

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Ativismo judicial e judicialização da política da relação de consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no estado de São Paulo

Judicial activism and legalization of the consumption ratio policy: an analysis of the jurisdictional control of contracts private health plans in the state of São Paulo

Renan Posella Mandarino

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

Sumário

EDITORIAL	V
Carlos Ayres Britto, Lilian Rose Lemos Soares Nunes e Marcelo Dias Varella	
GRUPO I - ATIVISMO JUDICIAL	1
APONTAMENTOS PARA UM DEBATE SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL.....	3
Inocêncio Mártires Coelho	
A RAZÃO SEM VOTO: O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O GOVERNO DA MAIORIA.....	24
Luís Roberto Barroso	
O PROBLEMA DO ATIVISMO JUDICIAL: UMA ANÁLISE DO CASO MS3326	52
Lenio Luiz Streck, Clarissa Tassinari e Adriano Obach Lepper	
DO ATIVISMO JUDICIAL AO ATIVISMO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	63
Christine Oliveira Peter	
ATIVISMO JUDICIAL: O CONTEXTO DE SUA COMPREENSÃO PARA A CONSTRUÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS RACIONAIS	89
Ciro di Benatti Galvão	
HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E ATIVIDADE JUDICIAL PRAGMÁTICA: APROXIMAÇÕES.....	101
Humberto Fernandes de Moura	
O PAPEL DOS PRECEDENTES PARA O CONTROLE DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONTEXTO PÓS-POSITIVISTA.....	116
Lara Bonemer Azevedo da Rocha, Claudia Maria Barbosa	
A EXPRESSÃO “ATIVISMO JUDICIAL”, COMO UM “CLICHÉ CONSTITUCIONAL”, DEVE SER ABANDONADA: UMA ANÁLISE CRÍTICA	135
Thiago Aguiar Pádua	
A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FRENTE AOS FENÔMENOS DA JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DO ATIVISMO JUDICIAL	170
Mariana Oliveira de Sá e Vinícius Silva Bonfim	

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: A ATUAÇÃO DO STF E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA NO BRASIL..191

Marilha Gabriela Reverendo Garau, Juliana Pessoa Mulatinho e Ana Beatriz Oliveira Reis

GRUPO II - ATIVISMO JUDICIAL E POLÍTICAS PÚBLICAS.....207

POLÍTICAS PÚBLICAS E ATIVISMO JUDICIAL: O DILEMA ENTRE EFETIVIDADE E LIMITES DE ATUAÇÃO.....209

Ana Luisa Tarter Nunes, Nilton Carlos Coutinho e Rafael José Nadim de Lazari

CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E CONSTITUCIONAL224

Selma Leite do Nascimento Sauerbronn de Souza

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO CONSTITUCIONAL EM FACE DO FENÔMENO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL239

Sílvio Dagoberto Orsatto

POLÍTICAS PÚBLICAS E PROCESSO ELEITORAL: REFLEXÃO A PARTIR DA DEMOCRACIA COMO PROJETO POLÍTICO253

Antonio Henrique Graciano Suxberger

A TUTELA DO DIREITO DE MORADIA E O ATIVISMO JUDICIAL.....265

Paulo Afonso Cavichioli Carmona

ATIVISMO JUDICIAL E DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE E OS IMPACTOS DA POSTURA ATIVISTA DO PODER JUDICIÁRIO..... 291

Fernanda Tercetti Nunes Pereira

A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E O DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL À SAÚDE, À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DISTRIBUTIVA DE JOHN RAWLS..... 310

Urá Lobato Martins

BIOPOLÍTICA E DIREITO NO BRASIL: A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO DE ANENCÉFALOS COMO PROCEDIMENTO DE NORMALIZAÇÃO DA VIDA330

Paulo Germano Barrozo de Albuquerque e Ranulpho Rêgo Muraro

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA DA RELAÇÃO DE CONSUMO: UMA ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADO NO ESTADO DE SÃO PAULO.....348

Renan Posella Mandarinó e Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas

A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DA DEMARCAÇÃO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS	362
Larissa Ribeiro da Cruz Godoy	
POLÍTICAS PÚBLICAS E ETNODESENVOLVIMENTO COM ENFOQUE NA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA.....	375
Fábio Campelo Conrado de Holanda	
TENTATIVAS DE CONTENÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	392
Alice Rocha da Silva e Andrea de Quadros Dantas Echeverria	
O DESENVOLVIMENTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	410
André Pires Gontijo	
O ATIVISMO JUDICIAL DA CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA PARA ALÉM DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA.....	425
Giovana Maria Frisso	
GRUPO III - ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA.....	438
LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DEMOCRACIA. REALIDADE INTERCAMBIANTE E NECESSIDADE DE APROFUNDAMENTO DA QUESTÃO. ESTUDO COMPARATIVO. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO BRASIL- ADPF 130- E A SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.	440
Luís Inácio Lucena Adams	
A GERMANÍSTICA JURÍDICA E A METÁFORA DO DEDO EM RISTE NO CONTEXTO EXPLORATIVO DAS JUSTIFICATIVAS DA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	452
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	
ANARQUISMO JUDICIAL E SEGURANÇA JURÍDICA.....	480
Ivo Teixeira Gico Jr.	
A (DES)HARMONIA ENTRE OS PODERES E O DIÁLOGO (IN)TENSO ENTRE DEMOCRACIA E REPÚBLICA.....	501
Aléssia de Barros Chevitarese	
PROMESSAS DA MODERNIDADE E ATIVISMO JUDICIAL.....	519
Leonardo Zehuri Tovar	
POR DENTRO DAS SUPREMAS CORTES: BASTIDORES, TELEVISIONAMENTO E A MAGIA DA TRIBUNA.....	538
Saul Tourinho Leal	

