri (2005) propõe um regramento para as normas tributárias indutoras, fundado na distinção entre igualdade e identidade, bem como na correlação entre essa primeira expressão e a noção de equivalência. Nessa ordem de ideias, o ordenamento jurídico deveria admitir o trato igual de sujeitos com capacidade contributiva equivalente, mas impor distinto tratamento aos que não se encontram em situação de equivalência. No intento de respaldar a igualdade de acordo com a capacidade contributiva e a essencialidade do bem ou serviço, seriam formados círculos cada vez mais restritos de aplicação da norma para atender, dentro do possível, à concretude do sujeito.

O trato desigual, fornecido a distintos círculos, pode ser representado na progressividade desse sistema, ou seja, na exigência variável de acordo com a essencialidade do produto ou serviço, bem como com a capacidade contributiva do sujeito. A necessidade de distinção no tratamento conferido ao sujeito de direitos não se resume ao direito tributário, pois a efetivação de todo direito produz um custo, sendo este sempre suportado pelos particulares, seja no adimplemento da obrigação pecuniária, seja no cumprimento de outra espécie de situação jurídica passiva.

Assim, as diversas obrigações legais determinadas pela Lei 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002), Lei nº. 8.078/90 [Lei do Consumidor ou Código de Defesa do Consumidor (CDC)] (BRASIL, 1990b) e Lei nº. 9.656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998) são exemplos de custos impostos à atividade de securitização da saúde privada, dentre os quais podem estar os custos inerentes à repressão e promoção, caso seja admitida uma responsabilidade civil além da mera reparação. Nesses termos, a concepção kantiana de responsabilidade, ao analisar as barreiras materiais, deve levar em consideração a capacidade financeira da operadora e a essencialidade do bem tutelado, antes de impor uma vantagem ou desvantagem, formando círculos restritos dentro dos conceitos de mérito e demérito. A distinção no enquadramento de condutas de operadoras de planos de saúde poderia conferir um grau distinto na aplicação das sanções positivas ou

negativas, de acordo com a capacidade financeira da empresa, essencialidade do bem, barreiras morais e naturais para a prática da conduta.

Diante do exposto, já se pode observar que um sistema de responsabilidade civil pensado a partir da concepção kantiana de responsabilidade admitiria a reparação, uma vez que exige o cumprimento do débito, mas também permite a retribuição positiva e negativa das condutas humanas meritórias e demeritórias, respectivamente. Nesses termos, a retribuição desse sistema, além de conceber um aspecto promocional e repressivo, também permitiria que esses fossem pensados de acordo com a concretude de seus sujeitos, das exigências sensíveis, determinações do dever, sendo vedado o efeito carona em todo caso.

As condutas meritórias ou adjetivadas pelo mérito (*meritum*), compreendo aquelas ações humanas em que o sujeito realiza mais do que poderia ser constrangido pela lei a realizar (KANT, 2017), são retribuídas com uma vantagem. A concessão de uma vantagem pela prática de determinada conduta positivamente valorada é uma forma de indução ou, caso prefira, de promoção, sendo um recurso, por vezes, empregado na esfera tributária, que encontra um de seus primordiais exemplos nas normas tributárias indutoras, malgrado essa categoria não se resuma à promoção. Diga-se, as normas tributárias indutoras, no sentido empregado nesta pesquisa, são um dos aspectos das normas tributárias, identificado a partir de sua função indutora, seja essa função conferida por uma vantagem – estímulo – seja por agravamento de natureza tributária (SCHOUERI, 2005).

As sanções positivas, ou oferta de uma vantagem, também se apresentam no âmbito da responsabilidade civil, apesar de ainda figurarem como temática controvertida na doutrina e jurisprudência. Os principais exemplos de sanções positivas na responsabilidade civil nacional foram expostos por Nelson Rosenvald (2017), no momento em que esse autor propõe um conteúdo para a retribuição pelo cumprimento do que nomina de *standard* de diligência extraordinária ou, se preferir, condutas exemplares ao direito, sendo cogitados cadastros positivos de louváveis agentes econômicos, incentivos diferenciados para financiamentos públicos de juros reduzidos e facilitação na prática de atos exemplares. Incentivos de natureza positiva, como os anteriormente expostos, são passíveis de instruir uma imagem positiva dos agentes econômicos por eles beneficiados perante a sociedade, influenciando em questões concorrenciais.

Além da facilitação e sanções positivas atributivas, esta pesquisa propõe intensificar a função promocional por intermédio do recurso às sanções positivas privativas, em termos simples, oferecer a privação de uma desvantagem, representada na inaplicabilidade da função pedagógica dos danos morais. Assim como as normas tributárias indutoras são as normas

tributárias analisadas a partir de sua função indutora, as normas que instruem a responsabilidade civil por intermédio da retribuição positiva são as normas cíveis analisadas a partir de sua função promocional, podendo estas também estarem presentes na responsabilidade reparatória.

Além da possibilidade de retribuições positiva e negativa, um sistema de repartição de riscos fundado na concepção kantiana de responsabilidade também admitiria hipóteses neutras, ou seja, que não impõem qualquer retribuição, uma vez que não se realizou além ou aquém do legalmente determinado. Dessa forma, o débito, ou o estrito cumprimento do devido (*debitum*), compreendido como conduta humana que realiza precisamente a determinação legal (KANT, 2017), não seria retribuído com sanção positiva ou negativa. Essa situação intermediária entre o mérito e o demérito é correlata ao que a doutrina nacional nominou de *standard* de diligência ordinária (ROSENVALD, 2017). Nos termos cogitados nesta pesquisa, os danos causados por sujeito ordinariamente diligente atrairiam somente a imposição de responsabilidade civil reparatória, uma vez que o agente econômico não seria beneficiado pelas sanções positivas privativas.

Nessa ordem de ideias, as operadoras de planos de saúde que se limitem a realizar o determinado pela lei, sofreriam a imposição ordinária da responsabilidade civil reparatória, sem a possibilidade de usufruir da privação de uma desvantagem, representada no afastar da função pedagógica dessa forma de responsabilização. No que se refere à responsabilidade civil por danos morais, as operadoras de planos de saúde, ordinariamente diligentes, seriam condenadas a compensar todos os danos sofridos, bem como sofreriam o efeito pedagógico da reparação por danos morais. As demais sanções positivas, diga-se, aquelas atributivas de vantagem ou facilitadoras, não seriam também concedidas para esse agente econômico, diante da ausência do mérito e do cumprimento do dever legal.

As ações adjetivadas pelo demérito (*demeritum*), entenda-se, aquelas aquém da determinação legal (KANT, 2017), haveriam de ser retribuídas por sanções de natureza negativa, sendo necessário destacar que essa retribuição negativa pela prática do demérito não inviabiliza a imposição da obrigação de reparar os danos provenientes dessa conduta. No ensino jurídico nacional, em termos gerais, a retribuição negativa por condutas demeritórias é vinculada primordialmente aos âmbitos administrativo e penal; de outra maneira, a retribuição, enquanto instrumento de desincentivo, seria um meio de estruturação próprio do direito público, sendo ordinariamente afastado da responsabilidade civil.

Apesar de certa recusa a essa autonomia da retribuição na responsabilidade civil nacional, já há teórico que defenda a possibilidade de se imputarem retribuições desvantajosas

por meio de normativas cíveis, especialmente por intermédio dos institutos da pena privada e da pena civil, podendo estes serem exemplificados nas cláusulas penais e nos *punitive damages*, respectivamente (ROSENVALD, 2017), como já desenvolvido na seção 2.2.4. Assim, a terminologia demérito, empregada nesta pesquisa, é correlata ao que a doutrina nacional nominou de *standard* da ausência de diligência, para a qual se imputa sanções de caráter negativo, ou seja, a atribuir uma desvantagem ou prevenir o sujeito de ter uma vantagem.

Essas incongruências entre os elementos da responsabilidade civil reparatória hodierna e a concepção kantiana de responsabilidade possibilitam cogitar que a construção metafísica da responsabilidade pelo filósofo de *Königsberg* preveja um sistema não meramente reparatório de danos, mas que também almeje retribuir certas condutas. Em nenhum momento, a concepção kantiana recusa a reparação dos danos sofridos; pelo contrário, essa reparação pode ser presumida na figura intermediária do débito, na qual o sujeito não será premiado ou punido, mas apenas irá ter de cumprir a determinação legal ou contratual. Nessa ordem de ideias, a concepção kantiana não inviabilizaria o cumprimento da obrigação de reparar legal ou contratual, mas permitiria a retribuição positiva ou negativa de determinadas condutas humanas meritórias ou demeritórias. Assim, a concepção kantiana de responsabilidade não tenciona substituir a hodierna responsabilidade civil reparatória, mas coexistir e interagir com esta.

O pretenso sistema de repartição de riscos entre operadoras e destinatários dos serviços, fundado nessa concepção metafísica de responsabilidade, não apenas repararia os danos causados pelas operadoras de planos de saúde, mas também tencionaria retribuir positivamente as operadoras extraordinariamente diligentes e puniria aquelas desprovidas de diligência mínima, por exemplo. Um sistema dessa natureza, todavia, exigiria, nos termos desta pesquisa, intermediação legal formal no intento de determinar as condutas e suas retribuições subsequentes, como decorrência da taxatividade e da legalidade.

Apesar de existirem manifestações favoráveis à inclusão de hipóteses de retribuição autônoma na responsabilidade civil, diga-se, responsabilidade civil sem a obrigação de reparar um dano, como se pode observar na proposta de Rosenvald (2017), essas não são unânicas ou, sequer, majoritárias. No ensino jurídico nacional, a compreensão majoritária da responsabilidade civil restringe-se àquela de teor reparatório, não admitindo retribuições, sejam estas positivas, sejam elas negativas. Além dos exemplos anteriores, que se referiam ao conceito de responsabilidade civil, poder-se-ia acrescentar, neste momento, a interpretação majoritária do parágrafo único do art. 944 da Lei 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL,

2002), segundo a qual esse parágrafo representa uma mera exceção à imposição normativa da obrigação de reparar na integralidade dos danos sofridos, devendo ser interpretado de maneira restrita e comportando certas conclusões.

Podem-se exemplificar as manifestações contra retribuições positivas ou negativas na responsabilidade civil, nos seguintes argumentos:

[...] (a) só tem aplicação nos casos de *culpa levíssima* em que o ofensor tenha causado danos de grandes proporções à vítima, pelo que estão fora do seu campo de incidência a culpa grave e o dolo; (b) a *ratio legis* é a culpa – culpa levíssima – razão pela qual não se aplica à responsabilidade objetiva, hoje de maior campo de incidência do que a responsabilidade subjetiva. Seria ilegal utilizar o critério do grau de culpa para aferir o valor da indenização objetiva, na qual a culpa não tem nenhuma relevância; (c) em princípio aplica-se ao dano moral, uma vez que o fundamento da norma não é a natureza do dano (material ou moral) mas, antes, a excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano – culpa levíssima e dano de grande proporção. Na prática, entretanto, o dispositivo não será de grande valia porque o valor da indenização pelo dano moral já é arbitrado pelo juiz com base nos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e nas condições econômicas das partes; (d) aplica-se à responsabilidade contratual porque nela há também responsabilidade subjetiva, como no caso dos profissionais liberais (CDC, art. 14, § 4º); (e) de regra, não se aplica à responsabilidade nas relações de consumo porque esta é objetiva e disciplinada por lei especial; (f) inaplicável à indenização punitiva, também chamada de **preço do desestímulo**, porque a finalidade da norma é reduzir a indenização e não agravá-la; conceder à vítima indenização inferior aos danos sofridos em caso de culpa grave do agente é algo absolutamente contrário à finalidade da norma; (g) **a equidade**, à qual se refere o dispositivo em exame, é o critério que o juiz deverá levar em conta para reduzir a indenização – condições econômicas da vítima e do ofensor, o que tem tudo a ver com o princípio da igualdade e com a justiça comutativa (CAVALIERI, 2019, p. 27, grifo do autor).

Nessa leitura da ordem jurídica nacional, argumenta-se a impossibilidade de se admitirem as retribuições, positivas ou negativas, em decorrência dos princípios da restituição integral, da dignidade humana e do enriquecimento ilícito. Essas leituras restringem o teor do parágrafo único do art. 944 da Lei 10.406/02 [Código Civil (CC)] (BRASIL, 2002) para as hipóteses de risco concorrente. Inclusive, as hipóteses de risco concorrente e sua aplicabilidade nas relações de consumo foram objeto da tese de Tartuce (2011). Esses argumentos corroboram a necessidade de intermediação legislativa para instrução de retribuições positivas e negativas nas relações entre operadoras e destinatários dos serviços, uma vez que o conteúdo do presente texto normativo, por si só, não teria aptidão de instruir sanções positivas ou negativas.

Em todo caso, ainda resta explicitar a possibilidade de retribuições por previsão legal específica, bem como a possibilidade de variar a extensão das condenações cíveis no âmbito da responsabilidade civil por danos morais por tais retribuições. O primeiro argumento contrário às sanções positivas privativas residiria na possível correlação entre a compensação por danos morais e os direitos da personalidade, uma vez que essas compensações constituem formas de tutela da dignidade da pessoa humana (f). Disto se extrai a possibilidade de violação da própria dignidade, enquanto valor absoluto, pela variação das condenações de acordo com as barreiras morais, ou seja, com a relação autor e vítima. Essas retribuições podem também ser questionadas pela possibilidade de se utilizar a pessoa como mero meio para a melhora da qualidade do mercado, reduzindo a tutela dos direitos da personalidade.

Longe de conceber que tais argumentos sejam infundados, mas o próprio método bifásico de quantificação dos danos morais e seus critérios admitem variações de tal natureza, como se desenvolveu na seção 2.2.4. Basta se pensar sobre a condição econômica da vítima e do ofensor, bem como sobre o aspecto pedagógico dos danos morais; logo, esses critérios instruem quantificações na compensação por danos morais no intento de punir pela prática do ilícito. Pode-se cogitar, inclusive, que as variações não interferem na extensão do dano, mas apenas no aspecto pedagógico ínsito a qualquer medida indireta de controle social; logo, não haveria violação da dignidade.

As variantes das condenações de acordo com as barreiras morais, por sua vez, não tencionam influir na tutela dos direitos da personalidade, visto que detêm utilidade para a retribuição, e não para a reparação. Esse também é o fundamento para a inexistência de violação da restituição integral (g), uma vez que as privações seriam de retribuições, e não de reparações.

As retribuições negativas também não violariam a vedação de enriquecimento sem causa (h), visto que o escopo de tal instituto se destina à reparação, como bem se observou na seção 2.2.4, com esteio em Rosenvald (2017) e Soares (2018). Caso as retribuições negativas instruídas por determinação legal casuística, no âmbito da responsabilidade civil, violassem tal previsão, todas as demais modalidades de multas impostas pelo Estado, sejam essas administrativas, sejam essas penais, também incorreriam em tal violação. Também não parece lógico deter reservas contra as retribuições negativas impostas em processos judiciais, nos quais há contraditório e ampla defesa, mas se admitirem imposições na esfera administrativa.

Em todo caso, deve-se convir que há necessidade de se analisar a responsabilidade civil de forma arquitetônica ou, se preferir, “conglobante” (CARRÁ, 2015), mas tais decisões devem ser realizadas pelos sujeitos legitimados, por meio de debates democráticos, evitando-

se sistemáticas tão severas que inviabilizem completamente o mercado de saúde privado nacional. Nessa ordem de ideias, não é possível aprioristicamente reduzir tais possibilidades.

4.2 DIREITO NÃO É MERO ENGODO

Neste momento, cumpre destacar o que se compreende por sanção, uma vez que sua definição é um tema controvertido no meio jurídico. O sentido empregado nesta exposição é aquele desenvolvido por Bobbio (2007) ao buscar compreender o fenômeno jurídico também a partir de sua função, sendo esta opção justificável em decorrência da interação de seu conceito de sanção com a multiplicidade de retribuições impostas pela responsabilidade kantiana, bem como em decorrência de certa ingerência de suas ideias na formulação das funções da responsabilidade civil na hodierna dogmática cível. Dessa maneira, a concepção de sanção utilizada nesta pesquisa interage com a função repressiva do direito, mas também com a aquela promocional.

Dentre essas funções, aquela de rude terminologia por ausência de outra melhor, ou seja, a de caráter promocional, ressurgiu a partir da modificação do que se compreende por fins e técnicas do Estado, assim, admitem-se outros fins além daqueles tradicionalmente vinculados ao Estado liberal, bem como se permitem utilizar outras técnicas além do tradicional desencorajamento (BOBBIO, 2007). Nesse contexto, o encorajamento torna-se também importante técnica de concretização dos fins do Estado, permitindo-se cogitar sua presença no próprio direito, apresentando-se pela função promocional. Apesar de existirem propostas teóricas distintas dessa visão de estado, pode-se afirmar que certos Estados não apenas desencorajam condutas desconformes, mas também encorajam as ações conformes, podendo encontrar indícios disso na dogmática jurídica nacional, como ocorre, por exemplo, nos âmbitos administrativo, ambiental e tributário.

O preocupar com as técnicas de incentivo no meio jurídico já havia constituído objeto de estudos anteriores, com destaque para aquele de cunho histórico desenvolvido por Jhering, em que se identificou um “direito premial” em oposição ao penal na experiência jurídica romana (BOBBIO, 2007). O mérito desses estudos está na redescoberta das possíveis origens do “direito premial”, bem como na proposição do ampliar do grau ou magnitude dessa espécie de incentivo nas ordens jurídicas nacionais. Dessa maneira, não se deve cogitar que as propostas teóricas anteriores inadmitiam as técnicas de encorajamento no meio jurídico.

O próprio método desta pesquisa, a concepção kantiana de responsabilidade (KANT, 2017), confirma a admissão de técnicas de encorajamento no meio jurídico, representadas no

imputar de recompensa pela prática de conduta meritória. Pode-se cogitar, portanto, o diálogo entre a concepção kantiana de responsabilidade e a definição de sanção ofertada por Bobbio, diante da admissão da função promocional do direito nessas duas construções teóricas. Em outros termos, a distinção de intensidade das técnicas de encorajamento nessas duas concepções teóricas não inviabiliza o seu recurso conjugado, desde que sejam destacadas suas diferenças para se evitarem incompreensões e confusões.

Pelo exposto até o presente momento, a definição de sanção empregada, nesta ressignificação da responsabilidade civil, há de abarcar encorajamentos e desencorajamentos, mas sem negar a existência de outras medidas indiretas de controle social, como as técnicas de facilitar e obstaculizar a prática de ações. Nessa ordem de ideias, ao se ler o termo sanção, deve-se ter a seu respeito a seguinte compreensão:

[...] resposta ou reação que o grupo social manifesta por ocasião de um comportamento por algum motivo relevante de um membro do grupo (relevante no sentido negativo ou positivo, não importa), com o objetivo de exercer um controle sobre o conjunto dos comportamentos sociais e direcioná-los a certos objetivos mais do que a outros (BOBBIO, 2007, p. 29).

Dessa definição, consegue-se extrair que a sanção não é sinônimo de coação, mas é uma obrigação secundária de natureza vantajosa ou desvantajosa, garantida em última análise pelo uso da força institucionalizada do poder público. Essa observação busca destacar que o conceito de sanção, empregado nesta pesquisa, inclui tanto a imposição de uma recompensa, como a de uma pena, sendo essas nominadas de sanções positiva e negativa, respectivamente. Assim, sanção é uma obrigação secundária de natureza positiva ou negativa, que tenciona induzir ou pressionar o cumprimento de uma obrigação primária prevista por determinação legal ou decorrente de acordo entre particulares. Na força institucionalizada, compreendida como a garantia das técnicas de pressão, é onde se encontraria o instituto da coação para essa vertente.

O recurso à sanção, por este pretenso sistema de repartição de riscos entre operadoras e destinatários dos serviços de saúde, não impede a presença de outras medidas de controle social, especialmente, pelo fato de o objeto desta pesquisa englobar a saúde privada nacional. Nesse domínio, observam-se normas destinadas a facilitarem o acesso aos direitos pelos destinatários dos serviços e outras a obstaculizarem o inadimplemento pelas operadoras, sem falar no controle e vigilância realizados na esfera administrativa.

Nessa ordem de ideias, as sanções não se identificam com as medidas de controle social, uma vez que estas últimas são uma categoria de superior fecundidade, ou, ao menos, aparentam ser em uma análise mais analítica (BOBBIO, 2007). Caso essas medidas sejam correlatas ao aspecto promocional de seu ordenamento, deterão a aptidão de dirigir os comportamentos humanos ao tornarem essas condutas necessárias, fáceis ou vantajosas. Em termos diversos, as medidas de controle social, fundadas no aspecto repressivo de seu ordenamento, têm também o potencial de interferir nos comportamentos humanos, mas este será pela qualificação dessas condutas em impossíveis, difíceis ou desvantajosas.

Essa perspectiva, portanto, compreende a categoria das medidas de controle social na condição de gênero, do qual decorrem as técnicas diretas – aquelas que detêm aptidão de tornar os comportamentos necessários ou impossíveis –, bem como as técnicas indiretas – aquelas que detêm aptidão de tornar os comportamentos fáceis, vantajosos, difíceis ou desvantajosos. No âmbito da saúde privada nacional, as medidas de controle social seriam todas essas técnicas, diretas ou indiretas, que tencionem coagir ou pressionar os sujeitos dessas relações ao realizarem condutas conformes ou se absterem de praticar as desconformes, podendo estar previstas nos âmbitos cível, administrativo ou penal.

