



Série Aperfeiçoamento de Magistrados 8

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE
PARTE II**

- **Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde**
- **IV Jornada Médico-Jurídica de Saúde Suplementar**
- **Seminário de Direito Sanitário**

Cursos de Direito em Saúde Suplementar

- ÉTICA NOS RELACIONAMENTOS DO SETOR SAÚDE - 17 A 20/NOVEMBRO/2011
- IV JORNADA MÉDICO-JURÍDICA DE SAÚDE SUPLEMENTAR - 04/MAIO/2012
- SEMINÁRIO DE DIREITO SANITÁRIO - 24 E 25/MAIO/2012



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Série Aperfeiçoamento de Magistrados 8

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE
PARTE II**

- **Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde**
- **IV Jornada Médico-Jurídica de Saúde Suplementar**
 - **Seminário de Direito Sanitário**

- **ÉTICA NOS RELACIONAMENTOS DO SETOR SAÚDE - 17 A 20/NOVEMBRO/2011**
- **IV JORNADA MÉDICO-JURÍDICA DE SAÚDE SUPLEMENTAR - 04/MAIO/2012**
 - **SEMINÁRIO DE DIREITO SANITÁRIO - 24 E 25/MAIO/2012**

Rio de Janeiro
EMERJ
2012

© 2012 EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - TJERJ

Trabalhos de magistrados participantes dos Cursos de: • Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde - 17 a 20/novembro/2011; • IV Jornada Médico-Jurídica de Saúde Suplementar - 04/maio/2012; • Seminário de Direito Sanitário - 24 e 25/maio/2012, como parte do Programa de Atualização de Magistrados e Inserção Social da EMERJ, em cumprimento a exigência da ENFAM.

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ.

Editor: Irapuá Araújo (MTb MA00124JP); **Programação Visual:** Geórgia Kitsos e Júlio Navarro; **Assistente de editoração eletrônica:** Rafaelle Neves; **Revisão Ortográfica:** Suely Lima, Ana Paula Maradei e Sergio Silveiras.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE, Parte II: ética nos relacionamentos
do setor saúde, IV Jornada Médico-jurídica de Saúde
Suplementar, Seminário de Direito Sanitário. Rio de Janeiro:
EMERJ, 2012.

238 p. (Série Aperfeiçoamento de Magistrados, 8)

ISBN 978-85-99559-10-9

1. Judicialização da saúde. 2. Ética médica. 3. Plano de
saúde. 4. Direito sanitário I. EMERJ. II. Série. III. Título.

CDD 342.264

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores. É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta obra, desde que citada a fonte.

Todos os direitos reservados à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ
Rua Dom Manoel, 25 - Rio de Janeiro/RJ CEP: 20010-090

Telefones: (21) 3133-3400 / 3133-3365

www.emerj.tjrj.jus.br - emerjpublicacoes@tjrj.jus.br

Diretoria da **EMERJ**

◆ DIRETORA-GERAL

Des^a. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

◆ CONSELHO CONSULTIVO

Des^a. Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Des. Milton Fernandes de Souza

Des. Jessé Torres Pereira Júnior

Des. Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Des. Ricardo Couto de Castro

Des. Elton Martinez Carvalho Leme

◆ PRESIDENTE DA COMISSÃO ACADÊMICA

Des. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho

◆ COMISSÃO DE INICIAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des^a. Elisabete Filizzola Assunção