DIREITO PROCESSUAL DE GRUPOS SOCIAIS NO BRASIL: UMA VERSÃO REVISTA E ATUALIZADA DAS PRIMEIRAS LINHAS	553
Jefferson Carús Guedes	
A OUTRA REALIDADE: O PANCONSTITUCIONALISMO NOS ISTEITES	588
Thiago Aguiar de Pádua, Fábio Luiz Bragança Ferreira E Ana Carolina Borges de Oliveira	
A RESOLUÇÃO N. 23.389/2013 DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL E A TENSÃO ENTRE OS PODERES CONSTITUÍDOS	606
Bernardo Silva de Seixas e Roberta Kelly Silva Souza	
O RESTABELECIMENTO DO EXAME CRIMINOLÓGICO POR MEIO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 26: UMA MANIFESTAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL	622
Flávia Ávila Penido e Jordânia Cláudia de Oliveira Gonçalves	
NORMAS EDITORIAIS.....	637
Envio dos trabalhos.....	639

Ativismo judicial e judicialização da política da relação de consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no estado de São Paulo*

Judicial activism and legalization of the consumption ratio policy: an analysis of the jurisdictional control of contracts private health plans in the state of São Paulo

Renan Posella Mandarino**

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas***

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar o movimento de judicialização da política na prática das relações consumeristas, com o intuito de compreender o controle exercido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo nos contratos de planos de saúde privado. Será traçada uma diferenciação entre ativismo judicial e judicialização da política, em razão da análise específica a que se propõe. Posteriormente a pesquisa concentrar-se-á na política das relações de consumo e os desdobramentos de suas bases principiológicas e normativas. Por fim, a judicialização da política da relação de consumo nos contratos de planos de saúde será analisada a partir das súmulas editadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. A perspectiva metodológica é a dedutiva, pois, com base na teoria do ativismo judicial e da judicialização, será possível compreender o controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde. O trabalho é bibliográfico e desenvolve conceitos relativos a ativismo judicial, judicialização da política e práticas consumeristas. A conclusão a que se chega é que o controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde do estado de São Paulo é resultado da significativa quantidade de demandas repetitivas que assolam o poder judiciário brasileiro. A edição de súmulas para assentar o entendimento da matéria não pode ser compreendida como ativismo judicial. Esse é um ato inerente à judicialização das políticas, que se apresenta como fenômeno inevitável diante dos conflitos apresentados na sociedade pós-moderna.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Judicialização da política. Direito do consumidor. Planos de saúde.

ABSTRACT

This article aims to analyze the movement of legalization politics in the practice of *consumption ratio* in order to understand the control exercised by

* Recebido em 30/10/2014
Aprovado em 25/02/2015

** Mestrando e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), campus de Franca. E-mail: renan.mandarino@agtm.adv.br

*** Professora Doutora da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), campus de Franca, e da Universidade Paulista (UNIP), Campus de Ribeirão Preto. Membro do Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos – NET-PDH. E-mail: madarbo@uol.com.br

the Court of São Paulo in private health plans contract. Differentiate between judicial activism and legalization of politics, because of the specific analysis that aims to trace. Later research will focus on the politics of consumer relations and the ramifications of their principiologicas and normative bases. Finally, the legalization of the consumption ratio in health insurance contracts policy will be reviewed from the dockets issued by the Court of São Paulo. The methodological approach is deductive, because from the theory of judicialization and judicial activism is possible to understand the judicial review of health plan contracts. The work is literature and develops the concepts of judicial activism, legalization of politics and consumerist practices. The conclusion reached is that the judicial review of the state of São Paulo contracts of health plans is a result of the significant amount of repetitive demands plaguing the Brazilian judiciary. Editing overviews of understanding to settle the matter cannot be understood as judicial activism. This is an inherent judicialization of politics, which is presented as inevitable phenomenon in the face of conflicts presented in post modern society act.

Keywords: Judicial activism. Judicialization of politics. Consumer law. Health plans.

1. INTRODUÇÃO

Com a promulgação do texto constitucional de 1988, o poder judiciário tornou-se *o locus* mais democrático para composição dos conflitos de interesses, disponibilizando amplo acesso a todos os membros da sociedade. Ocorre que, diante da ineficiência dos demais poderes do Estado e a complexidade das estruturas sociais contemporâneas, iniciou-se o fenômeno da “judicialização”, chamados por alguns doutrinadores de ativismo judicial.

Esse processo de judicialização também se verifica nas relações de consumo, diante da vulnerabilidade e da condição de hipossuficiência apresentado pelo consumidor nas relações comerciais.

O presente trabalho analisará a forma como a judicialização das políticas das relações de consumo reflete nos contratos de plano de saúde privado, cingindo sua análise no contexto do controle jurisdicional exercido na justiça paulista.

Para tanto, inicialmente o trabalho fará uma incursão teórica, com a finalidade de analisar a diferença entre os termos ativismo judicial e judicialização da política, muitas das vezes utilizados como expressões sinônimas.

Em seguida, passar-se-á para a abordagem da política consumerista do sistema jurídico brasileiro, apontando as bases principiologicas das relações de consumo.

Por derradeiro, analisar-se-á o controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado, correlacionando com as críticas relativas ao processo de judicialização das políticas relativas ao direito do consumidor.

2. ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA

A promulgação do texto constitucional de 1988 simbolizou um momento de radical transformação na forma como era concebido o exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Ápice do denominado “processo de redemocratização” (posto que rompeu com o período ditatorial do país), a Constituição Federal abarcou um numeroso rol de direitos, especialmente de cunho social, garantidos aos cidadãos.