Essa diversidade de medidas, presentes na saúde privada nacional, também pode ser justificada pela significativa fecundidade da expressão “direito à saúde” ou, ao menos, no sentido empregado por certos autores. Para essa perspectiva, o direito à saúde não representa apenas a tutela sanitária da saúde, enquanto temática afeita exclusivamente ao direito administrativo, mas está previsto em outras searas, como, por exemplo, na dogmática cível (VASCONCELOS; OLIVEIRA, 2009). Em todo caso, essa esfera de atuação administrativa, malgrado não represente mais todo o conteúdo do direito à saúde, ainda é um de seus componentes; dito de outra forma, o direito à saúde não se resume mais ao direito sanitário, mas o direito sanitário é, até agora, uma significativa parcela do direito à saúde. No âmbito administrativo, é crível cogitar a significância da atuação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e dos Sistemas Estaduais e Municipais de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON), que recorrem a variadas medidas de controle social.

As medidas de controle diretas são aquelas que atuam na prática das condutas conformes ou desconformes, buscando tornar estas necessárias ou impossíveis, respectivamente (BOBBIO, 2007). Essas medidas, ao buscarem atuar na prática da ação, são concebidas como o uso de força institucionalizada, ou seja, as medidas diretas são coações, detendo como modalidades o controle em sentido estrito e a vigilância. O controle em sentido estrito é o uso da força para impedir a prática do ato desconforme ou para assegurar a prática

do ato conforme, assim, o uso da força institucionalizada busca substituir a vontade do agente pela vontade do Estado. A vigilância, por sua vez, não busca substituir o sujeito na prática do ato, mas acompanhar a prática do ato conforme ou a abstenção da prática do ato desconforme; logo, detém aptidão de os tornar necessários ou impossíveis.

Na saúde privada nacional, podem-se observar previsões de medidas diretas de controle social, sejam essas medidas de controle em sentido estrito, sejam hipóteses de vigilância, na Lei n°. 9656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998). Como exemplos de medidas de controle em sentido estrito na saúde privada nacional, pode-se pensar sobre os requisitos para a obtenção de autorização de funcionamento pelas operadoras de planos de saúde no art. 8º da Lei n°. 9656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998). As hipóteses de intervenção nas operadoras com o fito de superar problemas de gestão (MELLO, 2013) são exemplos mais nítidos de medidas de controle estrito.

A vigilância, por sua vez, pode ser observada na exigência de auditorias independentes sobre as contas das operadoras de planos de saúde, bem como a publicação anual de seu respectivo parecer, acompanhado das demonstrações financeiras nos termos do art. 22 da Lei n°. 9656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998). Em todo caso, a determinação de publicação não se estende para as operadoras com menos de vinte mil usuários, cabendo à Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) ofertar a publicidade necessária nos termos do § 2º do art. 22 desse mesmo diploma normativo.

Em todo caso, as medidas de controle social, por sua vez, não se identificam apenas com hipóteses de coação, estas também admitem técnicas de pressão. Nessa ordem de ideias, as medidas indiretas são aquelas que pressionam a prática da conduta conforme à ordem jurídica ou à abstenção da desconforme, realizando isso por meio da facilitação ou premiação de condutas positivas, bem como por intermédio do obstaculizar ou penalizar de ações negativas (BOBBIO, 2007). Dessa definição é plausível se extrair a disparidade de magnitude entre medidas diretas e indiretas, uma vez que nas primeiras haverá uma necessidade ou impossibilidade de se praticar a conduta juridicamente relevante, enquanto nas segundas pode haver uma facilitação ou obstaculização da prática do ato, bem como uma imputação de sanção pela prática ou abstenção. Em termos objetivos, as medidas indiretas são compostas pelas técnicas de facilitação, obstaculização e sanção.

As técnicas de facilitação e obstaculização, malgrado sejam meios de pressionar o sujeito, têm sua atuação antes ou durante a prática da conduta, sendo a causa de distinção das sanções (BOBBIO, 2007). A possibilidade de essa espécie de medidas indiretas preceder ou

atuar na prática da ação é nominada de aspecto híbrido, pois é uma espécie de pressão atuando de maneira assemelhada a uma coação. No aspecto positivo, essas medidas encorajam a prática de condutas conformes ao simplificarem a realização destas condutas. Em sentido inverso, essas medidas podem também desencorajar a prática de condutas desconformes ao dificultarem a sua concretização.

No âmbito da saúde privada nacional, o recurso à técnica da “obstaculização” também é utilizado; logo, pode-se citar, na condição de exemplo dessa medida indireta de controle social, a obrigatoriedade de reservas financeiras objetivas para custeio dos eventuais sinistros nos termos da Resolução Normativa (RN) nº. 227 (BRASIL, 2010d). A obrigatoriedade de constituição, vinculação e custódia dos ativos garantidores mínimos dos eventuais sinistros tenciona impedir o inadimplemento das obrigações das operadoras de planos privados de saúde, uma vez que a prática deste é considerada uma conduta desconforme à ordem jurídica.

Essa obrigação imposta pela Resolução Normativa (RN) nº. 227 (BRASIL, 2010d), advém do exercício do poder administrativo de regulamentar pelo Conselho de Saúde Suplementar (CONSU). Esse órgão colegiado e integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde detém sua competência prevista no art. 35-A da Lei nº. 9656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998). Entre essas competências, encontra-se a fixação de diretrizes gerais sobre os aspectos econômico-financeiros do setor de saúde suplementar, em outros termos, a determinação legal permissiva da elaboração da supracitada resolução normativa.

No atual contexto político nacional, essa medida indireta de controle social é uma daquelas que vem sofrendo críticas, dentre as quais se destaca o seu significativo custo para esse setor. Nesses termos, as determinações para a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e, por conseguinte, das próprias operadoras de planos privados de saúde podem acabar por imobilizar o capital dessas operadoras, ocasionando a ampliação dos custos dos serviços em um mercado já assoberbado com o amplo desenvolvimento técnico e ampliação da longevidade da população brasileira, como bem enfatizado pelo antigo Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta (2019), e pelo atual presidente da Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde), João Alceu A. Lima (2019).

Malgrado haja a aparente boa intenção no ampliar do acesso à saúde suplementar para a população, não se deve admitir esse argumento de maneira acrítica; há de se rememorar, no debate político, a significativa função desempenhada por essa modalidade de medidas indiretas de controle social. Obstaculizar o inadimplemento é também de significativa importância nessa modalidade de contrato, diante da significância da saúde para a

concretização dos próprios direitos da personalidade, especialmente no que tange à integridade psicofísica.

Alternativa de superior sensatez para ampliar o acesso da população a serviços privados de saúde poderia estar na ampliação da atuação da autogestão em saúde na esfera nacional, bem como no desenvolvimento de um sistema mais benéfico para essas entidades, uma vez que não atuam no mercado de consumo e concretizam o acesso à saúde sem fins lucrativos. Em todo caso, nada impede a busca por mercados mais transparentes, concorrentes e lucrativos.

As medidas indiretas de controle social não tencionam apenas dificultar ou facilitar a realização de condutas relevantes para o meio jurídico, mas também almejam torná-las vantajosas ou desvantajosas. Esse último intento é realizado pela categoria das sanções, entendida como uma espécie de medida indireta de controle social que sempre atua após a prática da conduta, podendo se apresentar sob a natureza de reparação ou retribuição (BOBBIO, 2007). Como já foi destacado, o conceito de sanção empregado nesta pesquisa não se identifica com o seu uso ordinário no meio jurídico, visto que também considera a imputação de uma vantagem como integrante desse conceito.

As sanções positivas e negativas são conceitos opostos, que podem se apresentar na condição de atribuição ou privação de uma consequência. Nesses termos, as sanções positivas podem atribuir um prêmio ao sujeito pela prática do ato conforme, mas também pode lhe imputar a privação de uma pena. Em outros termos, as sanções positivas podem ser atributivas ao conferir uma vantagem ou privativas ao impedir uma desvantagem; as sanções negativas, de forma distinta, podem atribuir uma desvantagem ou prevenir uma vantagem. Dessa forma, pode-se afirmar que, no sentido ora empregado, as sanções comportam retribuições e reparações. As primeiras representadas por prêmios e penas; as segundas, no que lhes concerne, são compostas pela imputação de obrigação de reparar ou pela concessão de indenização dos custos inerentes à prática do ato.

Como exemplo de sanções positivas atributivas, pode-se pensar sobre os já citados cadastros positivos de louváveis agentes econômicos, incentivos diferenciados para financiamentos públicos de juros reduzidos, bem como na concessão de indenização dos custos inerentes à prática do ato meritório pela operadora. No que tange às sanções positivas privativas, poder-se-ia pensar sobre a supressão do aspecto pedagógico das condenações em danos morais, todavia, esse exemplo não é admitido pela jurisprudência e doutrina nacional, malgrado se figure como interessante medida indireta apta a incentivar condutas meritórias.

As sanções negativas atributivas podem ser pensadas também no âmbito da saúde privada, tendo por exemplos corriqueiros as multas administrativas e a imputação de obrigação de reparar. Caso mais complexo, diante dos diversos julgados reformados e da necessidade de previsão legal expressa, é aquele dos *punitive damages*, assim como os das demais modalidades de pena civil. Em que pese a dificuldade de exemplificar as sanções negativas privativas na saúde suplementar, pode-se cogitar a suspensão de comercialização de planos de saúde, entendida como consequência por irregularidades contratuais, econômico-financeiras ou assistenciais nos termos do art. 9º, § 4º, da Lei nº. 9656/98 [Lei dos planos e seguros privados de assistência à saúde] (BRASIL, 1998), uma vez que este é um ato demeritório.

Disso se pode extrair que o vocábulo sanção, empregado nesta pesquisa, comporta tanto a reparação quanto a retribuição, seja em seu aspecto positivo, seja negativo. Reconhecer similitudes entre essas categorias permite aproximá-las enquanto espécies do gênero sanção, todavia, é ainda necessário desenvolver suas distinções. Certos estudos da dogmática cível vêm se debruçando sobre as diferenças entre essas modalidades de sanção, como ocorre na pesquisa sobre as funções da responsabilidade civil de Rosenvald (2017). Um objeto de estudo, diga-se de passagem, significativamente distante das preocupações da maioria dos autores da dogmática cível nacional, uma vez que essa distinção tem por serventia apenas demarcar os limites dos âmbitos penais e cíveis, o primeiro vinculado à retribuição com um castigo, enquanto o segundo à reparação de um dano.

Pode-se citar, a título de exemplo dessa posição de superior adesão em âmbito nacional, certas definições de responsabilidade civil, como: indagações sobre o dever de reparar os prejuízos suportados pela vítima, as condições para tanto, a maneira de sua estimação e reparação (GONÇALVES, 2016); aquela fundada em razões sociais e que ocorre perante o lesado, sendo imposta uma indenização (RIZZARDO, 2019); situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, oriunda do inadimplemento culposos, de imposição legal ou de risco produzido aos direitos de outrem (AZEVEDO, 2011); obrigação patrimonial de indenizar o dano patrimonial e compensar o dano moral causado à vítima pela inobservância de dever legal ou convencional por parte do autor da conduta lesiva (MELO, 2015); bem como aquela obrigação de reparar não meramente abstrata ou teórica, mas que tenciona deter efetividade (PEREIRA, 2016).

Outra definição de responsabilidade civil, dotada de certa similitude com a concepção de sanção desta pesquisa, é aquela segundo a qual a obrigação e a responsabilidade não se confundem, uma vez que a última é espécie de obrigação secundária indenizatória decorrente

do descumprimento de obrigação originária (CAVALIERI FILHO, 2019). Essas definições exclusivamente reparatórias da responsabilidade civil, apesar de ainda disseminadas no ensino jurídico nacional nos moldes de uma única acepção do termo, é criticada por compreensões mais abrangentes. Essas amplas compreensões da responsabilidade civil partem da admissão de sua multifuncionalidade; logo, a responsabilidade civil não se restringe à imposição de uma reparação.

Os institutos cíveis não detêm apenas a função reparatória, mas também outras de teor punitivo e precaucional, que se diferenciam pela maior ou menor possibilidade de prevenir a inefetividade dos direitos, ou, se preferir, de garantir a efetividade dos direitos. Pode-se cogitar, tendo como exemplo a situação de recusa de tratamento por operadora de planos de saúde, três situações, a saber, a imputação de uma reparação pela recusa, a imposição de uma pena em decorrência desse ato e a tutela inibitória com o fito de impedir a ocorrência da recusa, que comportariam as seguintes deduções, conforme se pode depreender da ideia a seguir apresentada por Rosenvald (2017, p. 33):

Ilustrativamente, uma simples condenação à reparação de um dano patrimonial ou dano moral, reflexamente desencadeia consequências inibitórias sobre o ofensor; este aspecto pedagógico é redobrado na função punitiva, pois a condenação recairá apenas diante de comportamentos demeritórios, servindo ainda de desestímulo aos potenciais ofensores; por fim, na função precaucional, a prevenção de comportamentos alcança o seu ponto extremo, já que o ordenamento intervém com anterioridade para dissuadir o exercício de um empreendimento potencialmente danoso.

Nessa ordem de ideias, o direito civil comporta retribuições e reparações, mas também outras medidas de controle social. Isso advém do fato de que nem toda reação das normas desse ramo ao descumprimento de um direito será uma reparação ou retribuição. A retribuição, apesar da admissibilidade de ser cogitada também no âmbito promocional nos termos expostos nesta pesquisa, é vinculada apenas ao aspecto negativo, sendo nominada de sanção punitiva. Nesses termos, diante da significativa utilidade da promoção, melhor seria falar sobre retribuição sancionatória em detrimento de sanção punitiva.

Essa retribuição detém o aspecto preventivo agravado em comparação à reparação, podendo ser representada nos termos de uma reação positiva ou negativa da ordem jurídica pela prática de certa conduta, concebida como meritória ou demeritória. Assim, os estudos da dogmática cível, sobre as sanções punitivas, permitiram o avançar da responsabilidade civil para além da mera reparação. Esse avanço, todavia, não é suficiente para concretizar a concepção kantiana de responsabilidade, uma vez que não referenda a promoção, senda esta a

razão para se empregar esse termo mais abrangente ou fecundo – retribuição sancionatória – da teoria geral do direito, diga-se, extraída da obra de Bobbio (2007). Por essas mesmas razões, opta-se pelo termo função retribucionista, em detrimento da função punitiva, uma vez que a terminologia abarca também o outro vértice da culpa ou, ao menos, é dotada de superior aspecto intuitivo para tanto, dado que as propostas que optam pela expressão função punitiva também admitem concessões de prêmios – como se observa em Rosendal (2017). Sem embargo à serventia do conceito e das espécies de medidas de controle social para viabilizar esse repensar da responsabilidade civil nas relações entre operadoras de planos de saúde e destinatários do serviço, essa classificação detém limites como qualquer espécie de abstração; logo, por vezes, os limites entre suas espécies podem não ser tão nítidos, mas permitem identificar certos exemplos para esse setor da dogmática cível.

A sistematização das medidas de controle social por Bobbio (2007) permite desenvolver terminologias hábeis a viabilizar esse pretensão sistema kantiano de repartição de riscos entre operadoras e destinatários dos serviços de saúde, especialmente ao explicitar um provável conteúdo para as sanções na dogmática cível. Apesar dessa utilidade, não se pode negar a plausibilidade de se deduzirem conclusões distintas para esse sistema, caso se opte, por exemplo, pela noção de direito de Bobbio em detrimento da de Kant. Não se deseja com isso afirmar uma supremacia das ideias kantianas nessa seara ou coisa similar, todavia, não se pode furtar de destacar certas distinções, ao se recorrer às noções abordadas por outros autores em relação ao modo como são compreendidas por Kant, assim, evita-se conferir trato idêntico para construções teóricas dotadas de traços próprios.

Diante do legado de praticamente cinco mil títulos, composto por livros e ensaios, deve-se explicitar que tal diferenciação, bem como o anterior recurso à definição de medidas de controle social, tem por fundamento os ensaios que compõem sua obra *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, de Bobbio (2007). Como já destacado, as deduções podem se distinguir pela magnitude conferida ao aspecto promocional e repressivo do direito nessas duas construções teóricas. Contudo, Kant (2013) destaca a essencialidade da repressão, dado que o direito, malgrado possa recorrer aos motivos interessados do arbítrio, diga-se, a inclinações e aversões, não é um mero engodo que atraia.

Bobbio (2007), por sua vez, defende possíveis vantagens do aspecto promocional do direito em comparação com aquele de teor repressivo. A primeira é representada na superior capacidade de conformar a conduta dos particulares por meio de encorajamentos, detendo por fundamento a distinção entre sociedade econômica – entendida como aquela regida pela alavanca da recompensa e composta por particulares – e política – aquela composta por

cidadãos e movida pela alavanca da pena. A segunda razão para essa predileção encontra-se na vantajada utilidade dos encorajamentos, visto que não tornam apenas condutas conformes atraentes, como também convertem as desconformes em repugnantes. A terceira e última razão, correlata à anterior, está na possibilidade de se poder extrair um sistema repressivo de um promocional, diante da vantajada utilidade do encorajamento.

Apesar da serventia das definições de medidas de controle social para instruir o conteúdo das possíveis técnicas de pressão nesta pesquisa, compreende-se que a concepção kantiana se adequa melhor às exigências da responsabilidade civil, em virtude de esse setor da dogmática cível já aplicar essencialmente sanções negativas, diga-se, obrigações de reparar. Apesar da obrigação de reparar, prevenir e retribuir em magnitude inferior às retribuições negativas, essa ainda será expressão de um ordenamento jurídico repressivo. Nessa ordem de ideias, a impossibilidade de o direito figurar como mero engodo corrobora a impossibilidade de se abdicar das sanções negativas, bem como da correspondente tipificação das condutas demeritórias na esfera da responsabilidade civil, notadamente pelos limites do Estado em promover de maneira atrativa os particulares de vantajada capacidade econômica. Isso não quer dizer que o Estado não detenha capacidade para tanto, mas tenciona destacar os significativos custos para que tal ação seja realizada, podendo esses limites ou custos, inclusive, serem mais intensos durante os momentos de crise.

Nesse momento de ampliada dependência da pessoa em relação a seus direitos formalmente constituídos e correlatos à sua inefetividade, não se pode desprezar todos os meios indiretos de se pressionar o cumprimento desses pelos particulares, não havendo de se defender apenas a utilidade do aspecto promocional, mas também a essencialidade da repressão. Nessa ordem de ideias, a instauração de uma segunda fase da modernidade, representada na sociedade de riscos, corroborou a proposição de um amplo conceito de responsabilidade civil, que não se limite ao intento de reparar o dano sofrido, mas que também recorra a outros fins para prevenir violações da ordem jurídica, como, por exemplo, a função punitiva (ROSENVALD, 2017). Pelas razões já desenvolvidas, opta-se pela retribuição em detrimento da punição, enquanto função da responsabilidade civil. A importância de se empregarem todos meios possíveis de controle social, dentre os quais se encontra a repressão, observa-se também na impossibilidade de realização da personalidade desvinculada da concretização da saúde. Os contratos de planos de saúde cumprem diferenciada função por envolverem a tutela da saúde, diga-se, um bem essencial à vida humana, e, por conseguinte, na própria realização da personalidade.

Nesses termos, um sistema de repartição de riscos entre contraentes, fundado na concepção kantiana de responsabilidade, detém indícios de aptidão para tutela de direitos, naqueles momentos democraticamente compreendidos como de agravada inefetividade. Esses indícios advêm da sua superior possibilidade de causar influxos na situação econômica dos agentes, não só pela reparação, mas também pelas retribuições positiva e negativa, portanto, podem ampliar a disparidade das consequências ofertadas aos sujeitos de conduta meritórias daquelas impostas aos sujeitos de práticas demeritórias, influenciando em questões concorrenciais.

As condutas adjetivadas, como além ou aquém da determinação legal, e que, idealmente, atrairiam sanções positivas e negativas, todavia, exigem consensos em espaços públicos para serem instruídas. Apesar de haver compreensões que defendam até mesmo a retribuição negativa na responsabilidade civil sem qualquer previsão legal específica, diga-se, imposições de uma espécie de desvantagem extraída de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, essas não parecem ideais, diante dos princípios da legalidade e taxatividade, que norteiam a repressão negativa na dogmática cível (ROSENVALD, 2017). Essa é uma das causas para ter como ponto de partida a necessidade de debate democrático para se sobrepor a autonomia pública à privada. Não há de se cogitar indevida restrição da liberdade em previsão legal dessa natureza, uma vez que a inseparabilidade da faculdade de obrigar, entenda-se, o recurso a coações, mas também a sanções negativas, é ínsita ao próprio fenômeno jurídico, não estando a responsabilidade civil apartada disso.

Essa inseparabilidade entre direito, coações e aversões – razão para não se optar por uma responsabilidade civil meramente promocional, ou, se preferir, uma concepção de responsabilidade fundada apenas em um engodo que atrai – também permite se repensar a situação das sanções positivas privativas. Essa modalidade de medida de controle social, além de promover sem avantajados custos para o Estado, também referenda o aspecto repressivo, uma vez que é deste dependente. Nessa ordem de ideias, privar as operadoras meritórias dos efeitos de uma punição é uma espécie de promoção dessa natureza, que pode ser exemplificada na já aludida e comentada privação do aspecto pedagógico, próprio da reparação por danos morais, restando o dever de compensar na extensão dos danos sofridos.

Na específica situação dos danos morais, o debate democrático há de instruir previsão legal específica para as retribuições, bem como para tipificar as condutas meritórias e demeritórias, não havendo necessidade de tratamentos específicos para a situação do débito, uma vez que já detém previsão legal na reparação desses danos. Pode-se, dessa forma, referendar que o debate democrático instruirá os conceitos de mérito e débito, malgrado essas definições já encontrem indícios de resposta na concepção kantiana de responsabilidade. Essa

definição metafísica de responsabilidade pode servir de conceito ideal para instruir um sistema específico para a responsabilidade no âmbito da saúde privada nacional.