Des. Heleno Ribeiro Pereira Nunes

Des. Wagner Cinelli de Paula Freitas

Des. Claudio Brandão de Oliveira

Des. Claudio Luis Braga Dell'Orto

Des. Paulo de Oliveira Lanzellotti Baldez

◆ COORDENADOR DE ESTÁGIO DA EMERJ

Des. Edson Aguiar de Vasconcelos

◆ SECRETÁRIA-GERAL DE ENSINO

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

◆ ASSESSORA DA DIRETORA-GERAL

Donatila Arruda Câmara do Vale



Sumário

Apresentação	9
• ÉTICA NOS RELACIONAMENTOS DO SETOR SAÚDE	11
Simpósio – Ética nos Relacionamentos de Saúde	
<i>Admara Schneider</i>	13
Mediação nos Relacionamentos do Setor Saúde	
<i>Ana Paula Pontes Cardoso</i>	18
Ação Civil Pública e os Contratos de Saúde	
<i>André Luis Nicolitt</i>	23
Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde	
<i>Andréia Florêncio Berto</i>	30
X Seminário – Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde	
<i>Carlos Marcio da Costa Cortazio Corrêa</i>	39
Algumas Considerações Sobre a Judicialização da Saúde	
Suplementa	
<i>Criscia Curty de Freitas Lopes</i>	45
A Importância das Ações Coletivas para Garantia de Equilíbrio nos Contratos de Plano de Saúde	
<i>Eduardo Buzzinari Ribeiro de Sá</i>	49
Gestão na Área de Saúde e Mediação	
<i>Eduardo Marques Hablitschek</i>	55
Ação Civil Pública – Revisão dos Contratos por Nulidade de Cláusula e a Preservação do Equilíbrio Contratual	
<i>Fernando Cesar Ferreira Viana</i>	62
Uma Breve Visão Sobre a Mediação	
<i>Katerine Jatahy Kitsos Nygaard</i>	68

Ação Civil Pública e Cláusulas Abusivas nos Contratos de Plano de Saúde	
<i>Katylene Collyer Pires de Figueiredo</i>	72
Plano de Saúde - Reajustes Anual e Por Transposição de Faixa Etária	
<i>Luiz Claudio Silva Jardim Marinho</i>	80
Mediação como Método de Solução Alternativa de Conflito	
<i>Luiz Eduardo Cavalcanti Canabarro</i>	88
Mediação – Alternativa à Solução de Conflitos	
<i>Maria Paula Gouvêa Galhardo</i>	94
Ação Civil Pública – Revisão dos Contratos de Plano de Saúde, por Nulidade de Cláusula e a Preservação do Equilíbrio Contratual	
<i>Marisa Simões Mattos Passos</i>	102
A Cláusula de Carência em Contratos de Planos de Saúde como Fundamento para Limitação de Cobertura dos Casos de Emergência	
<i>Renata Palheiro Mendes de Almeida</i>	110
Seminário “Ética no Setor de Saúde”	
<i>Rodrigo José Meano Brito</i>	119
“X Seminário – Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde”	
<i>Silvia Regina Portes Criscuolo</i>	124
Mediação Pré-Judicial (Mediação Prévia)	
<i>Vânia M.N. Gonçalves</i>	129
X Seminário – Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde (A Mediação Pré-Judicial)	
<i>Viviane Vieira do Amaral Arronzenzi</i>	137
Anexo 1: Programação do Curso	143
Anexo 2: Parecer da Enfam	147

• IV JORNADA MÉDICO-JURÍDICA DE SAÚDE SUPLEMENTAR	157
Composição Alternativa dos Conflitos em Saúde	
<i>Marisa Simões Mattos Passos</i>	159
Composição Alternativa dos Conflitos em Saúde	
<i>Rodrigo Moreira Alves</i>	165
O alcance do dispositivo da sentença de medicamentos	
<i>Simone Lopes da Costa</i>	172
Anexo 1: Programação do Curso	179
Anexo 2: Parecer da Enfam	187
• SEMINÁRIO DE DIREITO SANITÁRIO	193
Aplicação dos Princípios e Diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS) Diante da Constituição Federal de 1988 e Legislação em Vigor	
<i>Danielle Coutinho Cunha Gomes</i>	195
Trabalho de Conclusão do Curso de Direito Sanitário	
<i>Débora Maria Barbosa Sarmiento</i>	201
A Obrigação Constitucional à Saúde Pública: Modelo Brasileiro	
<i>Margaret de Olivaes Valle dos Santos</i>	209
A Possibilidade da Interferência do Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas	
<i>Neusa Regina Larsen de Alvarenga Leite</i>	218
Anexo 1: Programação do Curso	227
Anexo 2: Parecer da Enfam	233



Apresentação

Prosseguindo com a série de publicações “Aperfeiçoamento de Magistrados”, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro edita “Judicialização da Saúde - Parte II”, atendendo, assim, às Recomendações nº 31 e nº 36 do CNJ, cujas considerações refletem a relevância da temática da Saúde no universo do Poder Judiciário brasileiro.

Esta publicação encerra compilação de trabalhos apresentados pelos Magistrados participantes de três eventos promovidos por entidades parceiras em conjunto com a EMERJ, nos quais se buscou fomentar o debate acerca do “Direito à Saúde” e seus reflexos na sociedade.

No primeiro encontro, em novembro de 2011, a Mútua dos Magistrados realizou seu X Simpósio, intitulado “Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde”.