Diante das garantias estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro, iniciou-se o crescimento e a intensidade da participação do Judiciário na concretização dos direitos aos cidadãos. A partir disso, dois termos passaram a estar diretamente vinculados à atividade jurisdicional: ativismo judicial e judicialização política.

Ambas as expressões são empregadas no sentido de demonstrar o acentuado grau de judicialização que assume o direito brasileiro na atual conjuntura; entretanto, a distinção entre ativismo e judicialização da política apresenta-se como indispensável para evitar que o direito seja resumido a “um produto das decisões judiciais”, o que afetaria as bases democráticas que fundam o Estado brasileiro.

Friedrich Müller fundamenta que “o direito constitucional é o direito do político. Insistir nisso, não tem relação com o ‘decisionismo’”¹. A afirmação toca pontualmente no elemento principal para distinção entre judicialização da política do ativismo judicial. Isso porque o autor reforça a vinculação entre o direito e a política, como também revela que essa relação não está vinculada a um decisionismo. Na realidade, com isso, não se está apenas afirmando que o direito e a política se inter-relacionam, mas se está negando que a política seja o elemento catalizador do decisionismo no âmbito jurídico. Em última análise, está-se tratando do modo de compreender o “elemento político” do direito, conforme destaca Clarissa Tassinari:

A resposta para a pergunta do que seja a judicialização da política passa, de início, pela percepção que se está a tratar da interação de, pelo menos, três elementos: Direito, Política e Judiciário. Por certo, a própria noção de constitucionalismo [...] demonstra, assim, o modo como se dá a articulação entre o Direito e a Política. Mais especificamente o constitucionalismo pode ser definido como uma tentativa jurídica (Direito) de oferecer limites para o poder político (Política), o que se dá por meio das Constituições.²

A política é a mola propulsa para a configuração do conteúdo jurídico-constitucional, de forma que a autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente. Luís Roberto Barroso aponta para existência de uma dualidade na relação direito e política que configuraria uma situação de autonomia relativa: o direito apresenta a ambiguidade de ao mesmo tempo ser e não ser política.

Segundo Barroso, o direito não é política porque não se pode submeter à noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder. Entretanto, o direito é política na medida em que: *a)* sua criação é produto da vontade da maioria, que se manifesta na Constituição e as leis; *b)* sua aplicação não é dissociada da realidade política, dos efeitos que produz no meio social e dos sentimentos e expectativas dos cidadãos; *c)* juízes não são seres sem memória e sem desejos, libertos do próprio inconsciente e de qualquer ideologia e, conseqüentemente, sua subjetividade há de interferir com juízos de valor que formula.³

Para o autor, a judicialização da política no Brasil é forjada por um contexto marcado por três fatores: redemocratização, constitucionalismo abrangente e incorporação de um sistema híbrido de controle de constitucionalidade, o qual aceita as modalidades difusa e concentrada. Logo, esse fenômeno aparece como característica oriunda das transformações ocorridas no direito brasileiro com o surgimento da Constituição de 1988. Nessa linha, o contraponto entre judicialização da política e ativismo judicial dar-se-ia em função da diferença existente nas causas que lhe deram origem.

O ministro identifica, ainda, o ativismo judicial como “um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e seu alcance” ou como uma postura que “procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito”. Três condutas caracterizam o ativismo judicial: aplicação direta da constituição, mesmo diante da ausência de disposição legislativa; declaração de inconstitucionalidade, com base em critérios menos rígidos; e imposição de condutas ao poder público. Nesses termos, ativismo se configuraria com a “participação ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes.”⁴

1 MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza et al. (Org.). *Teorias da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

2 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 28.

3 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

4 BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda;

Com a devida vênia, mas duas críticas merecem ser pontuadas com relação ao posicionamento de Luís Roberto Barroso. Em primeiro lugar sua abordagem pouco esclarece acerca do papel da política no direito, apresentando acentuada carga de subjetivismo à política. Em segundo, os elementos caracterizadores do ativismo são inerentes a qualquer magistrado no exercício de suas atribuições, o que obsta afirmar que há excesso no exercício de sua função jurisdicional. Ou seja, pelos critérios acima não há como dissociar ativismo e judicialização da política.

Entretanto, não se pode negar que a judicialização da política seja produto das transformações ocorridas no sistema normativo após o advento do texto constitucional, já que uma das marcas da passagem da concepção de Estado Social para a de Estado Democrático de Direito é o deslocamento do polo de tensão do executivo para o judiciário.

A constitucionalização do direito após Segunda Guerra Mundial, a legitimação dos direitos humanos e as influências dos sistemas norte-americano e europeu são fatores determinantes na concretização do fenômeno da judicialização do sistema político. Tais acontecimentos provocaram uma maior participação e interferência do Estado na sociedade e, em razão da inércia dos demais poderes, abriu espaço para a jurisdição dirimir as lacunas deixadas pelos demais “braços” do Estado.⁵

Outro fator de suma importância para a consolidação da judicialização da política é a publicização da esfera privada. Luiz Werneck Vianna pondera que, com a maior inserção do princípio democrático na remodelagem do Estado e o surgimento de novos direitos de cunho difuso, o Judiciário deixa de ser um poder inerte e alheio às transformações sociais. Há uma crescente institucionalização do direito na vida social, inclusive com o seu transbordamento em certas dimensões da vida privada:

[...] a democratização social e a nova institucionalidade da democracia política, trazendo à luz Constituições informadas pelo princípio da positividade dos direitos fundamentais, estariam no cerne do processo de redefinição das relações entre os três Poderes, ensejando a inclusão do Poder Judiciário no espaço da política.⁶

A judicialização é muito mais fruto do aumento de demandas, em razão da maior consagração de direitos constitucionais e dos anseios populares, do que uma referência a um modelo de jurisdição fortalecido. Esse fenômeno não depende do desejo ou da vontade do órgão judicante, como bem se observa no ativismo judicial; ao contrário, a judicialização é derivada de fatores exógenos à jurisdição, traçando o seguinte caminho: inicia com o amplo reconhecimento de direitos sociais, passa pela ineficiência do Estado em implementá-los e desaguam no aumento da litigiosidade.