As diversas vertentes da concepção kantiana de direito também detêm certa utilidade nesse debate, uma vez que, a depender dessa variação, pode-se compreender de maneiras distintas as formas de atuação do direito, bem como a definição de mérito. Em outros termos, o debate democrático pode optar por alguma das concepções de mérito apresentadas nas compreensões da teoria kantiana nesta pesquisa, bem como poderá elaborar um constructo próprio sobre o tema. Assim, a serventia dessas leituras da obra kantiana está na possibilidade de indicarem propostas legais sobre possíveis condutas meritórias.

As possíveis condutas, adjetivadas de meritórias, podem variar de acordo com a perspectiva de análise da teoria kantiana, podendo essas instruírem ou não as escolhas nos espaços públicos. A primeira dessas perspectivas de análise da teoria kantiana foi nominada de compressão liberal clássica para os fins desta pesquisa, na qual foi especialmente representada na interpretação de Kant por Kersting (1992). Caso se opte por um direito fundado nessa compreensão de Kant, esse será desprovido de um ordinário caráter interventivo, devendo o Estado abster-se de tais intervenções na economia, salvo na hipótese de previsão em lei formal destinada à manutenção do próprio estado civil. Como já desenvolvido na seção 3.3, a intervenção seria admitida apenas em situações emergenciais e por meio de lei formal, que tencionaria evitar o rompimento do estado civil (KERSTING, 1992).

Nessa ordem de ideias, pode-se cogitar que o aspecto promocional, representado na tipificação de condutas meritórias e subsequente premiação por tais condutas, não seria de ordinária aplicação ao representar espécie de intervenção do Estado na economia, especificamente em questões concorrenciais. É possível também se chegar à conclusão semelhante no que se refere ao aspecto repressivo, uma vez que quaisquer dessas retribuições, positivas ou negativas, são formas de pressionar a conduta dos particulares atuantes no mercado; em outros termos, essas sanções são formas indiretas de intervenção econômica do Estado.

Essa conclusão se extrai das possíveis formas de intervenção econômica do Estado. Dessa maneira, o Estado pode intervir de forma direta – atuando como um agente econômico principal ou semelhante ao agente privado – ou de forma indireta – limitando ou estimulando a atividade das empresas (MONCADA, 2012). Nesta última situação, atuação econômica indireta do Estado, destaca-se a atuação de regulação de condutas dos particulares para os fins desta pesquisa, podendo essa ser concretizada por incentivos, mas igualmente por

desincentivos, visto que incentivo e desincentivo são apenas dois ângulos de uma mesma atuação (SCHOUERI, 2005). Nessa ordem de ideias, o Estado, ao incentivar determinada conduta, acaba por desestimular outras, sendo essa a razão para se compreender que a limitação da noção de intervenção, nessa perspectiva de análise da concepção kantiana de direito, detenha validade para a regulação pelos aspectos promocional e repressivo do direito.

Nesses termos, a concepção kantiana de responsabilidade, fundada em uma interpretação liberal clássica, instruiria um sistema de repartição de riscos limitado ao aspecto de reparação, ou seja, ao cumprimento do débito, uma vez que o Estado não buscaria estimular ou desestimular condutas, mas apenas ofertar um controle externo da liberdade para coibir os atos injustos contra a liberdade dos demais. Essa é uma das soluções à disposição dos sujeitos legitimados a influir na construção de um sistema de repartição de riscos no âmbito da saúde privada nacional, todavia, não aparenta ser a melhor para momentos de grave inefetividade dos direitos. Pode-se cogitar de forma sintética que essa vertente de análise da responsabilidade das operadoras seria limitada à reparação dos danos sofridos; logo, aproxima-se do sistema de repartição de riscos defendido por Roppo (2009), uma vez que não intenta incentivar ou desestimular condutas, mas apenas garantir uma zona de liberdade necessária à prática das atividades econômicas.

Os atos de solidariedade podem ser correlatos à imputação judiciária de sanção positiva, desde que sejam concebidos como condutas meritórias. Caso se opte por compreensões da obra kantiana comprometidas com certo grau de bem-estar social, a dedução seria distinta, permitindo intervenções econômicas do Estado, seja de maneira direta, seja indiretamente. Longe de tencionar reproduzir seus termos, já bem desenvolvidos na seção 3.3, cuja discussão foi fundamentada nas leituras de Kaufman (1999) e Rosen (1993), resta ainda referendar sua diferenciada compreensão de mérito.

Nessa perspectiva de análise da obra kantiana, o Estado deteria também um dever de benevolência para com seus cidadãos, nos moldes de uma tutela de condições mínimas de vida – algo próximo do que se compreende por mínimo existencial na hodierna dogmática cível. Esse dever seria imposto sobre o Estado, enquanto os particulares somente contribuiriam por intermédio do custeio do próprio Estado e da abstenção de violar a liberdade dos demais. Nesses termos, a conduta dos particulares que também optassem por cumprir diretamente esse dever de benevolência poderia ser considerada meritória e, por conseguinte, atrair sanções positivas mediante a imputação judiciária. O Estado, então, interviria economicamente de forma indireta ao regular a prática de condutas humanas, por

meio da oferta de uma vantagem para aqueles que atuassem na concretização do dever de benevolência.

Nessa ordem de ideias, operadoras que instruísem ou investissem em atividades beneficentes haveriam de ser premiadas, uma vez que o cumprimento do dever de benevolência pelos particulares é uma conduta meritória. No mesmo sentido, poder-se-ia pensar sobre a concessão desse prêmio de forma direta para as entidades de autogestão em saúde privada, uma vez que abdicariam dos fins lucrativos, detendo por finalidade a concessão de serviços de saúde por custo módico. Pode-se compreender, portanto, que nessas duas hipóteses, investimentos por operadoras de planos de saúde em projetos sociais e autogestão em saúde suplementar, essas empresas seriam beneficiadas com sanções positivas, enquanto forma de incentivar essa prática meritória.

Poder-se-iam também cogitar investimentos redobrados na tutela dos direitos de seus consumidores ou, caso se prefira, uma diligência extraordinária, enquanto forma de conduta meritória, mas, caso seja aceita a concepção kantiana de responsabilidade em sua totalidade, haverá uma disparidade entre a magnitude dessas hipóteses. O grau da sanção positiva, idealmente, haveria de variar de acordo com o grau das barreiras naturais na prática do ato meritório, uma vez que esse grau é diretamente proporcional à magnitude da sanção positiva ofertada pela imputação judiciária, sendo necessário dialogar com a impossibilidade de regressividade e de efeito carona.

Nesses termos, a sanção ofertada para as entidades de autogestão em saúde privada possivelmente seria a de maior magnitude, uma vez que abdicam completamente de seus fins lucrativos. Em posição distinta, encontrar-se-iam as sanções conferidas pelos investimentos das demais operadoras de planos de saúde em projetos sociais, uma vez que, se analisados de acordo com sua capacidade econômica, dificilmente se chegará à condição limite das empresas de autogestão, qual seja, abdicar dos fins lucrativos para concretizar a conduta de benevolência. Tomando-se como invariável a barreira moral, a tutela dos interesses dos consumidores pelas próprias operadoras de planos de saúde, nos moldes de uma diligência extraordinária, deteria magnitude inferior à das situações anteriores em decorrência de superior exigência do dever para a prática do ato – barreira moral. Essas deduções, todavia, figuram como meras hipóteses dependentes de previsão legal expressa para sua sistematização, podendo inclusive ser adotadas parcialmente, negadas ou inovadas no âmbito do debate democrático, uma vez que a construção metafísica da responsabilidade kantiana é um ponto de partida para construções empíricas.

Ainda resta uma terceira compreensão da teoria, apresentada nesta pesquisa, que tem potencial de influir na imputação judiciária, uma vez que detém uma concepção de mérito própria. Em outros termos, essa última compreensão de mérito advém de uma leitura da obra kantiana a partir do aspecto social democrático, sendo produto do neokantismo alemão do século de XX e rediscutido por certos autores, como Dodson (2003). Nos termos dessa vertente, o dever de benevolência não seria de imposição exclusiva sobre o Estado, mas sobre todos os seus membros; logo, não haveria mérito em seu comprimento pelos particulares, mas mero adimplemento de um débito.

As condutas meritórias são aquelas que tencionam garantir a dignidade do trabalhador, ou seja, as condutas que não o reduzem a mero custo de produção. Nessa ordem de ideias, o mérito estaria na instrução de formas de propriedades coletivas, nas quais haveria a autogestão democrática do trabalho (DODSON, 2003). No âmbito da saúde suplementar nacional, a estrutura de maior similaridade a essa espécie de propriedade são as cooperativas de trabalho médico. Pode-se cogitar que um sistema fundado nessa leitura da concepção kantiana de responsabilidade buscaria incentivar essas formas de propriedade por intermédio da imposição de sanções positivas. Essas cooperativas, apesar do diferenciado trato conferido a determinados sujeitos, também recorrem à contratação empregatícia nos moldes de mero custo, sendo essa a razão da mera similaridade, e não uma adequação completa. A legislação que intermediasse essa espécie de premiação poderia impor distintos graus de premiação, a depender da variedade de categorias admitidas nessa forma digna de trabalho, detendo por fundamento a superação de barreiras naturais.

Todas essas alternativas distintas, de instrução da concepção kantiana de responsabilidade, aproximam-se, em certa medida, umas das outras, ao conceberem a necessidade de intermediação legal formal para a intervenção do Estado. Nesses termos, o debate democrático é um elemento constante nessas leituras; logo, as escolhas dos contornos e limites desse pretenso sistema de repartições de riscos devem advir de decisões desses sujeitos legitimados. Nesta pesquisa, apenas se podem cogitar algumas das diversas alternativas que estão à disposição desses sujeitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade civil, enquanto ramo da dogmática cível afeito ao descumprimento de direitos, detém significativa relevância em uma sociedade fundada no risco ou, pelo menos, deveria deter em abstrato. A significativa reincidência de condutas ilícitas e proliferação de danos promoveu propostas teóricas sobre a inefetividade dos direitos, colocando em voga a capacidade da responsabilidade civil de responder às exigências desse novo contexto social.

Esse contexto de inefetividade dos direitos pode ser exemplificado na saúde privada nacional com destaque para as relações entre operadoras de planos privados de saúde e destinatários dos serviços de saúde. Tal contexto viabilizou a instrução do problema desta pesquisa, que exige ser retomada neste momento, segundo a qual: Como a promoção e a repressão, aplicadas mediante a responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, podem ser meios hábeis para se estimular a efetividade dos direitos no mercado nacional de planos privados de saúde?

A hipótese fundamental para tal questionamento foi a de que a promoção e a repressão, a partir da aplicação da concepção kantiana de responsabilidade, poderiam intensificar o alcance dos efeitos da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, estimulando o cumprimento de direitos, assim como desencorajando a violação intencional desses direitos. Nessa ordem de ideias, a concepção de responsabilidade foi empregada como método desta pesquisa, uma vez que detém o potencial de intensificar os efeitos gerais da responsabilidade civil.

Em conformidade com o primeiro objetivo específico deste trabalho, a pesquisa conclui que, a partir da compreensão do contexto social hodierno pelo prisma do risco, a efetividade do direito de acesso à saúde encontrará certos obstáculos, seja em decorrência da despreocupação com os custos para conquista, manutenção e efetivação de tal direito, seja em virtude da proliferação de novas formas de dano, atraindo a atenção para propostas no âmbito da responsabilidade civil. Pode-se cogitar, inclusive, a forte correlação entre a inefetividade do direito de acesso à saúde e formas de compreensão do atual contexto social, mais especificamente: a) a condição distinta dos riscos da modernidade tardia; b) o intensificar do processo de globalização econômica; bem como c) o intensificar do processo de individualização, sendo essas duas últimas correlações, por vezes, negligenciadas pela análise da responsabilidade civil na sociedade de riscos. Os efeitos da globalização econômica e a

concorrência entre ordens jurídicas podem ser pensados como limites de ampla concretização da proposta desta pesquisa, devendo ser analisados no debate em espaços públicos.

Em outros termos, surgem novas formas de riscos, bem como se intensifica a dependência da pessoa do ordenamento, do mercado e da educação, corroborando as propostas que tencionam repensar a responsabilidade civil no contexto da modernidade tardia. Cumpre destacar que tal conclusão se refere à hipótese de cláusulas limitativas de tratamentos nos contratos com planos de saúde, visto que, mesmo com previsibilidade jurisprudencial de tal entendimento e, por vezes, o mesmo argumento conferir trato de menor severidade para os prestadores de serviços de saúde, as operadoras não abdicam de reincidir em tal prática, como se verificou nos julgados veiculados na presente pesquisa.

A segunda conclusão desta pesquisa, correlata ao objetivo de descrever e exemplificar certos aspectos da responsabilidade civil das operadoras de planos de saúde aptos a viabilizar a compreensão da concepção kantiana de responsabilidade na hodierna dogmática cível, destaca as distinções nos sistemas de responsabilização das operadoras de planos de saúde, especialmente na imposição de reparação e de retribuição. No que se refere às hipóteses de retribuição, entenda-se, retribuições positivas e negativas, deve-se destacar significativa adesão à proposta de inexistência de tal hipótese, uma vez que o dano é elemento essencial da responsabilidade civil para maior parcela da doutrina nacional.

Nessa mesma oportunidade, verificou-se que retribuições exigem um conjunto de garantias para sua implementação, dentre as quais se podem destacar a pessoalidade, a intransmissibilidade, a taxatividade, a indisponibilidade, a excepcionalidade e a intermediação legislativa específica sobre os fatos e suas consequências jurídicas, ainda que existam compreensões distintas. Por sua vez, o terceiro objetivo específico desta pesquisa permitiu concluir pela admissibilidade de propostas que tencionem repensar categorias jurídicas, enquanto atuação intrínseca da pesquisa científica. Nessa ordem de ideias, aparenta-se viável repensar os efeitos gerais da responsabilidade civil por danos morais, tendo por esteio a concepção kantiana de responsabilidade.

A quarta conclusão desta pesquisa, oriunda da verificação sobre a possibilidade de outras sistemáticas para responsabilização civil, infere a admissibilidade de diversos sistemas de repartição de riscos entre os contraentes, que variam de acordo com a severidade de suas consequências jurídicas, bem como sobre quem serão impostas tais consequências. Dessa forma, torna-se plausível cogitar um distinto sistema para a responsabilidade civil, não havendo um único sistema de responsabilidade civil na história da dogmática cível. Nesse

momento, também se verificou que o recurso à mera reparação tem intento de conferir estabilidade para as atividades econômicas.

O quinto objetivo desta pesquisa tencionou desenvolver as noções kantianas de mérito, débito e demérito com suas respectivas consequências, sendo versadas nos terceiro e quarto capítulos desta dissertação. Pode-se concluir pela variação da noção de mérito e de demérito de acordo com a vertente de compreensão da própria teoria kantiana. Nessa ordem de ideias, atos de beneficência podem ser considerados meritórios sob uma perspectiva de compreensão da teoria kantiana, nominada de vertente de bem-estar social para os fins desta pesquisa. Em termos distintos, o mérito pode estar em formas de propriedade próximas ao cooperativismo laboral, uma vez que não reduzem o empregado a mero custo de produção, sendo essa definição de mérito pensada sob uma vertente socialista da teoria kantiana.

As demais compreensões apresentadas nesta pesquisa tencionam para uma atuação não tão interventiva do Estado, não chegando a intervir para promoção do mérito, uma vez que tais intervenções seriam excepcionais, ou seja, cabíveis para a manutenção do próprio estado civil. Observou-se nessas compreensões uma corriqueira exigência à intermediação legislativa para se instruir a intervenção do Estado na autonomia privada. Ainda nessa oportunidade, também se verificaram as distinções entre direito e moral, concluindo pela aplicabilidade de incentivos e desincentivos no âmbito jurídico, uma vez que tal aspecto pode instruir o móbil da ação. Em todo caso, existem limites para o recurso à promoção, uma vez que o direito não é mero engodo.

A sexta conclusão desta pesquisa partiu da análise das diferenças e semelhanças entre a concepção kantiana de responsabilidade e aquela da hodierna dogmática cível. A ausência de certos elementos, especialmente dos danos e do nexos de causalidade, permitiu compreender a concepção kantiana de responsabilidade como um conceito amplo que inclui meios de retribuição e de reparação. A sétima conclusão desta pesquisa, no que lhe concerne, propôs certos aspectos para uma pretensa construção democrática, dentre os quais se podem destacar a condição econômica do ofensor, o grau de vulnerabilidade da vítima e o grau de vinculação da obrigação moral ou, caso se prefira, interesse do agente. Essas variáveis devem ser aplicadas para instrução de consequências jurídicas distintas para os sujeitos nas hipóteses de retribuições positiva e negativa, jamais influenciando no aspecto do débito, dado que não há consequência para tal situação.

Com esteio nos resultados retratados acima, foi possível enfrentar o objetivo principal da pesquisa, qual seja: analisar o conteúdo das funções repressiva e promocional, notadamente as sanções extraídas do art. 944, parágrafo único, do CC/02, por intermédio da

concepção kantiana de responsabilidade para o estímulo ao cumprimento de direitos pelas prestadoras de serviços privados de acesso à saúde. Em tal análise, verificou-se a plausibilidade de a concepção kantiana de responsabilidade instruir a quantificação dos danos morais, especificamente em seu aspecto pedagógico, tendo tal viabilidade apenas para propostas que admitem tal critério na quantificação dos danos morais.

Esse sistema, todavia, não viabiliza a promoção de condutas meritórias nos termos desenvolvidos neste trabalho, limitando-se a reduzir o *quantum* da indenização para hipótese de culpa leve do ofensor; logo, seria necessária intermediação legislativa para o amplo sistema de incentivos e desincentivos proposto nesta pesquisa. Nessa ordem de ideias, resta corroborada a hipótese desta pesquisa, uma vez que a aplicação da concepção kantiana de responsabilidade permitiria instaurar um sistema com maior alcance de seus efeitos na medida em que conjuga meios positivos e negativos de reparação e retribuição.

A pretensão de retribuição, todavia, haveria de ser produto de intermediação legislativa específica com destaque de fatos e consequências jurídicas para atos meritórios e demeritórios. O recurso a técnicas legislativas de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados tem potencial no âmbito da reparação, mas, no da retribuição, seria demasiadamente inseguro e funcionalmente contraditório tal recurso ou, pelos menos, assim o é compreendido nos termos desta pesquisa. Resta destacar que essas conclusões não exaurem a temática, uma vez que há, inclusive, propostas de aplicação de penas civis por intermédio de técnicas legislativas de maior liberdade interpretativa.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Haroldo. **Para além dos direitos**: cidadania e hegemonia no mundo moderno. Rio de Janeiro: UFRJ, 2008.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Direito e medicina**: aspectos jurídicos da Medicina. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 133-180.
- ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Sistemas normativos**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 2012.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista Mestrado em Direito (UniFIEO)**, Osasco, ano 8, n. 2, p. 79-101, jul./dez. 2008.
- AZEVEDO, Aluizio. **O Coruja**. 8. Ed. Obras Completas de Aluizio Azevedo. Livraria Martins Editora, 1954.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009 [1939].
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 11. ed. 2008. (Curso de direito civil).
- _____. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2011. (Curso de direito civil).
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2 ed. Ampl., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento; inclui uma entrevista inédita com o autor. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- _____. Diálogo com Ulrich Beck. [Entrevista cedida a] Arthur Bueno, realizada em 2010, em inglês, por ocasião do lançamento da primeira edição de *Sociedade de risco* no Brasil. Tradução de Bruno Simões. *In*: BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento; inclui uma entrevista inédita com o autor. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 361-376.
- _____. **A metamorfose do mundo**: Novos conceitos para uma nova realidade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Revisão técnica de Maria Claudia Coelho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, c2018.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Edição histórica. 3. tir. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. v. I.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de C. N. Coutinho e apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Da estrutura à função:** novos estudos de teoria do direito. Tradução de Daniela Beccaria Versiani; revisão técnica de Orlando Seixas Bechara e Renata Nagamine. Barueri, SP: Manole, 2007.

BOTTESINI, Maury Ângelo. Contratos de planos e seguros privados de assistência à saúde – Princípio básicos da atividade – Suporte jurídico-legal e constitucional. *In*: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde:** aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil.** 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Lei nº. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União:** seção 1, Rio de Janeiro, RJ, p. 14738, 5 jan. 1916.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 5 out. 1988.

_____. Lei nº. 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 6285, 30 mar. 1990a.

_____. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, suplemento, p. 1, 12 set. 1990b.

_____. Lei nº. 9.656/98, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. **Diário Oficial da União:** seção 1, Brasília, DF, p. 1, 4 jun. 1998.

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) nº 28, de 26 de junho 2000. Altera a RDC nº 4, de 18 de fevereiro de 2000, e institui a Nota Técnica de Registro de Produto. **Diário Oficial da União,** Brasília, DF, 28 jun. 2000. Disponível em:

<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=Mzg3>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Lei nº. 10.406/02, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil:** Brasília, DF, 11 jan. 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). Súmula nº. 281. A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa. **Diário da Justiça,** Brasília, p. 200, 13 maio 2004. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula281.pdf. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 258389/SP (2000/0044523-1). Civil. Indenização. Morte. Culpa. Médicos. Afastamento. Condenação. Hospital. Responsabilidade. Objetiva. Impossibilidade. 1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.). 2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do

acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente. 3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa). 4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. Recorrente: Hospital Maternidade Jundai S/A. Recorrido: Clóvis Reis De Bastos e cônjuge. Relator: Min. Fernando Gonçalves, 16 de junho de 2005. Diário da Justiça, Brasília, 22 ago. 2005a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200000445231&dt_publicacao=22/08/2005. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 191. In: **Jornada de Direito Civil**. Organização do Ministro Ruy Rosado Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2005b. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil-1.pdf>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Informativo nº 0279 Período: 27 a 31 de março de 2006. QUARTA TURMA DANOS MORAIS E MATERIAIS. DESPESAS MÉDICAS. RECUSA. PAGAMENTO. SEGURADORA. REsp 714.947-RS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 28/3/2006. Brasília: STJ, 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270279%27>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 274. In: **IV Jornada de Direito Civil**. Organização do Ministro Ruy Rosado Aguiar Jr. Brasília: CJF, 2007a. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 668216/SP (2004/0099909-0). Seguro saúde. Cobertura. Câncer de pulmão. Tratamento com quimioterapia. Cláusula abusiva. 1. O plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença. A abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, em razão de cláusula limitativa, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno disponível no momento em que instalada a doença coberta. 2. Recurso especial conhecido e provido. Recorrente: Anselmo Vessoni - Espólio. Recorrido: Itaú Seguros S/A. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 15 de março de 2007. Diário da Justiça, Brasília, 2 abr. 2007b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200400999090&dt_publicacao=02/04/2007. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Informativo nº 0348 Período: 10 a 14 de março de 2008. TERCEIRA TURMA PLANO DE SAÚDE. STENT. DANO MORAL. MAJORAÇÃO. REsp 986.947-RN, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 11/3/2008. Brasília: STJ, 2008a. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270348%27>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Informativo nº 0371 Período: 6 a 10 de outubro de 2008. TERCEIRA TURMA DANOS MARAIS. PLANO. SAÚDE. RECUSA. COBERTURA. REsp 907.718-ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7/10/2008. Brasília: STJ, 2008b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270371%27>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). Recurso Especial 908359/SC (2006/0256989-8). Recurso Especial. Ação de indenização. Responsabilidade Civil. Erro médico. Negligência. Indenização. Recurso Especial. 1. A doutrina tem afirmado que a responsabilidade médica empresarial, no caso de hospitais, é objetiva, indicando o parágrafo primeiro do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor como a norma sustentadora de tal entendimento. Contudo, a responsabilidade do hospital somente tem espaço quando o dano decorrer de falha de serviços cuja atribuição é afeta única e exclusivamente ao hospital. Nas hipóteses de dano decorrente de falha técnica restrita ao profissional médico, mormente quando este não tem nenhum vínculo com o hospital – seja de emprego ou de mera preposição –, não cabe atribuir ao nosocômio a obrigação de indenizar. 2. Na hipótese de prestação de serviços médicos, o ajuste contratual – vínculo estabelecido entre médico e paciente – refere-se ao emprego da melhor técnica e diligência entre as possibilidades de que dispõe o profissional, no seu meio de atuação, para auxiliar o paciente. Portanto, não pode o médico assumir compromisso com um resultado específico, fato que leva ao entendimento de que, se ocorrer dano ao paciente, deve-se averiguar se houve culpa do profissional – teoria da responsabilidade subjetiva. No entanto, se, na ocorrência de dano impõe-se ao hospital que responda objetivamente pelos erros cometidos pelo médico, estar-se-á aceitando que o contrato firmado seja de resultado, pois se o médico não garante o resultado, o hospital garantirá. Isso leva ao seguinte absurdo: na hipótese de intervenção cirúrgica, ou o paciente sai curado ou será indenizado – daí um contrato de resultado firmado às avessas da legislação. 3. O cadastro que os hospitais normalmente mantêm de médicos que utilizam suas instalações para a realização de cirurgias não é suficiente para caracterizar relação de subordinação entre médico e hospital. Na verdade, tal procedimento representa um mínimo de organização empresarial. 4. Recurso especial do Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. provido. Recorrente: Hospital e Maternidade São Lourenço LTDA. Recorrido: Maria de Lourdes Amândio Machado. Relator: Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio De Noronha, 27 de agosto de 2008. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 dez. 2008c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602569898&dt_publicacao=17/12/2008. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Informativo nº 0393 Período: 4 a 8 de maio de 2009. QUARTA TURMA INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. MEDICAMENTO. REsp 801.181-MA, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 5/5/2009. Brasília: STJ, 2009a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270393%27>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Informativo nº 0401 Período: 29 de junho a 7 de agosto de 2009. TERCEIRA TURMA PLANO. SAÚDE. DANO MORAL. AgRg nos EDcl no REsp 1.096.560-SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 6/8/2009. Brasília: STJ, 2009b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270401%27>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Informativo nº 0411 Período: 12 a 16 de outubro de 2009. TERCEIRA TURMA PLANO. SAÚDE. COBERTURA. GASTROPLASTIA REDUTORA. REsp 1.106.789-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15/10/2009. Brasília: STJ, 2009c. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270411%27>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Informativo nº 0414 Período: 2 a 6 de novembro de 2009. TERCEIRA TURMA DANO MORAL. CIRURGIA BARIÁTRICA. REsp 1.054.856-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 5/11/2009. Brasília: STJ, 2009d. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270414%27>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência. Informativo nº 0424 Período: 22 a 26 de fevereiro de 2010. Terceira Turma. Dano Moral. Vítima. Tenra Idade. REsp 1.037.759-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 23/2/2010. Brasília: STJ, 2010a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270424%27>. Acesso: 30.05.2020

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1037759/RJ (2008/0051031-5). Direito Civil e Consumidor. Recusa de clínica conveniada a plano de saúde em realizar exames radiológicos. Dano Moral. Existência. Vítima menor. Irrelevância. Ofensa a direito da personalidade. - A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele. Precedentes - As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integridade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02. - Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microssistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. - Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia. - Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança. Recurso especial provido. Recorrente: L C T A de S. Representada por: Claudia Eleonora Torres Affonso. Recorrido: Geap Autogestão em Saúde; Clínica Radiológica Dr Lauro Coutinho LTDA. Relator: Min. Nancy Andrighi, 23 de fevereiro de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 5 mar. 2010b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=200800510315&dt_publicacao=05/03/2010. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Informativo nº 0439 Período: 14 a 18 de junho de 2010. QUARTA TURMA PLANO. SAÚDE. QUEBRA. CARÊNCIA. REsp 1.067.719-CE, Rel. Min. Honildo Amaral

de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ-AP), julgado em 17/6/2010. Brasília: STJ, 2010c. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270439%27>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Resolução Normativa - RN nº 227, de 19 de agosto de 2010. Dispõe sobre a constituição, vinculação e custódia dos ativos garantidores das Provisões Técnicas, especialmente da Provisão de Eventos / Sinistros a Liquidar e altera a Resolução Normativa nº 209, de 22 de dezembro de 2009. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 ago. 2010d. Disponível em:
<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTU5>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Recurso Especial 440502/SP (2002/0069996-6). Processual Civil. Recurso Especial. Ação Civil Pública. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Alínea “c” do permissivo constitucional. Não-demonstração da divergência. Direito a creche e a pré-escola de crianças até seis anos de idade. Estatuto da criança e do adolescente ? ECA. Legitimidade ativa do Ministério Público. Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Lesão consubstanciada na oferta insuficiente de vagas. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. Na ordem jurídica brasileira, a educação não é uma garantia qualquer que esteja em pé de igualdade com outros direitos individuais ou sociais. Ao contrário, trata-se de absoluta prioridade, nos termos do art. 227 da Constituição de 1988. A violação do direito à educação de crianças e adolescentes mostra-se, em nosso sistema, tão grave e inadmissível como negar-lhes a vida e a saúde. 3. O Ministério Público é órgão responsável pela tutela dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos relativos à infância e à adolescência, na forma do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente ? ECA. 4. Cabe ao Parquet ajuizar Ação Civil Pública com a finalidade de garantir o direito a creche e a pré-escola de crianças até seis anos de idade, conforme dispõe o art. 208 do ECA. 5. A Administração Pública deve propiciar o acesso e a frequência em creche e pré-escola, assegurando que esse serviço seja prestado, com qualidade, por rede própria. 6. De acordo com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CF), garantia básica do Estado Democrático de Direito, a oferta insuficiente de vagas em creches para crianças de zero a seis anos faz surgir o direito de ação para todos aqueles que se encontrem nessas condições, diretamente ou por meio de sujeitos intermediários, como o Ministério Público e entidades da sociedade civil organizada. 7. No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública. 8. Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta prioridade, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição ou pela lei. 9. Se é certo que ao Judiciário recusa-se a possibilidade de substituir-se à Administração Pública, o que contaminaria ou derrubaria a separação mínima das funções do Estado moderno, também não é menos correto que, na nossa ordem jurídica, compete ao juiz interpretar e aplicar a delimitação constitucional e legal dos poderes e deveres do Administrador, exigindo, de um lado, cumprimento integral e tempestivo dos deveres vinculados e, quanto à esfera da chamada competência discricionária, respeito ao due process e às garantias formais dos atos e procedimentos que pratica. 10. Recurso Especial não provido. Recorrente: Município de

Santo André. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Min. Herman Benjamin, 15 de dezembro de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 set. 2010e. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200200699966&dt_publicacao=24/09/2010. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Informativo nº 0458 Período: 29 de novembro a 3 de dezembro de 2010. QUARTA TURMA DANOS MORAIS. CONTRATO. PRESTAÇÃO. SERVIÇOS MÉDICOS. REsp 907.655-ES, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 2/12/2010. Brasília: STJ, 2010f. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270458%27>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). Súmula 469. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. (Súmula 469, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 06/12/2010). Julgado em 24/11/2010. DJe, Brasília, 6 dez. 2010g. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27469%27\).sub.#TIT1TEMA0](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27469%27).sub.#TIT1TEMA0). Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Informativo nº 0473 Período: 16 a 20 de maio de 2011. TERCEIRA TURMA DANO MORAL. RECUSA INJUSTA. PLANO. SAÚDE. REsp 1.190.880-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/5/2011. Brasília: STJ, 2011a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270473%27>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Informativo nº 0474 Período: 23 a 27 de maio de 2011. QUARTA TURMA DANO MORAL. PLANO. SAÚDE. COBERTURA PARCIAL. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. REsp 1.244.781-RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 24/5/2011. Brasília: STJ, 2011b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270474%27>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1152541/RS (2009/0157076-0). Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Dano Moral. Inscrição indevida em cadastro restritivo de crédito. Quantum indenizatório. Divergência jurisprudencial. Critérios de arbitramento equitativo pelo juiz. Método bifásico. Valorização do interesse jurídico lesado e das circunstâncias do caso. 1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo devedor por ausência de notificação prévia antes de sua inclusão em cadastro restritivo de crédito (SPC). 2. Indenização arbitrada pelo tribunal de origem em R\$ 300,00 (trezentos reais). 3. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Seção do STJ. 4. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento. 5. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. 6. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz. 7. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002. 8. Arbitramento do valor definitivo da indenização, no caso concreto, no montante aproximado de vinte salários mínimos no dia da sessão de julgamento, com atualização monetária a partir

dessa data (Súmula 362/STJ). 9. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 10. Recurso Especial provido. Recorrente: Maria Cecília de Castro Baraldo. Recorrido: Câmara de Dirigentes Lojistas de Porto Alegre. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 13 de setembro de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 set. 2011c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901570760&dt_publicacao=21/09/2011. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1121067/PR (2009/0018858-4). Recurso Especial - Plano de saúde de autogestão - Norma ou resolução restritiva de cobertura ou ressarcimento de eventos - Possibilidade e não-abusividade - Recurso especial provido. I - Os planos de autogestão, em geral, são administrados paritariamente e no seu conselho deliberativo ou de administração há representantes do órgão ou empresa instituidora e dos associados ou usuários. O objetivo desses planos fechados é baratear o custo, tendo em vista que não visam o lucro e evitam despesas da intermediação. II - Nos planos de saúde fechados, a mensalidade dos associados é um percentual da remuneração, criando um sistema solidário entre os participantes, pois, quem tem maior salário, contribui com mais para o todo, e o custo adicional por dependentes é menor, sendo que em algumas caixas de assistência não há cobrança adicional por dependente. III - A questão ultrapassa a aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor. Nos planos de autogestão, os regulamentos e normas restritivas que buscam a proteção do equilíbrio atuarial e mensalidades de custo menor, não podem ser vistas como cláusulas contratuais abusivas. A relação jurídica desses planos tem peculiaridades, seja na sua constituição, administração, obtenção de receitas e forma de associar-se, completamente diferentes dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam o lucro. A Lei dos planos de saúde dá tratamento diferenciado a essa modalidade (Lei 9.656/98 - art. 10, § 3º). IV - O tratamento legal a ser dado na relação jurídica entre os associados e os planos de saúde de autogestão, os chamados planos fechados, não pode ser o mesmo dos planos comuns, sob pena de se criar prejuízos e desequilíbrios que, se não inviabilizarem a instituição, acabarão elevando o ônus dos demais associados, desrespeitando normas e regulamentos que eles próprios criaram para que o plano desse certo. Os associados que seguem e respeitam as normas do plano, arcarão com o prejuízo, pois a fonte de receita é a contribuição dos associados acrescida da patronal ou da instituidora. V - Portanto, as restrições de cobertura ou de ressarcimento a eventos nos planos de autogestão não violam princípios do Código de Defesa do Consumidor. VI - Recurso especial provido. Recorrente: Caixa de Assistência Aposentadoria e Pensões dos Servidores Municipais de Londrina - CAAPSM. Recorrido: João Batista Ferreira De Pinho e outro. Relator: Min. Massami Uyeda, 21 de junho de 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 3 fev. 2012a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200900188584&dt_publicacao=03/02/2012. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Informativo de Jurisprudência. Informativo nº 0491 Período: 13 a 24 de fevereiro de 2012. QUARTA TURMA CONTRATO. PLANO. SAÚDE. CLÁUSULA ABUSIVA. REsp 735.750-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 14/2/2012. Brasília: STJ, 2012b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270491%27>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Informativo nº 0494 Período: 26 de março a 3 de abril de 2012. QUARTA TURMA RESPONSABILIDADE. PLANO DE SAÚDE. PRESTAÇÃO. SERVIÇO. REsp 866.371-RS, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 27/3/2012. Brasília: STJ, 2012c. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270494%27>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1291576/RS (2011/0059200-2). Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Ação de compensação por dano moral. Responsabilidade Civil. Exame clínico. HIV. Embargos de declaração. Omissão, contradição ou obscuridade. Não ocorrência. Fundamento do acórdão não impugnado. Súmula 283/STF. 1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado - quando suficiente para a manutenção de suas conclusões - impede a apreciação do recurso especial. 3. Reconhece-se a responsabilidade do hospital que emite exame com laudo positivo de HIV, repetido e confirmado, ainda que com a ressalva de que poderia ser necessário exame complementar. Precedentes. 4. Defeito no fornecimento do serviço, com exame repetido e confirmado, causa sofrimento a paciente, enquanto que o laboratório assumiu obrigação de realizar exame com resultado veraz, o que não aconteceu, pois o realizado depois em outro laboratório foi negativo. 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. Recorrente: Ângela de Oliveira. Recorrido: Hospital São Lucas da Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Nancy Andrighi, 28 de fevereiro de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 jun. 2012d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100592002&dt_publicacao=28/06/2012. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 866371/RS (2006/0063448-5). Recurso Especial. Processual Civil. Consumidor. Civil. Responsabilidade solidária das operadoras de plano de saúde. Erro Médico. Defeito na prestação do serviço. Dano moral reconhecido. Valor da indenização. Majoração. Recurso provido. 1. Se o contrato for fundado na livre escolha pelo beneficiário/segurado de médicos e hospitais com reembolso das despesas no limite da apólice, conforme ocorre, em regra, nos chamados seguros-saúde, não se poderá falar em responsabilidade da seguradora pela má prestação do serviço, na medida em que a eleição dos médicos ou hospitais aqui é feita pelo próprio paciente ou por pessoa de sua confiança, sem indicação de profissionais credenciados ou diretamente vinculados à referida seguradora. A responsabilidade será direta do médico e/ou hospital, se for o caso. 2. Se o contrato é fundado na prestação de serviços médicos e hospitalares próprios e/ou credenciados, no qual a operadora de plano de saúde mantém hospitais e emprega médicos ou indica um rol de conveniados, não há como afastar sua responsabilidade solidária pela má prestação do serviço. 3. A operadora do plano de saúde, na condição de fornecedora de serviço, responde perante o consumidor pelos defeitos em sua prestação, seja quando os fornece por meio de hospital próprio e médicos contratados ou por meio de médicos e hospitais credenciados, nos termos dos arts. 2º, 3º, 14 e 34 do Código de Defesa do Consumidor, art. 1.521, III, do Código Civil de 1916 e art. 932, III, do Código Civil de 2002. Essa responsabilidade é objetiva e solidária em relação ao consumidor, mas, na relação interna, respondem o hospital, o médico e a operadora do plano de saúde nos limites da sua culpa. 4. Tendo em vista as peculiaridades do caso, entende-se devida a alteração do montante indenizatório, com a devida incidência de correção monetária e juros moratórios. 5. Recurso especial provido. Recorrente: Carmem Lúcia Pinto Santana. Recorrido: Marilene Marli Raggio Sbroglgio e Unimed Porto Alegre Sociedade Cooperativa De Trabalho Médico LTDA. Relator: Min. Raul Araújo, 27 de março de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 ago. 2012e. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200600634485&dt_publicacao=20/08/2012. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Informativo nº 0526 Período: 25 de setembro de 2013. TERCEIRA TURMA DIREITO CIVIL. DANO MORAL DECORRENTE DA INJUSTA RECUSA DE COBERTURA POR PLANO DE SAÚDE DAS DESPESAS RELATIVAS À IMPLANTAÇÃO DE "STENT". REsp 1.364.775-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/6/2013. Brasília: STJ, 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=@cod=%270526%27>. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial 1385734/RS (2013/0154412-0). Processual civil e civil. Agravo regimental. Responsabilidade civil de médico e de hospital. Violação ao art. 535 do CPC não verificada. Inovação da causa de pedir. Súmula 7/STJ. 1. Não se viabiliza o recurso especial pela indicada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, pois, embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente. 2. O fato de a parte haver pleiteado a inversão do ônus da prova não é suficiente para afastar o argumento do acórdão recorrido de que houve inovação na causa de pedir. 3. A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Não se pode excluir a culpa do médico e responsabilizar objetivamente o hospital. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no art. 14 do CDC, no caso o hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos e serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes. 4. “O hospital responde objetivamente pela infecção hospitalar, pois esta decorre do fato da internação e não da atividade médica em si” (REsp 629.212/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 17/09/2007, p. 285). 5. A responsabilidade objetiva prescinde de culpa (parágrafo único do art. 927 do Código Civil). No entanto, é necessária a ocorrência dos demais elementos da responsabilidade subjetiva, o que não ocorreu no caso dos autos. 6. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (Súmula 7/STJ). 7. Agravo regimental não provido. Recorrente: Alai Mariza Ornelas Vaz. Recorrido: Leo Francisco Limberger e Hospital Parque Belém. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 26 de agosto de 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 1 set. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201301544120&dt_publicacao=01/09/2014. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, p. 1, 17 mar. 2015a.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 647110/CE (2014/0344051-7). Agravo Regimental. Agravo Em Recurso Especial. Responsabilidade Civil. Erro médico. Conduta imputável aos enfermeiros e ao médico cirurgião. Culpa de profissional liberal. Responsabilidade subjetiva do hospital. Violação do art. 14, caput, do CDC. Não ocorrência. Decisão recorrida em consonância com a orientação jurisprudencial do STJ. Súmula n. 83 do STJ. 1. A responsabilidade da instituição médica, no que tange à atuação atuação (*sic*) técnico-profissional (erro médico) de seu preposto é subjetiva, dependendo, portanto, da aferição da culpa pelos danos causados. 2. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula n. 83/STJ) 3. Agravo regimental desprovido. Recorrente: Francisca Iolanda Gama Teixeira. Recorrido: Hospital Antônio Prudente LTDA. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 26 de maio de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**,