Atrelado à questão da judicialização da política, mais especificamente em ambiente que reconhece a vinculação entre direito e política, o ativismo judicial surge como fenômeno que possui diversos entendimentos⁷: *a*) como decorrência do exercício do poder de revisar atos dos outros poderes (controle de constitucionalidade); *b*) como sinônimo de maior interferência do judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste ponto, entraria em conflito com o conceito de judicialização); *c*) como abertura à discricionariedade no ato decisório; *d*) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador. Há quem diga ainda a prevalência de mais dois elementos para a configuração do ativismo judicial: existência de omissões legislativas e o caráter de vagueza e ambiguidade do direito.⁸ Como bem se percebe, há imensa dificuldade em singularizar o conceito de ativismo judicial, posto que inexistente um compromisso teórico para defini-lo.

FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.

5 VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratórios de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

6 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 15.

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

8 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

O perfil ativista do judiciário brasileiro apresenta peculiaridades em relação às demais tradições jurídicas, engendrado em ambiente marcado por duas principais transformações pelas quais passa o supremo tribunal federal: o incremento de seu próprio papel político e a sobrecarga do volume de trabalho⁹. No direito constitucional brasileiro, inexistem mecanismos formais de unificação vinculante de jurisprudência e de escolha das hipóteses de exercício formal da competência recursal em sede de controle difuso, o que gera certa sensação de descontrole.

Na realidade, a sobrecarga do volume de trabalho da atividade jurisdicional, diante do controle de constitucionalidade cada vez mais amplo (sobre a política parlamentar), é elemento que compõe a noção de judicialização da política, considerada como um fenômeno social que não decorre de uma postura ou atuação dos membros do judiciário. O que identifica o ativismo judicial é o controle incidente sobre as políticas de ação social do governo, pois é justamente para evitar que o Judiciário assuma funções de governo que surge a necessária crítica ao ativismo.

Diante das características acima expostas, o ativismo judicial pode ser conceituado como um processo político-institucional pelo qual assume um modelo de jurisdição constitucional com forte apelo de supremacia, ou seja, “configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente.”¹⁰

Lenio Streck sintetiza esse pensamento, distinguindo ativismo judicial de judicialização:

[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivos e Legislativos em direção da justiça constitucional) [...]¹¹

Em resumo, a judicialização da política é um fenômeno contingencial, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais poderes, em determinado contexto social, independentemente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do judiciário para além dos limites constitucionais.

2. POLÍTICA DAS RELAÇÕES CONSUMERISTAS

Feita a dissociação entre ativismo judicial e judicialização da política, passa-se à compreensão das bases principiológicas da política das relações de consumo no ordenamento jurídico brasileiro.

Como bem salientado inicialmente, a partir da Constituição de 1988, o sistema jurídico brasileiro sofreu alterações nos direitos e garantias fundamentais, de forma a cobrar uma maior participação do Estado no desenvolvimento de políticas que propiciassem o democrático acesso e efetivação dos direitos positivamente previstos. Com o direito do consumidor não foi diferente, o qual passou a ser previsto constitucionalmente no artigo 5º, inciso XXXII: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”¹².

Por determinação da ordem constante do artigo 48 das Disposições Finais e Transitórias da Constituição Federal para que, no prazo de cento e vinte dias, elaborasse um Código do Consumidor. Este se consolidou

9 VERISSIMO, Marcus Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4 n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

10 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 36.

11 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 589.

12 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

por meio da lei 8.078/90¹³, a qual constituiu uma típica norma para tutelar vulneráveis, mais especificamente preocupada com o reconhecimento e valorização do pluralismo jurídico consecutório dos direitos humanos. Em certo sentido, como decorrência do pluralismo, há uma abundância de proteção legislativa na pós-modernidade, a gerar situações de colisão entre esses direitos, conflitos que se resolvem a partir da interpretação da norma constitucional, repouso comum da principiologia dessa tutela fundamental.

Aliás, o Código de Defesa do Consumidor é tido pela doutrina como *norma principiológica*, diante da proteção constitucional dos consumidores. A propósito dessa questão, precisas as lições de Luiz Antonio Rizzatto Nunes:

A lei n. 8.078 é norma de ordem pública e de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é prevalente sobre todas as demais normais especiais anteriores que com ela colidirem. As normas gerais principiológicas, pelos motivos que apresentamos no início deste trabalho ao demonstrar o valor superior dos princípios, têm prevalência sobre as normas gerais e especiais anteriores.¹⁴

Diante do caráter principiológico e da eficácia suprallegal da norma consumerista, as leis especiais setorializadas, como por exemplo: seguros, bancos, calçados, transportes, serviços, automóveis, alimentos etc., devem disciplinar suas respectivas matérias em consonância e em obediência aos princípios fundamentais do Código de Defesa do Consumidor¹⁵.

Frise-se ainda que o Código de Defesa do Consumidor é enquadrado como direito de terceira dimensão¹⁶, relativos ao princípio da fraternidade, já que visa à pacificação social, na tentativa de equilibrar a dispar relação existente entre fornecedores e prestadores.

Percebe-se, portanto, que a política das relações de consumo tem como objetivo harmonizar os interesses dos consumidores e os fornecedores, a fim de equacionar a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico com a defesa do consumidor. É dizer que sua finalidade precípua é reprimir as práticas abusivas cometidas pelos fornecedores em relação aos consumidores, para que estes possam atuar de maneira livre e consciente no mercado de consumo.

O estudo dos princípios consagrados pela lei 8.078/90 é crucial para compreensão do sistema adotado pela lei consumerista como norma protetiva dos vulneráveis negociais na sociedade de consumo de massa. O Código de Defesa do Consumidor adotou um sistema aberto de proteção, baseado em conceitos legais indeterminados e construções vagas, que possibilitam uma melhor adequação dos preceitos às circunstâncias do caso concreto.

O princípio que norteia a prática das relações consumeristas é o princípio do protecionismo do consumidor (art. 1º, CDC)¹⁷: a lei 8.078/90 estabelece normas de ordem pública e interesse social, nos termos do já citado artigo 5º, XXXII, e 170, inciso V da Constituição Federal, bem como do artigo 48 das Disposições Transitórias. Não se pode olvidar que, conforme o segundo comando constitucional citado, a proteção dos consumidores é um dos fundamentos da ordem econômica brasileira. Por esse princípio, todas as normas instituídas na citada lei têm como princípio e meta a proteção e a defesa do consumidor. É desejável desenvolver normas que permitam aos consumidores beneficiarem-se da proteção mais favorável ao consumidor.¹⁸ Insta salientar que todos os princípios a seguir são decorrências naturais do princípio do protecionismo.

13 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

14 RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 91.

15 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

16 Há ainda a existência da primeira e segunda dimensão, relativas, respectivamente, ao princípio da liberdade e da igualdade. Atualmente já se fala em direitos de quarta e quinta dimensão, relativas, respectivamente, à proteção do patrimônio genético e aos direitos no mundo digital.

17 BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

18 TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.

Assim, as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor não podem ser afastadas por convenção entre as partes, sob pena de nulidade absoluta, conforme tutela o artigo 51, inciso XV, segundo o qual são nulas de pleno direito as cláusulas abusivas.

O princípio da vulnerabilidade do consumidor¹⁹ (art. 4º, inciso I, CDC) garante que o consumidor, em todas as situações, goze da condição de vulnerável na relação jurídica de consumo. Na atual sociedade de consumo, não há como afastar tal posição desfavorável, principalmente diante das transformações sofridas pelas relações jurídicas e comerciais nas últimas décadas.

[...] essas desigualdades não encontram, nos sistemas jurídicos oriundos do liberalismo, resposta eficiente para a solução de problemas que decorrem da crise de relacionamento e de lesionamentos vários que sofrem os consumidores, pois os Códigos se estruturaram com base em uma noção de paridade entre as partes, de cunho abstrato.²⁰

A vulnerabilidade é um estado inerente de risco, sinal de confrontação excessiva de interesses identificados no mercado, que fragiliza o sujeito de direito e desequilibra a relação comercial. Ademais, a publicidade e os demais meios de oferecimento do produto ou serviço estão relacionados a essa vulnerabilidade, na medida em que deixam o consumidor à mercê das vantagens sedutoras expostas pelos veículos de comunicação e informação.

Ao contrário do que ocorre com a vulnerabilidade, a hipossuficiência (art. 6º, inciso VIII, CDC)²¹ é um conceito fático e não jurídico, fundado em uma disparidade ou discrepância notada no caso concreto. Todo consumidor é sempre vulnerável, característica intrínseca à própria condição do destinatário final do produto ou serviço, mas nem sempre será hipossuficiente. A vulnerabilidade é *elemento posto* da relação de consumo e não um *elemento pressuposto* (este seria a própria condição de consumidor)²².

O princípio da hipossuficiência do consumidor não pode ser analisado dentro apenas de um conceito de discrepância econômica, financeira ou política. A hipossuficiência pode ser tanto *técnica*, em razão do desconhecimento em relação ao produto ou serviço adquirido, *fática*, à luz da situação socioeconômica do consumidor perante o fornecedor e *jurídica*, diante das situações que impedem o consumidor obter prova que se tornaria indispensável para responsabilizar o fornecedor pelo dano verificado. O conceito vai além do sentido literal das expressões *pobres* ou *sem recursos*.

A decorrência direta da hipossuficiência é o direito de inversão do ônus da prova a favor do consumidor, que reconhece como um dos direitos processuais básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos.

O princípio da boa-fé objetiva (art. 4º, inciso III, CDC)²³ é regramento vital nas relações consumeristas, pois prevê o seu justo equilíbrio, em uma correta harmonia entre as partes, em todos os momentos relacionados com a prestação e o fornecimento. Boa-fé é cooperação e respeito, conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais. Cláudia Lima Marques e outros afirmam que a boa-fé objetiva tem três funções básicas: *a)* servir como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os denominados deveres anexos (*função criadora*); *b)* constituir uma causa limitadora do exercício abusivo dos direitos subjetivos (*função limitadora*) e *c)* ser utilizada como concreção e interpretação dos contratos (*função interpretadora*).²⁴

19 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

20 BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. p. 2.

21 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

22 Ideia construída a partir dos ensinamentos de GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

23 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

24 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman de V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Con-*

O princípio da transparência ou da confiança (arts. 4º, *caput*, e 6º, inciso III, CDC)²⁵ tutela o direito de informação. No âmbito jurídico, a informação tem dupla face: o dever de informar, de competência do fornecedor, e o dever de ser informado, competência do consumidor vulnerável. Constitui direito básico do consumidor que a informação seja adequada e clara, com a especificação correta da quantidade, característica, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem. Esse princípio visa possibilitar a aproximação contratual mais sincera e menos danosa entre consumidor e fornecedor.