Brasília, 29 maio 2015b. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403440517&dt_publicacao=29/05/2015. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 628634/RJ (2014/0316742-0). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Indenização por dano moral. Hospital. Erro médico. Responsabilidade subjetiva. Culpa configurada. Reexame da matéria fático-probatória. Impossibilidade. Súmula n. 7/STJ. Agravo Improvido. 1. A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos que neles trabalham ou são ligados por convênio, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa. Por tal razão, a análise da questão esbarra no reexame da matéria fático-probatória, proceder vedado em recurso especial ante a incidência da Súmula n. 7 do STJ. 2. Agravo regimental improvido. Recorrente: HOSPITAL SANTA MARIA MADALENA LTDA. Recorrido: M V M B (menor). Repr. por: L M DA S. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 01 de setembro de 2015. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 set. 2015c. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201403167420&dt_publicacao=15/09/2015. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (12. Câmara Cível). Agravo 70068123066. Agravo Interno. Apelação cível. Transporte. Transporte de pessoas. Ação condenatória por danos morais. Cancelamento imotivado de voo. Colocação dos autores em rota alternativa de voo, mais extensa do que aquela inicialmente aprazada. Excludente do dever de indenizar. Mau tempo. Danos morais. "quantum". 1- Não se qualifica como causa excludente de responsabilidade do transportadora a mera ocorrência de mau tempo, na hipótese em que não restar demonstrada, nos autos, a configuração de circunstâncias climáticas que, por sua absoluta excepcionalidade, de fato inviabilize o desempenho da atividade de transporte de passageiros. Mero fortuito interno, no caso concreto, que, por ser inerente à atividade em si, não pode elidir a responsabilidade do transportador, não obstando o êxito do pedido autoral. 2- Desbordam da esfera do simples dissabor cotidiano os fatos do caso, em que ao cancelamento imotivado do voo dos autores seguiu-se a sua colocação em rota de voo distinta, sujeitando-os a trajeto mais longo do que aquele inicialmente aprazado e a período de atraso que ultrapassa o mero aborrecimento. "Quantum" indenizatório mantido. Agravo interno desprovido. Recorrente: VRG linhas aéreas S.A. Recorrido: Michele Cauduro Dos Santos e outros. Relator: Des. Umberto Guaspari Sudbrack, 09 de março de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 11 mar. 2016a. Disponível em:

https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70068123066&codEmenta=7706337&temIntTeor=true. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 782270/RJ (2015/0233006-6). Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial. Violação ao art. 535, I e II, do CPC não verificada. Sociedades cooperativas Unimed. Responsabilidade solidária. Precedentes. Fornecimento de medicação fora do ambiente hospitalar. Reexame de circunstâncias ocorridas. Impossibilidade. Súmulas n. 5 e 7/STJ. Recurso não provido. 1. Não ocorre violação ao art. 535, I e II, do CPC, quando a matéria impugnada em embargos de declaração foi devidamente analisada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão dos recorrentes. 2. Ao repisar os fundamentos do recurso especial, quanto a responsabilidade solidária com as demais cooperativas que compõem o sistema Unimed, a

parte agravante não trouxe, nas razões do agravo regimental, argumentos aptos a modificar a decisão agravada, que deve ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 3. Rever as conclusões do acórdão recorrido acerca da responsabilidade de fornecimento de medicação ao beneficiário do plano de saúde para tratamento da doença fora do ambiente hospitalar demandaria o reexame de cláusulas contratuais e de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, nos termos das Súmulas ns. 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça. 4. Agravo regimental não provido. Recorrente: Unimed - Rio Cooperativa de Trabalho Médico do Rio de Janeiro LTDA. Recorrido: Rebeca Danelli Gonçalves Da Silva (menor) e Izaque Lopes Silva. Repr. por : Viviane Danelli Gonçalves. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 15 de março de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 mar. 2016b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502330066&dt_publicacao=21/03/2016. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 1511072/SP (2012/0257713-0). Recurso Especial (Art. 105, Inc. III, “a” e “c”, CF/88) - Ação condenatória - Responsabilidade civil de hospital e instituto médico - Infecção hospitalar - Instâncias ordinárias que julgaram improcedentes os pedidos veiculados na petição inicial, sob o argumento de que não houve demonstração de culpa dos médicos. Insurgência da autora. Defeito na prestação de serviços médico-hospitalares - Responsabilidade objetiva - Inteligência do art. 14 do CDC - Recurso especial provido. Pretensão condenatória deduzida em face de hospital e instituto médico, ante os alegados danos decorrentes de infecção hospitalar, após a realização de procedimentos cirúrgicos, que conduziram ao comprometimento integral da visão da autora, relativamente ao olho direito. Instâncias ordinárias que julgaram improcedentes os pedidos, ao reputarem não demonstrada a culpa por parte do corpo médico atuante. 1. O Tribunal de origem não abordou a tese de responsabilidade do fornecedor pela prestação defeituosa de informações à recorrente sobre os riscos relacionados ao procedimento cirúrgico a que seria submetida, razão pela qual incide à espécie a Súmula nº 211 desta Corte, o que inviabiliza também o conhecimento da insurgência com base na alínea “c” do permissivo constitucional. Precedentes. 2. Como se infere do art. 14 do CDC, a responsabilidade dos hospitais e clínicas (fornecedores de serviços) é objetiva, dispensando a comprovação de culpa. Assim, inviável o afastamento da responsabilidade do hospital e do instituto por infecção contraída por paciente com base na inexistência de culpa dos agentes médicos envolvidos, como fez o Tribunal de origem. 2.1 De fato, a situação dos autos não comporta reflexões a respeito da responsabilização de clínicas médicas ou hospitais por atos de seus profissionais (responsabilidade pelo fato de outrem). Isso porque os danos sofridos pela recorrente resultaram de infecção hospitalar, ou seja, do ambiente em que foram efetuados os procedimentos cirúrgicos, e não de atos dos médicos. 3. Dessa forma, considerando que é objetiva a responsabilidade dos hospitais e clínicas por danos decorrentes dos serviços por eles prestados (ambiente hospitalar), bem como que não foi elidido no caso dos autos o nexo de causalidade entre os danos sofridos pela recorrente e a conduta dos recorridos, é imperioso o provimento do presente recurso especial para condená-los ao pagamento de indenização a título de dano moral, em virtude da perda completa da visão e do bulbo ocular do olho direito da recorrente. 4. Nos termos do artigo 257 do RISTJ, é possível, nesta Corte, a fixação de valores devidos a título de indenização pelo abalo moral sofrido pela ora recorrente, aplicando-se o direito à espécie. Desse modo, diante das peculiaridades do caso, revela-se razoável a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) a título de dano moral. 5. Recurso especial PROVIDO, a fim de julgar procedente o pedido condenatório. Recorrente: Izabel Margarida da Conceição. Recorrido: Instituto De Oftalmologia Tadeu Cvintal S/C LTDA, Abensena Associação Beneficente Nossa Senhora

De Nazaré e Tóquio Marine Seguradora S/A. Relator: Min. Marco Buzzi, 05 de maio de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 13 maio 2016c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202577130&dt_publicacao=13/05/2016. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). Recurso Especial 1285483/PB (2011/0239595-2). Recurso Especial. Assistência privada à saúde. Planos de saúde de autogestão. Forma peculiar de constituição e administração. Produto não oferecido ao mercado de consumo. Inexistência de finalidade lucrativa. Relação de consumo não configurada. Não incidência do CDC. 1. A operadora de planos privados de assistência à saúde, na modalidade de autogestão, é pessoa jurídica de direito privado sem finalidades lucrativas que, vinculada ou não à entidade pública ou privada, opera plano de assistência à saúde com exclusividade para um público determinado de beneficiários. 2. A constituição dos planos sob a modalidade de autogestão diferencia, sensivelmente, essas pessoas jurídicas quanto à administração, forma de associação, obtenção e repartição de receitas, diverso dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam ao lucro. 3. Não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo. 4. Recurso especial não provido. Recorrente: Natan Da Costa Lima e outros. Recorrido: Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 22 de junho de 2016. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 16 ago. 2016d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201102395952&dt_publicacao=16/08/2016. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Ministério da Saúde. AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Planos de saúde com comercialização suspensa**. Ciclo: 3º Trimestre/2017. Rio de Janeiro, RJ: ANS/MS, 2017a.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1644829/SP (2016/0209408-0). Direito Civil. Recurso Especial. Ação de obrigação de fazer e compensação por danos morais. Recusa à cobertura de tratamento quimioterápico. Plano de saúde gerido por autogestão. Boa fé objetiva. Medicamento importado sem registro na Anvisa. Fornecimento. Impossibilidade. Dissídio jurisprudencial. Súmula 284/STF. 1. Ação de obrigação de fazer e compensação por dano moral ajuizada em 14.06.2013. Recurso especial atribuído ao gabinete em 25.08.2016. Julgamento: CPC/73. 2. A questão posta a desate nestes autos, consiste em aferir se é abusiva, cláusula contratual em plano de saúde gerido por autogestão, que restringe o fornecimento de medicamento importado sem registro na ANVISA. 3. Por ocasião do julgamento do REsp 1285483/PB, a Segunda Seção do STJ afastou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de relação de consumo. 4. O fato da administração por autogestão afastar a aplicação do CDC não atinge o princípio da força obrigatória do contrato (pacta sunt servanda); e, a aplicação das regras do Código Civil em matéria contratual, tão rígidas quanto a legislação consumerista. 5. Determinar judicialmente o fornecimento de fármacos importados, sem o devido registro no órgão fiscalizador competente, implica em negar vigência ao art. 12 da Lei 6.360/76. 6. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema. 7. Recurso especial conhecido parcialmente, e nessa parte, provido. Recorrente: Fundação Cesp. Recorrido: Flavio Braz Pires. Relator: Min. Nancy Andrighi, 21 de fevereiro de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 fev. 2017b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602094080&dt_publicacao=23/02/2017. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Decisão monocrática). Agravo em Recurso Especial 1032668/RS (2016/0328910-9). Recorrente: Gol Linhas Aéreas S.A e Gol Linhas Aéreas Inteligentes S.A. Recorrido: Juliana Sperotto Ferreira e Pedro Bohrer Amaral. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 17 de abril de 2007. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 maio 2017c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201603289109&dt_publicacao=26/05/2017. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1665698/CE (2016/0153303-6). Recurso Especial. Civil. Plano de saúde. Sistema Unimed. Recusa indevida de cobertura. Usuário em intercâmbio. Unimed executora. Legitimidade passiva ad causam. Responsabilidade solidária. Unimed de origem. Cooperativas de trabalho médico. Rede interligada. Marca única. Abrangência nacional. Teoria da aparência. Cadeia de fornecedores. CDC. Incidência. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se a cooperativa de trabalho médico que atendeu, por meio do sistema de intercâmbio, usuário de plano de saúde de cooperativa de outra localidade possui legitimidade passiva ad causam na hipótese de negativa indevida de cobertura. 2. Apesar de os planos e seguros privados de assistência à saúde serem regidos pela Lei nº 9.656/1998, as operadoras da área que prestarem serviços remunerados à população enquadram-se no conceito de fornecedor, existindo, pois, relação de consumo, devendo ser aplicadas também, nesses tipos contratuais, as regras do Código de Defesa do Consumidor (art. 35-G da Lei nº 9.656/1998 e Súmula nº 469/STJ). 3. O Complexo Unimed do Brasil é constituído sob um sistema de cooperativas de saúde, independentes entre si e que se comunicam através de um regime de intercâmbio, o que possibilita o atendimento de usuários de um plano de saúde de dada unidade em outras localidades, ficando a Unimed de origem responsável pelo ressarcimento dos serviços prestados pela Unimed executora. Cada ente é autônomo, mas todos são interligados e se apresentam ao consumidor sob a mesma marca, com abrangência em todo território nacional, o que constitui um fator de atração de novos usuários. 4. Há responsabilidade solidária entre as cooperativas de trabalho médico que integram a mesma rede de intercâmbio, ainda que possuam personalidades jurídicas e bases geográficas distintas, sobretudo para aquelas que compuseram a cadeia de fornecimento de serviços que foram mal prestados (teoria da aparência). Precedente da Quarta Turma. 5. É transmitido ao consumidor a imagem de que o Sistema Unimed garante o atendimento à saúde em todo o território nacional, haja vista a integração existente entre as cooperativas de trabalho médico, a gerar forte confusão no momento da utilização do plano de saúde, não podendo ser exigido dele que conheça pormenorizadamente a organização interna de tal complexo e de suas unidades. 6. Tanto a Unimed de origem quanto a Unimed executora possuem legitimidade passiva ad causam na demanda oriunda de recusa injustificada de cobertura de plano de saúde. 7. Recurso especial não provido. Recorrente: Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica LTDA. Recorrido: Rosimar Jaques da Silva. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 23 de maio de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 31 maio 2017d. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601533036&dt_publicacao=31/05/2017. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 943838/SP (2016/0170552-6). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Plano de saúde. Operadora na modalidade de autogestão. Relação de consumo não configurada. 1. A Segunda Seção, quando do julgamento do Recurso Especial 1.285.483/PB, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 22/6/2016, DJe 16/8/2016, firmou o entendimento no sentido de que “não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, por inexistência de

relação de consumo”. 2. Tendo a Corte local decidido a causa exclusivamente à luz do Código de Defesa do Consumidor, fica prejudicada a análise das questões suscitadas das razões do recurso especial, de modo que é necessário o retorno dos autos à Corte de origem, para novo julgamento do recurso de apelação, ante a vedação da interpretação de cláusulas contratuais e reexame de fatos e provas (Súmulas 5 e 7 do STJ). 3. Agravo interno a que se nega provimento. Recorrente: Cristina De Almeida Prado Marsiglio Minarelli. Recorrido: Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti, 20 de junho de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 jun. 2017e. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601705526&dt_publicacao=27/06/2017. Acesso em: 30.05.2020

_____. Superior Tribunal Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1673366/RS (2017/0059911-4). Recurso Especial. Civil. Plano de saúde. Geap. Entidade de autogestão. Regime de custeio. Reestruturação. Preço único. Substituição. Precificação por faixa etária. Majoração da contribuição. Possibilidade. Estudos técnico-atuariais. Saúde financeira da operadora. Restabelecimento. Resolução Geap/Condel nº 616/2012. Legalidade. Aprovação pelos órgãos competentes. Gestão compartilhada. Política assistencial e custeio do plano. Tomada de decisão. Participação dos beneficiários. Modelo de contribuições. Direito adquirido. Inexistência. Exceção da ruína. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se a reestruturação no regime de custeio do plano de saúde administrado pela GEAP, entidade de autogestão, por meio da Resolução GEAP/CONDEL nº 616/2012, que implicou a majoração das mensalidades dos usuários, foi ilegal e abusiva. 2. As entidades de autogestão não visam o lucro e constituem sistemas fechados, já que os planos que administram não estão disponíveis no mercado consumidor em geral, mas, ao contrário, a apenas um grupo restrito de beneficiários. 3. A Segunda Seção desta Corte Superior consagrou o entendimento de não se aplicar o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, haja vista a inexistência de relação de consumo. 4. Nos planos coletivos, a ANS restringe-se a monitorar o mercado, de modo que os parâmetros para a majoração das contribuições são decorrentes da livre negociação entre a operadora e a pessoa jurídica estipulante, possuidora de maior poder de negociação. 5. Na hipótese, a GEAP fazia uso de metodologia defasada para o custeio dos planos de saúde colocados à disposição dos beneficiários, qual seja, havia tão somente a cobrança de preço único para todos os usuários. Isso causou, ao longo do tempo, grave crise financeira na entidade, visto que tal modelo tornava os planos de assistência à saúde atrativos para a população mais idosa e menos atrativos para a população jovem, o que acarretou o envelhecimento da base de beneficiários e a aceleração do crescimento das despesas assistenciais. 6. Após intervenção da PREVIC na instituição e parecer da ANS no sentido da impossibilidade da continuidade da anterior forma de custeio, amparada em estudos atuariais, e para evitar a sua ruína, a GEAP, através do seu Conselho Deliberativo paritário (CONDEL), aprovou diversas resoluções para atualizar o custeio dos respectivos planos de saúde, culminado com a aprovação da Resolução nº 616/2012, adotando nova metodologia, fundamentada no cruzamento de faixas etárias e de remuneração, a qual foi expressamente aprovada pela autarquia reguladora. 7. Não ocorreu reajuste discriminatório e abusivo da mensalidade pelo simples fato de a usuária ser idosa, mas a majoração do preço ocorreu para todos os usuários, em virtude da reestruturação do plano de saúde que passou a adotar novo modelo de custeio. Necessidade de substituição do "preço único" pela precificação por faixa etária, com amparo em estudos técnicos, a fim de restabelecer a saúde financeira dos planos de saúde geridos pela entidade, evitando-se a descontinuidade dos serviços da saúde suplementar. Descaracterização de alteração unilateral de preços pela operadora, cuja gestão é compartilhada (composição paritária entre os conselheiros escolhidos pelos patrocinadores e os eleitos pelos beneficiários). Participação

dos próprios usuários nas questões atinentes à política assistencial e à forma de custeio do plano. 8. Não se constata nenhuma irregularidade no procedimento de redesenho do sistema de custeio do plano de saúde administrado pela GEAP, devendo ser reconhecida a legalidade da Resolução nº 616/2012. Tampouco foi demonstrada qualquer abusividade no reajuste das mensalidades efetuados conforme a faixa etária do usuário. 9. Este Tribunal Superior já decidiu que, respeitadas, no mínimo, as mesmas condições de cobertura assistencial (manutenção da qualidade e do conteúdo médico-assistencial da avença), não há direito adquirido a modelo de plano de saúde ou regime de custeio, podendo o estipulante e a operadora redesenharem o sistema para evitar o seu colapso (exceção da ruína), desde que não haja onerosidade excessiva ao usuário ou a discriminação ao idoso. 10. Consoante ficou definido pela Segunda Seção no REsp nº 1.568.244/RJ, representativo de controvérsia, é válida a cláusula de reajuste de mensalidade de plano de saúde amparada na mudança de faixa etária do beneficiário, encontrando fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, sendo regra atuarial e asseguradora de riscos, o que concorre para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do próprio plano. Abusividade não demonstrada dos percentuais de majoração, que encontram justificção técnico-atuarial, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, garantindo a sobrevivência do fundo mútuo e da operadora. 11. Recurso especial provido. Recorrente: Geap autogestão em saúde. Recorrido: Eunice Helena do Prado Pinto. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 08 de agosto de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 21 ago. 2017f. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700599114&dt_publicacao=21/08/2017. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo Interno no Recurso Especial 1659797/SP (2017/0051947-0). Agravo Interno no Recurso Especial. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais. 1. Reavaliação jurídica dos fatos e das provas. Possibilidade. Súmula 7/STJ afastada. 2. Arts. 186 e 927 do CC prequestionados. Não incidência da súmula 211/STJ. 3. Plano de saúde. Recusa injustificada em autorizar a realização de exame necessário para segurada que estava em condição delicada de saúde. Dano moral in re ipsa. 4. Agravo interno desprovido. 1. A reavaliação jurídica dos fatos e das provas delineados no acórdão recorrido é admitida no âmbito do recurso especial e possui condão de afastar a incidência da Súmula 7/STJ. 2. A aplicação do disposto na Súmula 211/STJ só persiste na ocasião em que o dispositivo legal arrolado ou a matéria defendida no apelo especial não tiver sido debatida na instância ordinária, o que não é o caso dos autos. 3. “A recusa indevida de cobertura de exame médico essencial ao diagnóstico e tratamento de enfermidade coberta por plano de saúde contratado configura dano moral in re ipsa” (AgInt no AREsp 882.315/MT, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 13/12/2016, DJe 3/2/2017). 4. Agravo interno desprovido. Recorrente: Centro Trasmontano de São Paulo. Recorrido: Olga Forti Kalaes. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 15 de agosto de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 28 ago. 2017g. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700519470&dt_publicacao=28/08/2017. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1632752/PR (2016/0273813-6). Recurso Especial. Civil. Plano de saúde. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Medicamento importado. Anvisa. Ausência de registro. Obrigatoriedade de custeio. Afastamento. Infração sanitária. Normas proibitivas do setor. CDC. Aplicação subsidiária. Licença posterior. Doença coberta. Tratamento imprescindível à recuperação do paciente. Assistência farmacêutica devida. Reembolso. Limitação. Súmula nº 5/STJ. Notas fiscais em nome de terceiros. Inovação em apelação. Falta de

prequestionamento. Ressarcimento em moeda estrangeira. Não ocorrência. Conversão em real. Danos morais. Não configuração. 1. Ação ordinária que visa a cobertura de tratamento quimioterápico com medicamento (Avastin) não registrado, à época, na ANVISA, bem como o reembolso das despesas com a importação do fármaco e a compensação por danos morais. 2. Estão excluídos das exigências mínimas de cobertura assistencial a ser oferecida pelas operadoras de plano de saúde os procedimentos clínicos experimentais e o fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados (art. 10, I e V, da Lei nº 9.656/1998). Incidência da Recomendação nº 31/2010 do CNJ e dos Enunciados nºs 6 e 26 da I Jornada de Direito da Saúde. 3. Nos termos de normativos da ANS, medicamento importado não nacionalizado é aquele produzido fora do território nacional e sem registro vigente na ANVISA. Por seu turno, o tratamento que emprega fármaco não registrado/não regularizado no país pode ser considerado de índole experimental. 4. A exclusão da assistência farmacêutica para o medicamento importado sem registro na ANVISA também encontra fundamento nas normas de controle sanitário. De fato, a importação de medicamentos e outras drogas, para fins industriais ou comerciais, sem a prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde constitui infração de natureza sanitária (arts. 10, 12 e 66 da Lei nº 6.360/1976 e 10, IV, da Lei nº 6.437/1977), não podendo a operadora de plano de saúde ser obrigada a custeá-los em afronta à lei. Precedentes. 5. As normas do CDC aplicam-se apenas subsidiariamente nos planos de saúde, conforme previsão do art. 35-G da Lei nº 9.656/1998. De qualquer maneira, em casos de incompatibilidade de normas, pelos critérios da especialidade e da cronologia, há evidente prevalência da lei especial nova. 6. Na hipótese, a autora, portadora de câncer colorretal metastático, postula o ressarcimento dos valores despendidos desde 2004 com a aquisição do medicamento Avastin, que, como se extrai do site da ANVISA, teve seu registro concedido tão somente em 16/5/2005. 7. Após o ato registral, a operadora de plano de saúde não pode recusar o tratamento com o fármaco indicado pelo médico assistente. Com efeito, a exclusão da cobertura do produto farmacológico nacionalizado e indicado pelo médico assistente, de uso ambulatorial ou hospitalar e sem substituto eficaz, para o tratamento da enfermidade significa negar a própria essência do tratamento, desvirtuando a finalidade do contrato de assistência à saúde (arts. 35-F da Lei nº 9.656/1998 e 7º, parágrafo único, e 17 da RN nº 387/2015 da ANS). Precedentes. 8. Chegar a conclusão diversa acerca da aplicabilidade da Tabela AMB, que já limita o reembolso ao percentual de 70%, demandaria o reexame e a interpretação das cláusulas do contrato, o que é vedado em recurso especial, consoante a Súmula nº 5/STJ. 9. A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não se pode inovar em apelação, sendo proibido às partes alterar a causa de pedir ou o pedido, bem como a matéria de defesa, com exceção de temas de ordem pública ou fatos supervenientes. Incidência do efeito devolutivo do recurso e do duplo grau de jurisdição. Impossibilidade de exame, nesta instância especial, do ponto concernente à exclusão das notas fiscais que estão em nome de terceiros, haja vista a ausência de prequestionamento. 10. São legítimos os contratos celebrados em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda nacional. Legalidade do reembolso se a moeda estrangeira for convertida em reais usando a cotação do dia do desembolso, seguida de atualização monetária. Afastamento do ressarcimento de valores em dólar americano ou em euro ou a indexação de dívida pela variação cambial. 11. Em regra, a recusa indevida pela operadora de plano de saúde de cobertura médico-assistencial gera dano moral, porquanto agrava o sofrimento psíquico do usuário, já combatido pelas condições precárias de saúde, não constituindo, portanto, mero dissabor, ínsito às hipóteses correntes de inadimplemento contratual. 12. Há situações em que existe dúvida jurídica razoável na interpretação de cláusula contratual, não podendo ser reputada ilegítima ou injusta, violadora de direitos imateriais, a conduta de operadora que optar pela restrição de cobertura sem ofender, em contrapartida, os deveres anexos do

contrato, tal qual a boa-fé, o que afasta a pretensão de compensação por danos morais. 13. Não há falar em dano moral indenizável quando a operadora de plano de saúde se pautar conforme as normas do setor. No caso, não havia consenso acerca da exegese a ser dada ao art. 10, incisos I e V, da Lei nº 9.656/1998. 14. Recurso especial parcialmente provido. Recorrente: Nossa Saúde Operadora de Planos Privados de Assistência a Saúde LTDA. Recorrido: Maria Clara Mattioli. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 22 de agosto de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 29 ago. 2017h. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602738136&dt_publicacao=29/08/2017. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo Interno no Recurso Especial 1563986/MS (2015/0270170-3). Agravo Interno no Recurso Especial. Civil. Plano de saúde. Entidade de autogestão. CDC. Inaplicabilidade. Tratamento odontológico. Cirurgia. Coparticipação do usuário em valores percentuais. Previsão contratual clara e expressa. Legalidade. Fator de restrição severa aos serviços. Inexistência. Abusividade. Afastamento. Danos morais. Não configuração. 1. As entidades de autogestão não visam o lucro e constituem sistemas fechados, já que os planos que administram não estão disponíveis no mercado consumidor em geral, mas, ao contrário, a apenas um grupo restrito de beneficiários. 2. A Segunda Seção desta Corte Superior consagrou o entendimento de não se aplicar o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, haja vista a inexistência de relação de consumo. 3. Não há falar em ilegalidade na contratação de plano de saúde em regime de coparticipação, seja em percentual sobre o custo do tratamento, seja em montante fixo, até mesmo porque “percentual de co-participação do consumidor ou beneficiário” (art. 16, VIII, da Lei nº 9.656/1998) é expressão da lei. Vedação, todavia, da instituição de fator que limite seriamente o acesso aos serviços de assistência à saúde, a exemplo de financiamentos quase integrais do procedimento pelo próprio usuário, a evidenciar comportamento abusivo da operadora. 4. Ausente qualquer ilegalidade no comportamento da operadora em exigir a observância, pelo usuário, de cláusulas contratuais consideradas lícitas, é de rigor o afastamento da compensação por danos morais. 5. Agravo interno não provido. Recorrente: Maria De Lourdes Souza Cano. Recorrido: UNISAUDE/MS – Caixa de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 22 de agosto de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 6 set. 2017i. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502701703&dt_publicacao=06/09/2017. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1679190/SP (2017/0086518-1). Recurso Especial. Civil. Plano de saúde. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Transtorno mental. Depressão. Tratamento psicoterápico. Limitação do número de consultas. Abusividade. Fator restritivo severo. Interrupção abrupta de terapia. CDC. Incidência. Princípios de atenção à saúde mental na saúde suplementar. Violação. Rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS. Custeio integral. Quantidade mínima. Sessões excedentes. Aplicação de coparticipação. Internação em clínica psiquiátrica. Analogia. 1. Cinge-se a controvérsia a saber se é abusiva cláusula contratual de plano de saúde que limita a cobertura de tratamento psicoterápico a 12 (doze) sessões anuais. 2. Conforme prevê o art. 35-G da Lei nº 9.656/1998, a legislação consumerista incide subsidiariamente nos planos de saúde, devendo ambos os instrumentos normativos incidir de forma harmônica nesses contratos relacionais, sobretudo porque lidam com bens sensíveis, como a manutenção da vida. Incidência da Súmula nº 469/STJ. 3. Com o advento da Lei nº 9.656/1998, as doenças mentais passaram a ter cobertura obrigatória nos planos de saúde. Necessidade, ademais, de articulação dos modelos assistenciais público, privado e

suplementar na área da Saúde Mental, especialmente após a edição da Lei nº 10.216/2001, a qual promoveu a reforma psiquiátrica no Brasil e instituiu os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais. 4. Para os distúrbios depressivos, a RN ANS nº 338/2013 estabeleceu a cobertura mínima obrigatória de 12 (doze) sessões de psicoterapia por ano de contrato. Posteriormente, a RN ANS nº 387/2015 majorou o número de consultas anuais para 18 (dezoito). 5. Os tratamentos psicoterápicos são contínuos e de longa duração. Assim, um número exíguo de sessões anuais não é capaz de remediar a maioria dos distúrbios mentais. A restrição severa de cobertura poderá provocar a interrupção da própria terapia, o que comprometerá o restabelecimento da higidez mental do usuário, a contrariar não só princípios consumeristas, mas também os de atenção integral à saúde na Saúde Suplementar (art. 3º da RN nº 338/2013, hoje art. 4º da RN nº 387/2015). 6. A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de que é o médico ou o profissional habilitado - e não o plano de saúde - quem estabelece, na busca da cura, a orientação terapêutica a ser dada ao usuário acometido de doença coberta. 7. Na psicoterapia, é de rigor que o profissional tenha autonomia para aferir o período de atendimento adequado segundo as necessidades de cada paciente, de forma que a operadora não pode limitar o número de sessões recomendadas para o tratamento integral de determinado transtorno mental, sob pena de esvaziar e prejudicar sua eficácia. 8. Há abusividade na cláusula contratual ou em ato da operadora de plano de saúde que importe em interrupção de tratamento psicoterápico por esgotamento do número de sessões anuais asseguradas no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da ANS, visto que se revela incompatível com a equidade e a boa-fé, colocando o usuário (consumidor) em situação de desvantagem exagerada (art. 51, IV, da Lei nº 8.078/1990). 9. O número de consultas/sessões anuais de psicoterapia fixado pela ANS no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde deve ser considerado apenas como cobertura obrigatória mínima a ser custeada plenamente pela operadora de plano de saúde. 10. A quantidade de consultas psicoterápicas que ultrapassar as balizas de custeio mínimo obrigatório deverá ser suportada tanto pela operadora quanto pelo usuário, em regime de coparticipação, aplicando-se, por analogia, com adaptações, o que ocorre nas hipóteses de internação em clínica psiquiátrica, especialmente o percentual de contribuição do beneficiário (arts. 16, VIII, da Lei nº 9.656/1998; 2º, VII e VIII, e 4º, VII, da Resolução CONSU nº 8/1998 e 22, II, da RN ANS nº 387/2015). 11. A estipulação de coparticipação se revela necessária, porquanto, por um lado, impede a concessão de consultas indiscriminadas ou o prolongamento em demasia de tratamentos e, por outro, restabelece o equilíbrio contratual (art. 51, § 2º, do CDC), já que as sessões de psicoterapia acima do limite mínimo estipulado pela ANS não foram consideradas no cálculo atuarial do fundo mútuo do plano, o que evita a onerosidade excessiva para ambas as partes. 12. Recurso especial parcialmente provido. Recorrente: Unimed de Araras - Cooperativa de Trabalho Médico. Recorrido: Adriana Camila Marsolla Russo. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 26 de setembro de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 2 out. 2017j. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700865181&dt_publicacao=02/10/2017. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1653134/SP (2015/0052008-4). Recurso Especial. Civil. Responsabilidade civil. Exame laboratorial. Diagnóstico. Doença grave. Câncer de mama. Realização de cirurgia desnecessária. Amputação da mama direita. Biopsia que detectou o erro na diagnose. 1. Laboratório. Responsabilidade objetiva. Defeito na prestação do serviço. Obrigação de resultado. 2. Médico patologista. Responsabilidade subjetiva. Culpa não verificada. 3. Hospital. Subordinação do laboratório reconhecida na origem. Responsabilidade objetiva reconhecida. Recurso especial parcialmente provido. 1. O laboratório possui obrigação de resultado na realização de exame médico, de maneira que o fornecimento de diagnóstico incorreto

configura defeito na prestação do serviço, a implicar responsabilidade objetiva, com base no art. 14, caput, do CDC. 2. A complexidade do exame, com a possibilidade de obtenção de resultados variados, não é fundamento suficiente, por si só, para afastar o defeito na prestação do serviço por parte do laboratório, sobretudo porque lhe incumbia dentro de tais circunstâncias, prestar as informações necessárias ao consumidor, dando-lhe ciência do risco de incorreção no diagnóstico e sugerindo-lhe a necessidade de realização de exames complementares. 3. A responsabilidade do profissional é regida pela exceção prevista no § 4º do art. 14 do CDC, de modo que, tratando-se de responsabilidade de natureza subjetiva, depende da ocorrência de culpa lato sensu do profissional. 4. No caso dos autos, a Corte de origem, com base na análise do acervo probatório, concluiu que não estava configurada a culpa do médico patologista. Afastar tal conclusão, na via estreita do recurso especial, esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. 5. É vedado a esta Corte de Justiça, na via do recurso especial, reexaminar cláusulas contratuais (Súmula 5/STJ), de forma que deve ser mantida a conclusão da instância ordinária de que há subordinação entre o laboratório e o hospital universitário. Portanto, considerando que a responsabilidade das pessoas jurídicas prestadoras de serviços médico-hospitalares é objetiva, não há como afastar a responsabilidade solidária do hospital pela má prestação do serviço realizado pelo laboratório a ele subordinado. 6. Recurso especial parcialmente provido. Recorrente: Luzia Antonia Alves. Recorrido: Marcus de Medeiros Matsusshita e Matsulab – Laboratório de Anatomia Patológica e Citológica. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 17 de outubro de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 out. 2017k. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500520084&dt_publicacao=23/10/2017. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo Interno no Recurso Especial 1358893/PE (2011/0035395-6). Agravo Interno no Recurso Especial. Ação coletiva ajuizada por associação civil. Ilegitimidade ativa ad causam. 1. Demanda coletiva na qual se alega a suposta violação do direito dos magistrados do Estado de Pernambuco de aderirem e serem mantidos em plano de saúde de autogestão administrado por pessoa jurídica de direito privado instituída pela associação profissional, independentemente de prévio ingresso no quadro social desta última. 2. Consoante cediço na Segunda Seção, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor ao contrato de plano de saúde administrado por entidade de autogestão, ante a inexistência de relação de consumo (REsp 1.285.483/PB, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 22.06.2016, DJe 16.08.2016). 3. Posta tal premissa, a legitimação extraordinária prevista no inciso IV do artigo 82 do código consumerista - que autoriza a associação, na qualidade de substituta processual, a ajuizar ação coletiva na defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos dos consumidores independentemente de autorização assemblear -, não abrange a pretensão formulada na espécie. 4. Isso porque o direito individual homogêneo buscado pela associação - afastamento de restrição estatutária/regulamentar ao direito dos magistrados do Estado de Pernambuco de aderirem e serem mantidos em plano de saúde coletivo de autogestão -, não se enquadra em nenhuma norma legal legitimadora da atuação da entidade como substituta processual. 5. Assim, infere-se que os autos retratam hipótese de representação processual, a qual se subsume ao novel entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de ser imperioso o credenciamento específico da associação (via autorização individual ou assemblear) para ajuizamento de ação voltada à defesa dos direitos individuais homogêneos dos representados (RE 573.232/SC, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 14.05.2014, publicado em 19.09.2014). 6. Desse modo, inexistente tal autorização específica, afigura-se impositivo o reconhecimento da ilegitimidade ativa ad causam da associação e, conseqüentemente, a extinção do processo sem

resolução do mérito, ex vi do disposto no inciso VI do artigo 485 do NCPC. 7. "A associação civil que ajuíza ação coletiva para a defesa dos interesses e direitos de seus associados consumidores é isenta do pagamento dos ônus de sucumbência, salvo na hipótese de comprovada má-fé" (REsp 1.515.895/MS, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 06.12.2016, DJe 14.12.2016). 8. Agravo interno parcialmente provido apenas para excluir a condenação da associação civil ao pagamento de ônus de sucumbência. Recorrente: Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor (ADECON). Recorrido: Associação dos Magistrados do Estado de Pernambuco (AMEPE). Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 21 de novembro de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 23 nov. 2017l. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100353956&dt_publicacao=23/11/2017. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1100866/CE (2017/0110295-6). Processual civil. Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial. Ação de obrigação de fazer. Reexame de fatos. Súmula 7/STJ. Interpretação de cláusulas contratuais. Súmula 5/STJ. Harmonia entre o acórdão recorrido e a jurisprudência do STJ. Súmula 83/STJ. 1. O reexame de fatos e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis. 2. A jurisprudência do STJ entende que o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura, e que é abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento, medicamento ou procedimento imprescindível, prescrito para garantir a saúde ou a vida do beneficiário 3. Agravo interno no agravo em recurso especial não provido. Recorrente: Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica LTDA. Recorrido: D H A M (menor). Repr. por: F A A M. Relator: Min. Nancy Andrigli, 21 de novembro de 2017. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 nov. 2017m. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701102956&dt_publicacao=30/11/2017. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1680045/SP (2017/0146862-0). Direito civil e do consumidor. Recurso Especial. Ação declaratória. Planos de saúde. Contrato coletivo. Rescisão unilateral. Possibilidade. Resolução normativa. Agência nacional de saúde suplementar. Condições. Observância. Abusividade. Não configurada. 1. Ação ajuizada em 07/04/2015. Recurso especial interposto em 14/07/2016 e concluso ao gabinete em 13/07/2017. Julgamento: CPC/15. 2. O propósito recursal é definir: i) se o Código de Defesa do Consumidor incide nos contratos de plano de saúde coletivo e ii) se é válida a rescisão unilateral imotivada do contrato por parte da operadora de plano de saúde. 3. A Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98) prevê que se aplicam subsidiariamente as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde coletivo e individual/familiar (art. 35-G). 4. Há expressa autorização concedida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para a operadora do plano de saúde rescindir unilateral e imotivadamente o contrato coletivo (empresarial ou por adesão), desde que observado o seguinte: i) cláusula contratual expressa sobre a rescisão unilateral; ii) contrato em vigência por período de pelo menos doze meses; iii) prévia notificação da rescisão com antecedência mínima de 60 dias. 5. Apenas em relação aos contratos individuais/familiares é vedada a "suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência" (art. 13, II, LPS). 6. Na hipótese dos autos, a operadora de plano de saúde observou as condições para realizar a rescisão unilateral e imotivada do contrato coletivo empresarial, de modo que não há se falar em abusividade em sua conduta. 7. Recurso especial conhecido e provido. Recorrente: Allianz Saúde S.A.

Recorrido: VWC Equipamentos De Instrumentação e Comércio LTDA. Relator: Min. Nancy Andrighi, 06 de fevereiro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 15 fev. 2018a.

Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701468620&dt_publicacao=15/02/2018. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1662845/SP (2016/0289395-6). Recurso Especial. Direito do consumidor. Processual civil. Ação de compensação por danos morais. Erro médico. Cirurgia ortopédica. Corpo estranho. Fio de aço no joelho do paciente. Descoberta posterior. Responsabilidade solidária e subjetiva do hospital e do médico integrante de seu corpo clínico. Valor do dano moral. Súmula 7/STJ. Exorbitância. Não configurada. Peculiaridades fáticas registradas na origem. 1. Ação ajuizada em 20/09/11. Recurso especial interposto em 27/02/15 e concluso ao gabinete em 07/11/16. Julgamento: CPC/73. 2. Ação de compensação por danos morais, cuja causa de pedir se refere a erro médico que deixou, na cirurgia, pedaço de metal no joelho do paciente, ocasionando dores, perda temporária da deambulação e submissão a nova cirurgia de remoção do corpo estranho. 3. O propósito recursal consiste em definir: i) se há ato ilícito imputável ao hospital em razão do corpo estranho deixado no joelho do paciente em procedimento cirúrgico; ii) se a reparação do dano moral na hipótese dos autos converte o sofrimento em método de captação de lucro; iii) se o valor arbitrado na origem é passível de revisão no STJ. 4. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico integrante de seu corpo clínico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 5. A argumentação tecida pelo hospital recorrente de inexistência de erro médico encontra óbice na Súmula 7/STJ, pois inadmissível em recurso especial a revisão de fatos e provas que atestaram a culpa do cirurgião causador do dano ao paciente. 6. A configuração do dano moral na hipótese dos autos decorre dos sofrimentos e angústias vividas pelo recorrido, muito além de um simples e cotidiano aborrecimento. Não se pode confundir a propalada "indústria do dano moral" com as situações em que há efetiva violação da esfera íntima da personalidade da vítima, trazendo angústias que ultrapassam sensivelmente o simples dissabor de expectativas não alcançadas no mundo contemporâneo. 7. Em relação ao valor arbitrado pelo Tribunal de origem a título de compensação por danos morais, a jurisprudência desta Corte orienta que apenas em hipóteses excepcionais, em que configurado evidente exagero ou irrisoriedade da quantia, o recurso especial seria a via adequada para nova fixação excepcional. Circunstâncias não verificadas na hipótese concreta. 8. Recurso especial conhecido e não provido. Recorrente: Hospital e Maternidade Dr Christóvão da Gama S/A. Recorrido: Jadir da Rocha Carvalho. Relator: Min. Nancy Andrighi, 22 de março de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 mar. 2018b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201602893956&dt_publicacao=26/03/2018. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1708317/RS (2017/0288065-5). Recurso Especial. Ação de conhecimento. Saúde suplementar. Direito do consumidor. Plano de saúde coletivo. Violação de dispositivo constitucional ou de súmula. Descabimento. Fundamentação. Ausente. Deficiente. Súmula 284/STF. Prequestionamento. Ausência. Súmula 211/STJ. Incidência do CDC. Rescisão unilateral e imotivada. Empresa com menos de trinta beneficiários. Fato jurídico relevante. Abusividade configurada. Motivação. Necessidade. Vulnerabilidade. Reconhecida. Boa-fé e manutenção dos contratos. 1. Ação ajuizada em 27/10/15. Recurso especial interposto em 24/05/17 e concluso ao gabinete em 24/11/17. Julgamento: CPC/15. 2. O propósito recursal consiste em definir se a

operadora está autorizada a rescindir unilateral e imotivadamente contrato de plano de saúde coletivo empresarial firmado em favor de pessoa jurídica com 13 beneficiários. 3. A interposição de recurso especial não é cabível quando ocorre violação de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, “a” da CF/88. 4. A ausência de fundamentação ou a sua deficiência importa no não conhecimento do recurso quanto ao tema. 5. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 6. A Lei dos Planos de Saúde (Lei 9.656/98) prevê que se aplicam subsidiariamente as disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde coletivo e individual/familiar (art. 35-G). 7. Apenas em relação aos contratos individuais/familiares é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, nos termos do art. 13, II, LPS. 8. Há expressa autorização concedida pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para a operadora do plano de saúde rescindir unilateral e imotivadamente o contrato coletivo (empresarial ou por adesão), desde que observado o seguinte: i) cláusula contratual expressa sobre a rescisão unilateral; ii) contrato em vigência por período de pelo menos doze meses; iii) prévia notificação da rescisão com antecedência mínima de 60 dias. 9. Contudo, a rescisão do contrato por conduta unilateral da operadora em face de pessoa jurídica com até trinta beneficiários deve apresentar justificativa idônea para ser considerada válida, dada a vulnerabilidade desse grupo de usuários, em respeito aos princípios da boa-fé e da conservação dos contratos. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido. Recorrente: Lindoia Loterias LTDA. Recorrido: Centro Clínico Gaúcho LTDA. Relator: Min. Nancy Andrighi, 17 de abril de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 mar. 2018c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702880655&dt_publicacao=20/04/2018. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). Súmula 608. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. (Súmula 608, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018). Julgado em 11/04/2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 17 abr. 2018d. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27608%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27608%27).sub). Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1137825/MA (2017/0177760-4). Agravo Interno. Agravo em Recurso Especial. Plano de saúde. Violação dos arts. 1º, II, 12, 35-f e 35-g, da lei n. 9.656/98; 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor; e 186, 188, 421, 422, 927 e 944 do Código Civil. Não prequestionamento. Verbete 282 da súmula do STF. Fundamentos do acórdão. Não impugnação. Incidência do verbete 283 da súmula/STF. Dano moral. Ocorrência. Análise. Inviabilidade. Necessidade de reexame fático. Súmula 7/STJ. Indenização. Valor. Revisão. Possibilidade. Exorbitância ou irrisoriedade. Não verificação. Não provimento. 1. A matéria constante dos dispositivos legais postos em debate no especial não foi discutida pela Corte de origem. Ausente o necessário prequestionamento, incidentes os óbices do enunciado 282 da Súmula do STF. 2. As razões elencadas pelo Tribunal de origem não foram devidamente impugnadas. Incidência do enunciado 283 da Súmula/STF. 3. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ). 4. Admite a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente, em recurso especial, reexaminar o valor fixado a título de indenização por danos morais, quando ínfimo ou exagerado. Hipótese, todavia, em que o valor foi estabelecido na instância ordinária, atendendo às circunstâncias de