O amparo da informação transparente pode ser retirado especificamente do artigo 4º, *caput*, da legislação consumerista, segundo o qual

A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.²⁶

O princípio da função social do contrato relativiza o modelo estante da autonomia da vontade e de sua consequente força obrigatória (*pacta sunt servanda*), na tentativa de equilibrar uma situação que sempre foi díspar, em que o consumidor sempre foi vítima das abusividades da outra parte da relação de consumo. Esse é o ponto sensível que toca diretamente a judicialização das políticas, pois, em muitos casos, (como o que será abordado no próximo tópico do artigo) vislumbra-se a necessária intervenção do Poder Judiciário para efetivar os direitos do consumidor, diante da inércia dos poderes Executivo e Legislativo.

O princípio da equivalência negocial (art. 6º, inciso II, CDC)²⁷ garante a igualdade de condições no momento da contratação ou de aperfeiçoamento da relação jurídica patrimonial. Há um compromisso de tratamento igualitário a todos os consumidores, consagrada a igualdade nas contratações.

Por derradeiro, o princípio da reparação integral dos danos (art. 6º, inciso VI, CDC)²⁸ prevê, no que tange à responsabilidade civil na ótica consumerista, que o regramento fundamental é a reparação integral dos danos suportados, sejam eles materiais, morais, individuais, coletivos ou difusos. A responsabilidade é objetiva de fornecedores e prestadores como regra das relações de consumo, logo, independe de comprovação de culpa na realização do ato ilícito, representando um aspecto material do acesso à justiça pelos consumidores. Outro elemento que apresenta estreita ligação com a reparação integral é a regra da solidariedade, já que, tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos na norma de consumo (art. 7º, parágrafo único, CDC)²⁹.

Para a execução da política das relações de consumo, prevê o Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 5º, que o poder público contará com instrumentos voltados para a defesa do consumidor com atuações nos campos da educação, da orientação e das identificações de situações insatisfatórias para os consumidores. Portanto, a característica essencial para a defesa do consumidor é a liberdade de atuação dos órgãos de proteção do consumidor em qualquer grau, como os PROCONS, CODECONS ou outros semelhantes, com atribuições específicas previstas no artigo 55º, parágrafo 1º do CDC.

Compreendidos os principais elementos da política da relação de consumo e a questão da judicialização das políticas e ativismo judicial no sistema jurídico brasileiro, torna-se possível analisar como essas caracte-

sumidor. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

25 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

26 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

27 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

28 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

29 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

rísticas se inserem na problemática central do presente trabalho, que é justamente o controle jurisdicional dos contratos de plano de saúde no estado paulista.

3. CONTROLE JURISDICIONAL DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE NO ESTADO DE SÃO PAULO

Conforme dados apresentados pelo *Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor*, problemas com planos de saúde lideram o *ranking* de reclamações. De acordo com relatório anual de 2012, 20% dos atendimentos foram relacionados a reclamações sobre plano de saúde, como negativa de cobertura, reajustes e descredenciamento de prestadores de serviços. Durante o ano de 2012, a ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar) recebeu 75.916 reclamações de consumidores de planos de saúde; destas, 75,7% (57.509) eram referentes a negativas de cobertura.³⁰

Diante dessa realidade, o judiciário passou a ser cada vez mais solicitado para dirimir as controvérsias entre usuários e operadoras de plano de saúde, de forma a ocorrer uma intensificação da judicialização nesse setor. Porém, antes de apresentar a configuração atual do controle jurisdicional dos contratos de plano de saúde no estado de São Paulo, insta mostrar a evolução desse conflito no ordenamento jurídico brasileiro.

A partir da Constituição de 1988, a saúde se transformou em direito de primeira relevância, de forma que surgiram as primeiras assistências médicas privadas para atendimento a grupos de trabalhadores privilegiados. Os serviços relativos à saúde privada se fortaleceram, a ponto de muitas empresas públicas e privadas criarem caixas de assistência médica, de contribuição mistas, nas quais participavam empregadores e empregados.

O crescimento da assistência médica suplementar ocorreu sem legislação específica que coibisse os abusos praticados pelas operadoras, franquiando desvantagens para os usuários. Na realidade, somente com o advento do Código de Defesa do Consumidor é que se iniciaram as transformações nas relações de consumo no Brasil, com direitos e proteções já esmiuçados no tópico acima. A lei 8.078/91 revolucionou as relações de consumo e causou importantes transformações no mercado de saúde suplementar, principalmente com a inserção da visão de função social do contrato.

Com a finalidade de atender aos desejos da sociedade, em 1998 surgiu a lei 9.655, chamada *Lei dos Planos de Saúde*, que almejava tutelar os usuários de planos e seguros de saúde e ampliar o controle estatal sobre o mercado da saúde suplementar. Essa legislação nasceu no auge da abertura econômica do país, época de implantação do neoliberalismo, portanto, possuía como princípio básico a desoneração do governo com serviços básicos: saúde, aposentadorias e pensões e a educação. A lei 9.655/98 foi responsável pela modernização do setor e trouxe segurança para o seu funcionamento.

Em 2000 surge a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) criada pela lei 9.961, com a missão de coordenar e regular a saúde suplementar. A ANS não regula, no entanto, o fornecimento de materiais e serviços como o desempenho e comportamento de profissionais da saúde, hospitais, laboratórios, clínicas e fornecedores de materiais.

Apesar da legislação bastante criteriosa e dos novos mandamentos regradores emanados da ANS, ainda se observava comportamentos reprováveis por parte de algumas operadoras na limitação de benefícios, burocracias excessivas e não concessão de tratamentos cobertos pelos planos. Por outro lado, os usuários passaram a ter mais consciência de seus direitos e a exigir mais de seus fornecedores, inclusive com reclamações acerca da cobertura dos planos no que tange às cirurgias estéticas, tratamentos para fertilização e próteses não ligadas aos atos cirúrgicos.

30 SZNIFER, Moyses Simão. *STJ traz diversas questões sobre plano de saúde*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/blog/2013/06/24/stj-traz-diversas-questoes-sobre-plano-desaudef/>>. Acesso em: 15 out. 2014.

Ocorre que a ANS não suportou a enorme quantidade de reclamações e, como consequência, as insatisfações e os conflitos de interesses desaguararam no sistema judiciário.

Com o fortalecimento do Código de Defesa do Consumidor, as decisões judiciais passaram a considerar o usuário hipossuficiente perante as poderosas empresas de convênio médico-hospitalar. Além disso, o artigo 6º, do CDC previu que “São direitos básicos do consumidor: a proteção da vida, saúde e segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”³¹, e elevou o direito à saúde a categoria de um direito básico do consumidor:

[...] É fato, que se aplica cumulativa e complementarmente a Lei nº 9.656/98 e o CDC aos contratos firmados a partir da vigência daquela. Esta última está relacionada à proteção do consumidor, ao passo que àquela caberá reger, de forma minudenciada, os planos privados de assistência à saúde. Nesta toada, toda relação consumerista será regulada pelo CDC, independente de haver previsão expressa em lei específica. Portanto, doutrinariamente entende-se que a lei específica deve ser interpretada de forma a proteger os direitos do consumidor por sua vulnerabilidade (art. 4º, I, do CDC), a interpretação das cláusulas contratuais em seu favor (art. 47, do CDC) e ao expurgo, por nulidade absoluta, de cláusulas contratuais abusivas quando não estiverem expressas de forma clara (art. 51, do CDC). [...]³²

Diante da enorme quantidade de pedidos neste sentido, com relação aos planos de saúde, o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, em meados de 2013, resolveu editar sete súmulas jurisprudenciais referentes aos contratos dos planos de saúde, com intuito de diminuir a litigiosidade ou abreviar os processos:

Súmula 99 - Não havendo, na área do contrato de plano de saúde, atendimento especializado que o caso requer, e existindo urgência, há responsabilidade solidária no atendimento ao conveniado entre as cooperativas de trabalho médico da mesma operadora, ainda que situadas em bases geográficas distintas;

Súmula 100 - O contrato de plano/seguro saúde submete-se aos ditames do Código de Defesa do Consumidor e da Lei n. 9.656/98, ainda que a avença tenha sido celebrada antes da vigência desses diplomas legais;

Súmula 101 - O beneficiário do plano de saúde tem legitimidade para acionar diretamente a operadora mesmo que a contratação tenha sido firmada por seu empregador ou associação de classe;

Súmula 102 - Havendo expressa indicação médica, é abusiva a negativa de cobertura de custeio de tratamento sob o argumento da sua natureza experimental ou por não estar previsto no rol de procedimentos da ANS;

Súmula 103 - É abusiva a negativa de cobertura em atendimento de urgência e/ou emergência a pretexto de que está em curso período de carência que não seja o prazo de 24 horas estabelecido na Lei n. 9.656/98;

Súmula 104 - A continuidade do exercício laboral após a aposentadoria do beneficiário do seguro saúde coletivo não afasta a aplicação do art. 31 da Lei n. 9.656/98;

Súmula 105 - Não prevalece a negativa de cobertura às doenças e às lesões preexistentes se, à época da contratação de plano de saúde, não se exigiu prévio exame médico admissional.³³

A principal crítica que aprioristicamente poderia se fazer é que o Judiciário, ao editar estas súmulas, estaria a suplantando sua competência e a atuar como “legislador” sobre a matéria de planos de saúde, configurando o ativismo judicial. Contudo, oportuno considerar que dois fenômenos se observam na sociedade contemporânea: no plano normativo, verifica-se uma ampliação dos catálogos de direitos conferidos aos cidadãos e

31 BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

32 LEMOS, Lilian Correia. A judicialização da saúde: o posicionamento do Poder Judiciário ante a relação contratual entre as operadoras e os beneficiários dos planos de saúde anteriores à Lei nº 9.656/98. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 11, n. 58, out. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5183>. Acesso em: 10 out. 2014.

33 SILVA, Renata Vilhena. Súmula do TJ-SP combatem abusos dos planos de saúde. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-16/renata-vilhena-sumulas-tj-sp-combatem-abuso-planos-saude>>. Acesso em: 09 out. 2014.

o assentado dever de cumprir de modo imediato o programa constitucional. Isso já seria motivo suficiente para o aumento da demanda do Judiciário, que passou a ser o caminho a ser percorrido para concretização dos direitos previstos, mas não cumpridos pelos demais poderes; porém, no plano social há um contexto em constante modificação de cunho *político-jurídico* (chamadas de “tendências do Direito”), *conceitual* (com a introdução da noção de “sociedade complexa”), *comportamental* (com a questão do aumento de litigiosidade) e *estrutural* (a partir da ideia de massificação dos conflitos).³⁴

Logo, a maior participação do Poder Judiciário não ocorre exclusivamente diante da promulgação de novos textos; é necessário agregar a isso os diferentes contornos que a esfera social assumiu. A modernidade produziu concepção forte de Estado, fundada no direito positivo e no normativismo, que visam oferecer respostas rápidas aos problemas e demandas da sociedade, que estava marcada pela indeterminação e insegurança, frutos do processo de ruptura com modelo jusnaturalista.

O controle jurisdicional nos contratos de planos de saúde é resultado da “judicialização das relações sociais”³⁵, traduzida na crescente invasão do direito na organização da vida social, e não a configuração do ativismo judicial.