fato da causa, de forma condizente com os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. 5. Agravo interno a que se nega provimento. Recorrente: Geap autogestão em saúde. Recorrido: Ana Mary Ribeiro Pereira Simões. Relator: Min. Maria Isabel Gallotti, 24 de abril de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 3 maio 2018e. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701777604&dt_publicacao=03/05/2018. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1579954/MG (2016/0020993-7). Recurso Especial. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Apelação cível. Deserção. Súmula 280/STF. Embargos de declaração. Omissão, obscuridade ou contradição. Inexistência. Responsabilidade subjetiva do profissional liberal. Erro médico. Condenação solidária do hospital. Vínculo decorrente de atuação em plantão médico-hospitalar. Arbitramento do valor do dano moral. Súmula 7/STJ. Quantia exorbitante. Não configurada. Dissídio jurisprudencial. Cotejo analítico e similitude fática. Ausência. 1. Ação ajuizada em 05/02/10. Recursos especiais atribuídos ao gabinete da Relatora em 25/08/16. Julgamento: CPC/73. 2. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada por genitora e recém-nascido, devido a conduta negligente de médico plantonista que não adotou os procedimentos indispensáveis à realização adequada do parto, ocasionando sequelas neurológicas irreversíveis e prognóstico de vida reduzido no bebê. 3. O propósito recursal consiste em definir: i) se houve negativa de prestação jurisdicional; ii) se deve prevalecer o não conhecimento por deserção da apelação cível interposta para o Tribunal de origem; iii) se está configurada a responsabilidade solidária do médico e do hospital na hipótese dos autos; iv) se o valor arbitrado a título de compensação por danos morais deve ser reduzido. 4. O recurso especial não se destina a reexaminar aplicação de norma de direito local, que disciplina o recolhimento de custas judiciais no âmbito do Tribunal de origem (Súmula 280/STF). 5. Os embargos de declaração são recurso de fundamentação vinculada às hipóteses de omissão, obscuridade ou contradição. Por esta razão, não se destinam a revisão de conteúdo contrário aos interesses de uma das partes, apenas porque as conclusões do órgão julgador não coincidem com o viés por elas pretendido. 6. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico integrante de seu corpo plantonista, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrigada pelo Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 7. Em relação ao valor arbitrado pelo Tribunal de origem a título de compensação por danos morais, a jurisprudência desta Corte orienta que apenas em hipóteses excepcionais, em que configurado flagrante exagero ou irrisoriedade da quantia, o recurso especial seria a via adequada para nova fixação excepcional. Circunstâncias não verificadas na hipótese concreta. 8. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. 9. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa extensão, não providos. Recorrente: Alberto Cruz Braga e Irmandade Nossa Senhora das Mercês de Montes Claros. Recorrido: N H A M (menor) e Nobre Seguradora do Brasil S/A. Repr. por: S R A. Relator: Min. Nancy Andrighi, 08 de maio de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 maio 2018f. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600209937&dt_publicacao=18/05/2018. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Decisão monocrática). Recurso Especial 1693009/ES (2017/0207224-8). Recorrente: Fundação De Seguridade Social dos Empregados da Companhia Siderúrgica de Tubarão (FUNSSEST). Recorrido: Afrânio Ferreira De Magalhaes. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 03 de agosto de 2018. **Diário da Justiça**

Eletrônico, Brasília, 10 set. 2018g. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/deciso/es/?num_registro=201702072248&dt_publicacao=10/09/2018. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo Interno no Recurso Especial 1676857/CE (2017/0135020-3). Agravo Interno. Recurso Especial. Plano de saúde coletivo. Previsão contratual de reajuste por aumento de sinistralidade. Possibilidade. Afirmção genérica de abusividade. Inviabilidade. Apuração no caso concreto. Necessidade. 1. “É possível o reajuste de contratos de saúde coletivos sempre que a mensalidade do seguro ficar cara ou se tornar inviável para os padrões da empresa contratante, seja por variação de custos ou por aumento de sinistralidade” (AgRg nos EDcl no AREsp 235.553/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 2/6/2015, DJe de 10/6/2015).” (AgInt nos EDcl no REsp 1481925/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2018, DJe 15/06/2018) 2. Por um lado, o Juízo de primeira instância, sem proceder à instrução processual requerida pelo caso, perflha entendimento contrário à jurisprudência do STJ, aduzindo não ser “palatável a tese esposada pela demandada, no que pertine aos percentuais fixados pela ANS incidirem somente aos planos de saúde individuais”. Por outro lado, o acórdão recorrido, a par de confirmar integralmente a sentença, limita-se a afirmar genericamente que, no tocante à previsão contratual de reajuste de plano de saúde coletivo por aumento de sinistralidade, a liberdade contratual é limitada pelos princípios da função social do contrato e da boa-fé. 3. Consoante entendimento sufragado em recurso especial repetitivo 1.124.552/RS, julgado pela Corte Especial, o melhor para a segurança jurídica consiste em não admitir que matérias de fato ou eminentemente técnicas sejam tratadas como se fossem exclusivamente de direito, resultando em deliberações arbitrárias ou divorciadas do exame probatório do caso concreto. É dizer, quando o juiz ou o Tribunal, ad nutum, afirmar abusividade, sem antes verificar, no caso concreto, a ocorrência, há ofensa aos arts. 131, 333, 335, 420, 458 ou 535 do CPC/1973. 4. Registre-se que, na vigência do CPC/2015, o art. 375 do Códex estabelece que o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e, ainda, as regras da experiência técnica, “ressalvado, quanto a estas, o exame pericial”. As regras da experiência técnica devem ser de conhecimento de todos, principalmente das partes, exatamente porque são vulgarizadas; se se trata de regra de experiência técnica, de conhecimento exclusivo do juiz ou “apanágio de especialistas”, que por qualquer razão a tenha (o magistrado também tem formação em atuária, por exemplo), torna-se indispensável a realização da perícia. Essa é a razão pela qual se faz a ressalva, no final do texto, ao exame pericial. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. Vol. 2. 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 78) 5. Com efeito, em vista da inexistência de instrução processual para aferir a higidez do substancial percentual de reajuste por aumento de sinistralidade de 45,33%, a tornar temerária a imediata solução do litígio para julgamento de total improcedência, aplicando-se o direito à espécie (art. 1.034 do CPC/2015 e Súmula 456/STF), é de rigor a anulação do acórdão recorrido e da sentença, para que a parte autora possa demonstrar os fatos constitutivos de direito de seus associados, apurando-se, com a produção de prova pericial, concretamente, eventual abusividade do reajuste aplicado. 6. Agravo interno não provido. Recorrente: Associação dos Servidores da Secretaria de Educação do Estado do Ceará. Recorrido: Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica LTDA. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 16 de outubro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 19 out. 2018h. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701350203&dt_publicacao=19/10/2018. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo Interno no Recurso Especial 1739747/SP (2018/0108646-1). Agravo Interno no Recurso Especial. Obrigação de fazer. Plano de saúde. Autogestão. Inaplicabilidade do CDC. Súmula 608/STJ. Negativa de cobertura de procedimento cirúrgico. Natureza abusiva. Agravo interno desprovido. 1. Com relação à inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso em voga, incide a Súmula 608 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão.” Não obstante tal posicionamento, ressalta-se que permanece a obrigação dos planos de saúde de autogestão de cumprirem as obrigações legais e contratuais. 2. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento de que “o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura, e que é abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento, medicamento ou procedimento imprescindível, prescrito para garantir a saúde ou a vida do beneficiário” (AgInt no AREsp 1.100.866/CE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe de 30/11/2017) 3. Agravo interno a que se nega provimento. Recorrente: Fundação Cesp. Recorrido: Maria Celina Vieira. Relator: Min. Raul Araújo, 16 de outubro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 30 out. 2018i. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801086461&dt_publicacao=30/10/2018. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 988070/SP (2016/0249731-0). Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial. Civil. Plano de saúde. Medicamento importado. Anvisa. Ausência de registro. Obrigatoriedade de custeio. Afastamento. Infração sanitária. Normas proibitivas do setor. CDC. Aplicação subsidiária. Licença posterior. Doença coberta. Tratamento imprescindível à recuperação do paciente. Assistência farmacêutica devida. 1. A questão controvertida na presente via recursal consiste em definir se o plano de saúde deve arcar com os custos de medicamento importado sem registro na ANVISA, essencial para o êxito de tratamento oncológico (no caso, o Revlimid, para tratar mieloma múltiplo). 2. Estão excluídos das exigências mínimas de cobertura assistencial a ser oferecida pelas operadoras de plano de saúde os procedimentos clínicos experimentais e o fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados (art. 10, I e V, da Lei nº 9.656/1998). Incidência da Recomendação nº 31/2010 do CNJ e dos Enunciados nºs 6 e 26 da I Jornada de Direito da Saúde. 3. Nos termos de normativos da ANS, medicamento importado não nacionalizado é aquele produzido fora do território nacional e sem registro vigente na ANVISA. Por seu turno, o tratamento que emprega fármaco não registrado/não regularizado no país pode ser considerado de índole experimental. 4. A exclusão da assistência farmacêutica para o medicamento importado sem registro na ANVISA também encontra fundamento nas normas de controle sanitário. De fato, a importação de medicamentos e outras drogas, para fins industriais ou comerciais, sem a prévia e expressa manifestação favorável do Ministério da Saúde constitui tanto infração de natureza sanitária (arts. 10, 12 e 66 da Lei nº 6.360/1976 e 10, IV, da Lei nº 6.437/1977) quanto infração penal (art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal), não podendo a operadora de plano de saúde ser obrigada a custeá-los em afronta à lei. Precedentes. 5. As normas do CDC aplicam-se apenas subsidiariamente nos planos de saúde, conforme previsão do art. 35-G da Lei nº 9.656/1998. De qualquer maneira, em casos de incompatibilidade de normas, pelos critérios da especialidade e da cronologia, há evidente prevalência da lei especial nova. 6. Após o ato registral, a operadora de plano de saúde não pode recusar o tratamento com o fármaco indicado pelo médico assistente. Com efeito, a exclusão da cobertura do produto farmacológico nacionalizado e indicado pelo médico assistente, de uso ambulatorial ou

hospitalar e sem substituto eficaz, para o tratamento da enfermidade significa negar a própria essência do tratamento, desvirtuando a finalidade do contrato de assistência à saúde (arts. 35-F da Lei nº 9.656/1998 e 7º, parágrafo único, e 17 da RN nº 387/2015 da ANS). Precedentes. 7. Embargos de divergência rejeitados. Recorrente: Luciano de Souza Pinheiro. Recorrido: Unimed de Pres Prudente Cooperativa De Trabalho Medico. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 08 de novembro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 nov. 2018j. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=201602497310&dt_publicacao=14/11/2018. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Seção). Recurso Especial 1712163/SP (2017/0182916-7). RECURSO ESPECIAL. RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. PLANO DE SAÚDE. CONTROVÉRSIA ACERCA DA OBRIGATORIEDADE DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO PELA ANVISA. 1. Para efeitos do art. 1.040 do NCPC: 1.1. As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. 2. Aplicação ao caso concreto: 2.1. Não há ofensa ao art. 535 do CPC/73 quando o Tribunal de origem enfrenta todas as questões postas, não havendo no acórdão recorrido omissão, contradição ou obscuridade. 2.2. É legítima a recusa da operadora de plano de saúde em custear medicamento importado, não nacionalizado, sem o devido registro pela ANVISA, em atenção ao disposto no art. 10, V, da Lei nº 9.656/98, sob pena de afronta aos arts. 66 da Lei nº 6.360/76 e 10, V, da Lei nº 6.437/76. Incidência da Recomendação nº 31/2010 do CNJ e dos Enunciados nº 6 e 26, ambos da I Jornada de Direito da Saúde, respectivamente, A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; e, É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental. 2.3. Porém, após o registro pela ANVISA, a operadora de plano de saúde não pode recusar o custeio do tratamento com o fármaco indicado pelo médico responsável pelo beneficiário. 2.4. Em virtude da parcial reforma do acórdão recorrido, com a redistribuição dos ônus da sucumbência, está prejudicado o recurso especial manejado por ONDINA. 3. Recurso especial interposto pela AMIL parcialmente provido. Recurso especial manejado por ONDINA prejudicado. Acórdão sujeito ao regime do art. 1.040 do NCPC. Recorrente: Ondina Bergamo De Queiroz Ferreira e Amil Assistência Médica Internacional S.A. Recorrido: Itauseg Saúde S/A, Ondina Bergamo De Queiroz Ferreira e Amil Assistência Médica Internacional S.A. Relator: Min. Moura Ribeiro, 08 de novembro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 nov. 2018k. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiretor/?num_registro=201701829167&dt_publicacao=26/11/2018. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1324159/MS (2018/0170044-5). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Plano de saúde. Recusa injustificada ao atendimento. Rever a conclusão do acórdão. Impossibilidade. Súmulas 5 e 7 do STJ. Tratamento médico de emergência. Configuração de danos morais. Consonância com a jurisprudência desta corte. Súmula 83/STJ. Agravo interno improvido. 1. A falta de fundamentação da decisão monocrática não ficou configurada, levando-se em conta que as razões pelas quais a decisão agravada afastou as alegadas violações aos arts. 186, 188, I, 927 e 944 do Código Civil; e 373, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil de 2015 e aplicou os óbices referentes às Súmulas 5, 7 e 83 desta Corte foram devidamente alinhavadas, ensejando mero descontentamento da parte contrária com o desfecho do recurso. 2. Tendo o Tribunal de origem reconhecido que houve prova inequívoca

quanto ao ato ilícito praticado pela ré referente à negativa de atendimento médico, em razão de ausência de cadastro da autora no sistema do plano de saúde, não há como dissentir da referida conclusão alcançada sem proceder à análise das cláusulas pactuadas e ao reexame do conjunto probatório, providências vedadas no âmbito do recurso especial, nos termos das Súmulas 5 e 7 do STJ. 3. O acórdão estadual encontra-se em sintonia com a atual jurisprudência desta Corte quanto à caracterização do dano moral, quando a operadora do plano de saúde recusa indevidamente a cobertura do tratamento médico emergencial ou de urgência, não havendo que se falar, na hipótese, em mero inadimplemento contratual. Incidência, no ponto, da Súmula 83/STJ, aplicável a ambas as alíneas autorizadoras. 4. Agravo interno improvido. Recorrente: Unimed de Dourados Cooperativa Trabalho Médico. Recorrido: A M M O (menor). Repr. por : J C M. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 17 de dezembro de 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 1 fev. 2019a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801700445&dt_publicacao=01/02/2019. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Decisão monocrática). Agravo em Recurso Especial 1444103/SP (2019/0031442-4). Recorrente: Notre Dame Intermédica Saúde S.A. Recorrido: Benedito Castro Da Silveira Frade Neto. Relator: Min. Moura Ribeiro, 14 de março de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 20 mar. 2019b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoos/?num_registro=201900314424&dt_publicacao=20/03/2019. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Decisão monocrática). Recurso Especial 1799381/CE (2018/0276996-6). Recorrente: Unimed Fortaleza Sociedade Cooperativa Médica LTDA. Recorrido: K F M (menor). Repr. por: L M DE A e D F G F M. Relator: Min. Herman Benjamin, 25 de março de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 27 mar. 2019c. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoos/?num_registro=201802769966&dt_publicacao=27/03/2019. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1344058/MS (2018/0203221-7). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Ação de indenização. Danos materiais e morais. Plano de saúde. Entidade de autogestão. Não incidência do cdc. Súmula 608/STJ. Atendimento de urgência fora da rede credenciada. Reembolso. Limitação. Preços de tabela efetivamente contratados com a operadora. Demora na autorização de consulta e cirurgia de urgência. Dano moral configurado. Agravo parcialmente provido. 1. Em casos de urgência ou emergência, em que não seja possível a utilização dos serviços médicos próprios, credenciados ou conveniados, a operadora do plano de saúde responsabiliza-se pelo custeio das despesas de assistência médica realizadas pelo beneficiário, mediante reembolso. A obrigação, nessas circunstâncias, é limitada aos preços e tabelas efetivamente contratados com o plano de saúde, à luz do art. 12, VI, da Lei 9.656/98. Precedentes desta Corte. 2. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a recusa indevida à cobertura médica enseja reparação a título de dano moral, uma vez que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado. 3. Hipótese em que o Tribunal de origem consignou que a demora de sete dias em autorizar a realização de consulta de emergência, ensejando o custeio de consulta e de cirurgia de urgência, ante o risco de vida do paciente recém-nascido, caracterizou recusa indevida por parte do plano de saúde e causou desespero e angústia aos pais, configurando danos morais. 4. Agravo interno parcialmente provido para dar parcial provimento ao recurso especial. Recorrente: Caixa De Assistência dos Servidores do Estado de Mato Grosso do Sul. Recorrido: Elaine Cristina Serrano da Mata e Silva; Antônio Carlos da Silva. Relator: Min. Raul Araújo, 07 de maio de 2019. **Diário da**

Justiça Eletrônico, Brasília, 22 maio 2019d. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802032217&dt_publicacao=22/05/2019. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1375970/SP (2018/0258508-0). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Cirurgia para correção de fratura no tornozelo. Complicações. Anestesia peridural. Paciente em estado vegetativo. Erro médico. Culpa configurada. Hospital. Responsabilidade subjetiva. Ação de regresso. Procedência. Danos morais. Valor. Razoabilidade. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n°s 2 e 3/STJ). 2. A jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada no sentido de que a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos contratados que neles trabalham, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa do preposto. 3. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, no caso, o hospital, limita-se aos serviços relacionados com o estabelecimento empresarial, tais como a estadia do paciente (internação e alimentação), as instalações, os equipamentos e os serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes. 4. No caso em apreço, o acórdão recorrido concluiu, com base na prova dos autos, que houve falha médica quando da aplicação da anestesia peridural para correção de fratura no tornozelo da autora, que se encontra em estado vegetativo. 5. A comprovação da culpa do médico atrai a responsabilidade do hospital embasada no artigo 932, inciso III, do Código Civil, mas permite ação de regresso contra o causador do dano. 6. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula n° 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pela (*sic*) instâncias ordinárias apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso, em que arbitrada indenização no valor de R\$ 70.000,00 (setenta mil reais). 7. Agravo interno não provido. Recorrente: Ímpar Serviços Hospitalares S/A. Recorrido: Tokio Marine Seguradora S.A.; Ana Dias Neta. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 10 de junho de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 jun. 2019e. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802585080&dt_publicacao=14/06/2019. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (Decisão monocrática). Agravo no Recurso Especial 1507020/RS (2019/0143642-7). Recorrente: Unimed Porto Alegre - Cooperativa Médica LTDA. Recorrido: Tarciana dos Santos. Relator: Min. Raul Araújo, 24 de junho de 2019.

Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 27 jun. 2019f. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201901436427&dt_publicacao=27/06/2019. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial 1700827/PR (2017/0249679-4). Direito civil. Recurso Especial. Ação de compensação por danos morais. Exame de DNA. Investigação de paternidade. Falso negativo. Laboratório. Defeito na prestação do serviço. Responsabilidade objetiva. Dano moral. Caracterização. Angústia e sofrimento íntimo. Ofensa à honra da mulher. 1. Ação ajuizada em 23/09/2009. Recurso especial interposto em 15/02/2017 e concluso ao gabinete em 25/10/2017. 2. O propósito recursal consiste em definir se o falso resultado negativo de exame de DNA, realizado para fins de averiguação de paternidade, gerou dano moral à recorrente, genitora do investigante. 3. Caracteriza-se como de consumo e, portanto, sujeito às disposições do Código de Defesa do Consumidor o serviço prestado por laboratórios na realização de exames médicos em geral, a exemplo do teste genético para fins de investigação de paternidade. 4. À luz do art. 14, caput e § 1º, do CDC, o fornecedor responde de forma objetiva, ou seja, independentemente de culpa,

pelos danos causados por defeito na prestação do serviço, que se considera defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar. 5. Em se tratando da realização de exames médicos laboratoriais, tem-se por legítima a expectativa do consumidor quanto à exatidão das conclusões lançadas nos laudos respectivos, de modo que eventual erro de diagnóstico de patologia ou equívoco no atestado de determinada condição biológica implica defeito na prestação do serviço, a atrair a responsabilidade objetiva do laboratório. 6. Compreende-se o dano moral como lesão a atributos valorativos da pessoa, enquanto ente ético e social que participa da vida em sociedade, estabelecendo relações intersubjetivas em uma ou mais comunidades ou, em outras palavras, são atentados à parte afetiva e social da personalidade. 7. Ante a "sacralização" do exame de DNA - corriqueiramente considerado pelo senso comum como prova absoluta da (in)existência de vínculo biológico - a indicação de paternidade que, em exame genético, se mostra inexistente sujeita a mãe a um estado de angústia e sofrimento íntimo, pois lança dúvidas quanto ao seu julgamento sobre a realidade dos fatos. O fato que tinha como certo é contrastado com a verdade científica, resultando em um momento de incompreensão e aflição. 8. Ademais, o antagonismo entre a nomeação feita e a exclusão da paternidade, atestada pelo exame, rebaixa a validade da palavra da mãe, inclusive perante o próprio filho, a depender de seu desenvolvimento psicossocial. 9. O simples fato do resultado negativo do exame de DNA agride, ainda, de maneira grave, a honra e reputação da mãe, ante os padrões culturais que, embora estereotipados, predominam socialmente. Basta a ideia de que a mulher tenha tido envolvimento sexual com mais de um homem, ou de que não saiba quem é o pai do seu filho, para que seja questionada sua honestidade e moralidade. 10. Ante as circunstâncias concretas dos autos, tem-se por justa e adequada a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a título de compensação por danos morais. 11. Recurso especial conhecido e provido. Recorrente: R P C. Recorrido: DNALAB Diagnostico Molecular LTDA - Me. Relator: Min. Nancy Andrighi, 05 de novembro de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 8 nov. 2019g. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702496794&dt_publicacao=08/11/2019. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo Interno no Recurso Especial 1776194/SP (2018/0282594-7). Agravo Interno no Recurso Especial. Plano de saúde. Negativa de cobertura de despesas com o tratamento cirúrgico de dermolipectomia abdominal em continuação da cirurgia bariátrica. Violação aos arts. 186 e 927, do cc/2002. Dano moral. Cabimento. Precedentes. Agravo interno não provido. 1. É pacífica a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de reconhecer a existência do dano moral nas hipóteses de recusa injustificada pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, por configurar comportamento abusivo. Precedentes. 2. Agravo interno não provido. Recorrente: Centro Trasmontano de São Paulo. Recorrido: Debora de Moraes Cunha. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 07 de novembro de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 12 nov. 2019h. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802825947&dt_publicacao=12/11/2019. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo Interno no Recurso Especial 1720053/RS (2018/0015251-0). Embargos de Declaração recebidos como Agravo Interno. Recurso Especial. Plano de saúde. Negativa de cobertura de despesas de tratamento médico ministrado ao portador de artrose da coxa femural bilateral. Violação ao art. 927, do CC/2002. Dano moral. Cabimento. Precedentes. Recurso especial provido. Correção monetária. Termo inicial. Mantido. Honorários advocatícios. Percentual. Corrigido. Parcial provimento do agravo interno. 1. Conforme Jurisprudência sedimentada no STJ, os juros moratórios referentes à reparação por dano moral, na responsabilidade contratual, incidem a partir da

citação. A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento, consoante a Súmula nº 362/STJ. 2. Embargos de declaração recebidos como agravo interno, nos termos do art. 1.024, § 3º, do CPC, apenas para fixar os honorários advocatícios em 18% (dezoito por cento) sobre o valor total e atualizado da condenação, já majorados, ficando a decisão monocrática mantida em seus termos, ressalvado apenas a alteração acima do percentual dos honorários advocatícios. Recorrente: Miriam Lucia Kulczynski Forster. Recorrido: Unimed Porto Alegre - Cooperativa Médica LTDA. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 07 de novembro de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 18 nov. 2019i. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800152510&dt_publicacao=18/11/2019. Acesso em: 30 maio 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Agravo Interno no Recurso Especial 1671192/RS (2017/0109555-6). AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA DE DESPESAS DE IMPLANTAÇÃO DE LENTE INTRAOCULAR EM CIRURGIA PARA CORREÇÃO DE CATARATA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 186 E 927, DO CC/2002, E ART. 10, INC. VII, DA LEI N. 9.656/1998, E AINDA DO ART. 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO MORAL IN RE IPSA. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. ARBITRAMENTO. MÉTODO BIFÁSICO. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. É pacífica a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de reconhecer a existência do dano moral in re ipsa nas hipóteses de recusa injustificada pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que estivesse legal ou contratualmente obrigada, por configurar comportamento abusivo. Precedentes. 2. Agravo interno não provido. Recorrente: Unimed – Cooperativa de Serviços de Saúde dos Vales do Taquari e Rio Pardo LTDA. Recorrido: Júlio Cesar Chitto. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 21 de novembro de 2019. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, 26 nov. 2019j. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701095556&dt_publicacao=26/11/2019. Acesso em: 30 maio 2020.

BRESCIANI, Carlo (Coord.). *Il concetto di giustizia distributiva e il problema della ripartizione equa delle risorse in sanità*. In: **Etica risorse economiche e sanità**. Milão: Giuffrè, 1998.

BRICOLA, Franco. *La riscoperta delle pene private*. In: CANESTRARI, Stefano; MELCHIONDA, Alessandro (org.). **Scritti di diritto penale: dottrine generali**. Milano: Giuffrè, 1997. v. I.

BUSS, Paulo Marchiori. Promoção da saúde e qualidade de vida. **Ciência & saúde coletiva [on-line]**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 163-177, jan. 2000. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232000000100014&lng=pt&tlng=pt. Acesso: 30.05.2020.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. Conforme o Código Civil de 2002. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. _____. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. Princípios básicos de seguros e planos de saúde. *In*: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 67-94.

CARNAP, Rudolf. **Meaning and necessity: a study in semantics and modal logic**. The University of Chicago, The University of Chicago Press, c1947.

CARON, Eduardo; LEFÈVRE, Fernando; LEFÈVRE, Ana Maria Cavalcanti. Afinal, somos ou não somos uma sociedade de consumo? Consequências para a saúde. **Ciência & saúde coletiva**, v. 20, n. 1, Rio de Janeiro, 2015, p. 145-153.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano**: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. **Direito à saúde**: paradigmas procedimentais e substanciais da constituição. São Paulo: Saraiva, 2013. (Série IDP: linha pesquisa acadêmica).

COELHO, Inocêncio Mártires. Evolução do constitucionalismo brasileiro pós-88. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Série IDP). p. 67-72.

CORDEIRO, Antônio Menezes. O civilismo lusófono. *In*: JUSTO, A. Santos. **Direito civil constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. 2. ed. 21. reimpr. São Paulo: Atlas, 2013.

DENARI, Zelmo. Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos. [segmento atualizado por José Geraldo Brito Filomeno]. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Colaboração de Vicente Gomes de Oliveira Filho e João Ferreira Braga. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 176-256.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. **Comentários ao novo Código Civil**, volume XIII: da responsabilidade civil, das preferências e privilégios creditórios. Coordenação de Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

DODSON, Kevin E. Kant's Socialism: A Philosophical Reconstruction. **Social Theory and Practice**, Florida (Florida State University Department of Philosophy), v. 29, n. 4, p. 525-538, 14 oct. 2003. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23559148>. Acesso em: 20 set. 2019.

DONISI, Carmine. *Verso la “depatrimonializzazione” del diritto privato*. **Rassegna di diritto civile**, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, n. 3, p. 644-706, luglio 1980.

DURÃO, Aylton Barbieri. O direito real de Kant. **Trans/Form/Ação [on-line]**, Marília, SP, v. 33, n. 2, p. 77-93, 2010. Disponível em: <http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/transformacao/article/view/1032>. Acesso em: 4 de jun. de 2020.

ESMERALDI, Renata Maria Gil da Silva Lopes; LOPES, José Fernando da Silva. **Planos de saúde no Brasil**: doutrina e jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ESPÍRITO SANTO. Processo: 0021149-69.2009.8.08.0024. Vara: VITÓRIA - 11ª VARA CÍVEL Ação: Procedimento Comum Valor da Causa: R\$ 15000 (LEITURA DE SENTENÇA: 27/11/2014). Juíza: Ana Cláudia Rodrigues de Faria Soares. **Diário da Justiça**, Vitória, 21 de nov. 2014.

_____. Processo: 0021149-69.2009.8.08.0024 (024090211491) Classe: Apelação Órgão: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL Data de Julgamento: 25/06/2019 Data da Relator : ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA Origem: VITÓRIA - 11ª VARA CÍVEL. **Diário da Justiça**, Vitória, 5 jul. 2019.

FARIAS, Rodrigo Nóbrega. **Direito à saúde & sua judicialização**. Curitiba: Juruá, 2018.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de A. Mayer. O papel acentuado do juiz e da jurisprudência na atualidade dos contratos. Uma tendência jus-realista? **Boletim da faculdade de direito**, Coimbra, v. LXXX, p. 679-693, 2004.

_____. Humanização do direito civil constitucional ou por um direito civil social: lineamentos introdutórios. **Revista de direito civil contemporâneo (RDCC)**, São Paulo, v. 11, p. 239-257, abr.-jun. 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Conceito de Sistema no direito**: uma investigação histórica a partir da obra jusfilosófica de Emil Lask. São Paulo: Revista dos Tribunais; Editora da Universidade de São Paulo, 1976.

_____. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 10. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

FERRAZ, Octávio Motta. Inovação dos métodos de pesquisa em direito e renovação da produção científica. In: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves (org.). **Pesquisa empírica em direito**. Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

FLUMINHAN, Vinícius Pacheco. **SUS versus tribunais**: limites e possibilidades para uma intervenção judicial legítima. Curitiba: Juruá, 2014.

FÓRUM FENASAÚDE, 5. **Novos rumos da saúde suplementar**. Rio de Janeiro: Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde), 2019. Disponível em: <http://fenasaude.org.br/eventos/eventos-realizados/5-forum-fenasaude.html>. Acesso em: 30 maio 2020.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código civil**: esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860.

GIORGI, Raffaele de; NUZZO, Luciano. What is Criminology About? *In*: Don Crewe and Ronnie Lippens, Routledge, Abingdon, Oxon (Orgs.). ***What is Criminology about?*** Philosophical Reflection. Tradução livre por Sarah Lemos Silva e Luciano Nascimento Silva. 1ed. New York: [s.n.], 2015. p. 84-101.

GIL, Antonio Carlos. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 184 p.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Direito ao próprio corpo**: direitos da personalidade e os atos de limitação voluntária. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. **Eutanásia, ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade**: o sentido de viver e morrer com dignidade. Curitiba: Juruá, 2016.

GOMES, Doris; RAMOS, Flávia Regina Souza. Ética e comprometimento do profissional da saúde pós-reestruturação produtiva numa região metropolitana do sul do Brasil. **Interface**: comunicação, saúde, educação, Botucatu, v. 18, n. 49, p. 289-300, jun. 2014.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 21. ed. Revista e atualizada por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Obrigações**. Atualização de Edvaldo Brito. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HAYEK, Friedrich A. **Law, Legislation and liberty**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **The cost of rights** – why liberty depends on taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

HUBER, Guilherme Ziegler; GARCIA, Jaci Rene Costa. Immanuel Kant e a Teoria da Responsabilidade Civil por Dano Extrapatrimonial: síntese e análise. SALÃO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA – PUCRS, 10., 2009, Porto Alegre. **Anais [...]**. Porto Alegre: PUCRS, 2009. Disponível em: http://www.pucrs.br/edipucrs/XSalaoIC/Ciencias_Sociais_Aplicadas/Direito/70417-GUILHERME_ZIEGLER_HUBER.pdf. Acesso em: 4 jun. 2020.

HUMBOLDT, Wilhelm von. **The limits of State Action**. Cambridge: Cambridge University Press, 1969.

IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1999.

KANT, Immanuel. **Crítica da faculdade do juízo**. Tradução de Valério Rohden e Antônio Marques. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2012.

_____. **Doutrina do direito**. Tradução de Edson Bini. 4. ed. revista e atualizada. São Paulo: Ícone, 2013. (Coleção Fundamentos do Direito).

_____. **Metafísica dos costumes**. Tradução, textos adicionais e notas de Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2017.

KAUFMAN, Alexander. *Welfare in Kantian State*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

KERSTING, Wolfgang. Politics, freedom, and order: Kant's political philosophy. In: GUYEW, Paul (editor). *The Cambridge Companion to Kant*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

_____. **Liberdade bem-ordenada: filosofia do direito e do estado de Immanuel Kant**. Tradução e revisão de Luís Afonso Heck. 3. ed. ampl. e trabalhada. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2012.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade civil do médico**. 8 ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KONDER, Carlos Nelson. Distinções hermenêuticas da constitucionalização do direito civil. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde *et al.* **Direito civil constitucional**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LAMBERT-FAIVRE, Yvonne. **Droit des assurances**. 11. ed. Paris: Dalloz, 2001.

LIMA, Alvino. **Da culpa ao risco**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1938. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/DominioPublico/43165/pdf/43165.pdf>. Acesso em: 30.05.2020

LIMA, Newton de Oliveira. **O estado de direito em Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

LIMA, Ítalo Wesley Paz de Oliveira. **O pagamento por serviços ambientais urbanos na política nacional de resíduos sólidos: instrumento para o desenvolvimento sustentável no espaço urbano**. 2017. 162 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2017.

LIMA, João Alceu A. FÓRUM FENASAÚDE, 5., Novos rumos da saúde suplementar, 24 out. 2019, Rio de Janeiro. **Palestra de abertura [...]**. Rio de Janeiro: Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde), 2019.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: Contratos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. v. 3.

LOPES, Mauricio Caldas. **Judicialização da saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 5.

LOPEZ, Teresa Ancona. **O dano estético**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Responsabilidade civil na sociedade de risco. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 105, p. 1223-1234, jan./dez. 2010.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Planos e seguros de saúde. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. **Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde**. São Paulo: Saraiva, 2007. (Série GVlaw).

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Art. 373. STRECK, Lenio Luiz, NUNES, Dierle, CUNHA, Leonardo Carneiro da (org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. Coordenação executiva de Alexandre Freire. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**: curso de direitos fundamentais. São Paulo: Método, 2008.

MANDETTA, Luiz Henrique. O desafio da saúde suplementar na ampliação do acesso da população aos serviços de saúde. FÓRUM FENASAÚDE, 5., Novos rumos da saúde suplementar, 24 de outubro de 2019, Rio de Janeiro. Palestra Magna [...]. Rio de Janeiro: Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde), 2019.

MARCUSE, Herbert. **Studies in Critical Philosophy**. Boston: Beacon Press, 1973.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEDEIROS, João Bosco. **Redação Científica**: a prática de fichamentos, resumos, resenhas. 11. ed. 5. reimpr. São Paulo: Atlas, 2012. 322 p.

MELLO, Marco Aurélio. Saúde suplementar, segurança jurídica e equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira (org.). **Planos de saúde**: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** – plano da existência. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Curso de Direito Civil**: Responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2015.

MENDES, Eugenio Vilaça. **Uma agenda para a saúde**. São Paulo: Hucitec, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. SARAIVA: São Paulo, 2012.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; COELHO, José Martônio Alves; BUGARIM, Maria Clara Cavalcante. A expansão da responsabilidade civil na sociedade de riscos. **Scientia iuris**, Londrina, v. 15, n. 1, p. 29-50, jun. 2011.

MERLE, Jean-Christophe. A teoria de Kant sobre a justiça criminal: uma justificativa moral? In: TRAVESSONI, Alexandre (coord.). **Kant e o direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 583-602.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito civil**: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. Os direitos fundamentais na ordem constitucional portuguesa. **Revista española de derecho constitucional**, Madrid, Año 6, n. 18, p. 107-138, septiembre-diciembre 1986.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 6. ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

MONTEIRO, Antonio Pinto. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista direito mackenzie**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30, jul./dez. 2002. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rmd/article/view/7246>. Acesso em: 30 nov. 2018

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996.

OLIVEIRA, Lavynia Fabrícia Vaz de; DINIZ, Wendson Abraão Fernandes; COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da. A proteção da dignidade humana diante das novas perspectivas de constitucionalização do direito civil: análise da promoção do direito à saúde dos pacientes com câncer. *In*: PEREIRA, André Gonçalo Dias; CARDOSO, Henrique Ribeiro; FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer (org.). **Hipervulnerabilidade, saúde e humanização do direito civil-constitucional**. 1. ed. João Pessoa: IDCC, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. Atualização de Gustavo Tepedino. 11. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de M. C. De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Tradução de M. B. de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PORTO, Antônio Maristrello. A visão do brasileiro sobre o cadastro positivo. *In*: Coordenação e organização de CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves (org.). **Pesquisa empírica em direito**. Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa social: métodos e técnicas**. colaboração Dietmar Klaus Pfeiffer. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (2. Turma). Recurso Ordinário 00015690001569-05.2012.5.01.0053 (Acórdão). Plano de saúde. Suspensão ou cancelamento. Força maior. Caso fortuito. -Fortuito interno-. Dano moral. Não configuração. Por lei, nenhuma empresa tem obrigação de contratar planos de saúde em favor de seus empregados ou familiares, pagando parte ou a totalidade das mensalidades. Se o fazem, criam uma espécie de frange benefits, isto é, benefícios indiretos. Por mais que se diga que esses benefícios indiretos são benesses do patrão, ninguém ignora que numa economia de mercado esses prêmios indiretos têm o objetivo de fidelizar o empregado, isto é, seduzi-lo a manter o vínculo de emprego. O plano de saúde não é salário, e o valor pago total ou parcialmente pela empresa não se incorpora ao ganho do empregado. Trata-se, como o nome diz, de um benefício indireto. A suspensão abrupta de um contrato de seguro-saúde por parte do prestador dos serviços (a empresa de planos de saúde) não é força maior. Força maior e caso fortuito são expressões sinônimas e indicam aquele evento imprevisível e inevitável. Um raio que se abate sobre um automóvel numa estrada de rodagem num dia de tempestade é um evento natural imprevisível e inevitável. Num caso desses, não há dano a reparar. Mas um raio que se abate sobre uma garagem de condomínio é previsível, embora inevitável, porque é

do senso comum que as correntes elétricas oriundas dos relâmpagos atingem os edifícios mais altos. A suspensão inesperada dos planos de saúde contratados por uma sociedade empresária a uma empresa de seguro-saúde pode ter várias causas, todas previsíveis e evitáveis. Quando isso ocorre, dá-se o que em doutrina se chama -fortuito interno-, isto é, aquele evento imprevisível mas evitável porque se liga à sua própria obrigação como contratante do plano em favor de seus empregados. Em tais situações, o patrão deve suportar os encargos contraídos pela empregada com outro plano de saúde e ingressar com ação regressiva em face da empresa de planos de saúde para reaver o que pagou no lugar dela. O que não pode é imputar ao empregado ou à operadora de planos de saúde a responsabilidade exclusiva pelo evento danoso e se eximir de qualquer obrigação. Dos três - empregado, operadora e patrão-, o empregado é o único que não tem culpa de nada. Recorrente: Charlene Gamboa Guimarães da Costa. Recorrido: Nova Coop1 Cooperativa de Vendedores de Plano de Saúde e Odontológico LTDA. Relator: Des. José Geraldo da Fonseca, 08 de outubro de 2014. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 17 out. 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.trt1.jus.br/jspui/handle/1001/589421>. Acesso em: 30 maio 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução de A. Coimbra e M. J. C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSEN, Allen D. *Kant's Theory of Justice*. Ithaca: Cornell University Press, 1993.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SADEK, Maria Tereza. A pesquisa em direito e a pesquisa em ciências sociais. In: **Pesquisa empírica em direito**. Coordenação e organização de Alexandre dos Santos Cunha e Paulo Eduardo Alves Silva. Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

SALDANHA, Nelson. Do direito natural à teoria da argumentação. In: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coord.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

SCAFF, Fernando Campos. **Direito à saúde no âmbito privado: contratos de adesão, planos de saúde e seguro-saúde**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas tributárias indutoras e intervenção econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHREIBER, Anderson. Arbitramento do dano moral no Novo Código Civil. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 12, p. 3-24, out.-dez. 2002.

_____. **Direitos da personalidade**. 3. ed. São paulo: Atlas, 2014.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEDGWICK, Sally. **Fundamentação da metafísica dos costumes**: uma chave de leitura. Tradução de Diego Kosbiau Trevisan. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2017. (Coleção Chaves de Leitura).

SOARES, Roberto Oleiro. **As funções punitiva e preventiva da responsabilidade civil nas relações de consumo**. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Responsabilidade civil objetiva e risco** – a teoria do risco concorrente. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011. (Coleção Prof. Rubens Limongi França).

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. **Revista de Direito do Estado (RDE)**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 2, p. 37-53, abr.-jun. 2006a.

_____. **A responsabilidade médica na experiência brasileira contemporânea**. Temas de direito civil. Rio de Janeiro, 2006b. t. II, p. 83-119.

TERRA, Ricardo R. **Kant & o direito**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

_____. Propriedade e constituição civil na filosofia kantiana. In: TRAVESSONI, Alexandre (coord.). **Kant e o direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 377 - 415.

VASCONCELOS, Luiz Carlos Fadel de; OLIVEIRA, Maria Helena Barros de. Direito e saúde. aproximações para a demarcação de um novo campo de conhecimento. In: OLIVEIRA, Maria Helena Barros de; VASCONCELOS, Luiz Carlos Fadel de (org.). **Direito e saúde**: um campo em construção. 1. ed. Rio de Janeiro: Ediuouro, 2009. p. 11-36.

VELONI, Raphael Bruno; BRANDÃO, Fernanda Holanda Vasconcelos. A parcialidade da constitucionalização do direito civil: antecedentes históricos e uma futura proposta. In: Luciano Nascimento Silva. (Org.). **Mundo dos direitos humanos**: do mundo. 1. ed. Campina Grande, PB: EDUEPB, 2019. p. 01-15.

VELONI, Raphael Bruno; LIMA, Newton de Oliveira. O Fundamento da Responsabilidade Kantiana: um instrumento contra a inefetividade dos direitos. **Direito, Estado e Sociedade**, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2020. [Aguardando publicação].

VIEIRA, Padre Antônio. Sermão de Santo Antônio. In: _____. **Sermões**. Erechim: Edelbra, 1998. v. 10.

WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. **Revista de da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 17, p. 60-71, 1992.

WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). DECLARAÇÃO DE ALMA-ATA CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE CUIDADOS PRIMÁRIOS DE SAÚDE Alma-Ata, URSS, 6-12 de setembro de 1978.

_____. **World health statistics 2017**: monitoring health for the SDGs, Sustainable Development Goals. Geneva: World Health Organization, 2017. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/255336/1/9789241565486-eng.pdf?ua=1>. Acesso em: 25 jan. 2018.