Além disso, há uma alteração estrutural na forma de compreender os conflitos, na medida em que a insurgência de exigências coletivas e interesses difusos, característico de uma sociedade em que a produção, o consumo e a distribuição apresentam proporções massificadas. Dessa maneira, as súmulas tornam-se ferramentas aptas para uma tutela jurídica massificada, imbuída por uma crise de interesses individuais, fazendo emergir a noção de pluralidade que traz a marca das organizações sociais.

Essa massificação das demandas forma um cenário interessante: forma-se um numeroso conjunto de ações singulares, visando à tutela de direitos coletivamente assegurados, desaguando nas operações de “julgamentos em bloco.”³⁶

O alargamento da noção do acesso à justiça, ainda que no equivocado sentido de eficiência judicial, apenas reforçou o papel do Judiciário como instituição hábil a resolver todos os problemas da sociedade. Frise-se que essa hipertrofia do acesso à justiça ocorre de maneira mais intensa nas questões que envolvem direitos consumeristas, devido ao protecionismo garantido ao consumidor e da relativização dos contratos que envolvem relação comercial (função social do contrato).

A sociedade contemporânea vive a ascensão da *juristocracia*³⁷ ocasionadas pela: transformação do modo de compreensão da democracia como vontade da maioria, surgindo o Judiciário como representante do poder contra majoritário; afirmação da separação dos poderes, que incentivou o afastamento da sociedade dos demais poderes (Executivo e Legislativo) e facilitou a judicialização; a falta de implementação de políticas públicas, apesar do vasto rol de direitos assegurados constitucionalmente; o fortalecimento do controle de constitucionalidade; inefetividade das instituições majoritárias (Executivo e Legislativo); delegação de poderes pelas próprias instituições majoritárias ao Judiciário, diante de uma situação de conveniência.

Portanto, o controle jurisdicional existente nos contratos de planos de saúde é fruto do afastamento de outros poderes (executivo e legislativo) no fornecimento de instrumentos mais eficientes para resolução do conflito. O executivo deveria fiscalizar de maneira mais assídua as relações negociais entre fornecedor e usuário, inclusive com a aplicação de multa no âmbito administrativo. Além disso, a agência reguladora (ANS) deveria tentar compor o litígio na esfera administrativa, a fim de suprimir os casos levados à instância judicial. Ao legislativo competiria atuar em consonância com o judiciário, na tentativa de promover normas jurídicas que estivessem de acordo com anseios populares contemporâneos.

34 TASSINARI, Clarissa. *Jurisdicção e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

35 VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 149.

36 SARLET, Ingo Wolfgang. O direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 13-40, set. 2011. p. 24.

37 Construção de um imaginário em que a credibilidade para decidir as questões fulcrais da sociedade é depositada no Judiciário.

4. CONCLUSÃO

Não há como negar o elo existente entre direito e política. A inter-relação entre direito e política não autoriza a existência de ativismos judiciais. Há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno. A judicialização da política é um fenômeno contingencial, isto é, no sentido de que surge na insuficiência dos demais poderes, em determinado contexto social, independentemente da postura de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma postura do Judiciário para além dos limites constitucionais.

A política das relações de consumo, com fulcro nos princípios do protecionismo e seus consectários, apontam claramente para condição de vulnerabilidade do usuário dos planos de saúde privados. Os direitos do consumidor garantidos no texto constitucional e na lei 8.078/90 viabilizam o seu acesso ao poder judiciário, o qual, sob a égide do princípio da inafastabilidade de jurisdição, vincula-se a compor o litígio.

O controle jurisdicional dos contratos de plano de saúde do estado de São Paulo é resultado da significativa quantidade de demandas repetitivas que assolam o poder judiciário brasileiro. O exaustivo rol de direitos assegurados aos cidadãos no texto constitucional e o contexto social atual refletem o maior acesso à atividade jurisdicional.

A edição de súmulas para assentar o entendimento da matéria não pode ser compreendida como ativismo judicial. Esse é um ato inerente à judicialização das políticas, a qual se apresenta como fenômeno inevitável diante dos conflitos apresentados na sociedade pós-moderna.

REFERÊNCIAS

- BADIN, Arthur Sanches. *Controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda; FRAGALE FILHO, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Org.). *Constituição e ativismo judicial: limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 275-290.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.
- BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.
- FIGUEIREDO, Fabio Vieira; FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. *Código de Defesa do Consumidor*. 2009.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*. Madrid: Alianza Universidad, 2005.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- LEMOS, Lilian Correia. A judicialização da saúde: o posicionamento do Poder Judiciário ante a relação contratual entre as operadoras e os beneficiários dos planos de saúde anteriores à Lei nº 9.656/98. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 11, n. 58, out. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5183>. Acesso em: 10 out. 2014.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIM, Antonio Herman de V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

- MÜLLER, Friedrich. Prefácio. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al (Org.). *Teorias da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil anotado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.
- RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de processo*, São Paulo, ano 36, v. 199, p. 13-40, set. 2011.
- SILVA, Renata Vilhena. *Súmula do TJ-SP combatem abusos dos planos de saúde*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mar-16/renata-vilhena-sumulas-tj-sp-combatem-abuso-planos-saude>>. Acesso em: 09 out. 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SZNIFFER, Moyses Simão. *STJ traz diversas questões sobre plano de saúde*. Disponível em: <<http://atualidadedodireito.com.br/blog/2013/06/24/stj-traz-diversas-questoes-sobre-plano-de-saude/>>. Acesso em: 15 out. 2014.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Método, 2014.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratórios de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.
- VERISSIMO, Marcus Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial “à brasileira”. *Revista Direito GV*, São Paulo, v.4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.