Em continuidade, a EMERJ, em maio de 2012, sediou a IV Jornada Médico-Jurídica de Saúde Suplementar, com o tema “Composição Alternativa dos Conflitos em Saúde” e uniu esforços com a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro para promover o Seminário de Direito Sanitário.

Com fito a difundir o conhecimento compartilhado por profissionais especializados na matéria, trazemos a público o teor da produção acadêmica proveniente de tão profícua interação.

Desembargadora Leila Mariano

Diretora-Geral da EMERJ



- **Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde**



Simpósio – Ética nos Relacionamentos de Saúde

Admara Schneider¹

O presente texto serve como resultado da reflexão, após atenta audiência, acerca das palestras apresentadas quando da realização do X Simpósio – Ética nos Relacionamentos de Saúde, durante o mês de novembro de 2011, na cidade de Búzios.

Várias foram as abordagens trazidas sobre os temas relativos à prestação de serviços em atividade de seguro saúde. Várias foram as posições apresentadas pelos expositores e debatedores sobre o tema, assunto cuja frequência na vida do brasileiro vem se tornando quase obrigatório, face a ausência de serviço público adequado.

Discorreremos então sobre o que ouvimos, pensamos e concluímos das exposições do evento realizado.

1. Dos vários pontos de vista

O evento proposto traz em seu cerne, já pelo décimo ano consecutivo, a tentativa de levar aos expectadores visões em campos distintos acerca dos sistemas de prestação de serviços de saúde. Muito interessante se torna, para nós juristas, ouvirmos a visão de economistas, médicos, especialistas em cálculos atuariais, sobre contratos e de suas especificidades no campo da comutatividade.

Quando das primeiras palestras, o ponto nodal - e aqui entenda relevante sob todos os primas - foi a necessária criação de mecanismos que possam tornar mais equânime a aplicação de regras jurídicas, interpretação dos contratos e uniformização de entendimentos no julgamento das ques-

¹ Juíza de Direito da Comarca de Paraty.

tões que analisem validade de cláusulas e dispositivos. Daí a importância da ação civil pública.

Neste aspecto, devo asseverar a preocupação da comissão da reforma do Código de Processo Civil em trazer efetividade às decisões tomadas em demandas com julgados com efeitos *erga omnes*, de forma a propiciar isonomia de tratamento a relações jurídicas em casos idênticos.

Lembro-me da intervenção do atual Presidente da AMAERJ Des. Antonio Siqueira, ex-presidente da Mútua dos Magistrados, quando da presença da comissão de discussão sobre a reforma do Código de Processo Civil no Tribunal de Justiça, expondo sua satisfação em constatar mecanismos eficientes de vinculação a decisões com efeitos *erga omnes* e ao mesmo tempo externar a preocupação com a necessária criação de meios a vincular todos os envolvidos de modo a viabilizar a imediata execução do entendimento aplicável a casos análogos, como forma de desobstruir o Judiciário.

É este o ponto essencial para assegurar isonomia de tratamento dado a prestadoras de serviços e também tratamento igualitário aos consumidores que estejam em situação idêntica.

Observe-se que também do ponto de vista econômico a segurança jurídica verificada pela utilização deste instrumento revelará a possibilidade de os prestadores produzirem, de forma mais acertada, o coeficiente atuarial seguro para cumprimento integral das cláusulas contratuais pactuadas.

Outro ponto de vista assaz importante revelado durante o evento foi a exposição do Prof. José Marcio Camargo, economista da PUC Rio, acerca do movimento econômico mundial e da grave crise por que passam os países desenvolvidos ou chamado primeiro mundo.

Muitos podem pensar: e o que isto tem a ver com juízes e planos de saúde? Ora, nós juízes temos como atividade-fim a realização da justiça e o conceito do justo alcança a estabilidade e segurança das relações jurídicas e a conservação e existência de empresas sadias que possam prestar ao consumidor os serviços de que precisam.

Quando enfrentamos uma questão, ainda que eminentemente jurídica, temos de levar em consideração o impacto social daquele julgado. Tanto é assim que um dos expositores expressou claramente que um sério

elemento a ser considerado como modificação objetiva da relação jurídica de seguro saúde/consumidor, par e passo com as modificações legislativas, é a jurisprudência.

Nesta esteira, expôs o Prof. Denizar Vianna, médico da UERJ, que além das modificações legislativas, a jurisprudência, após consolidação de julgados, passou a modificar a confecção de cláusulas contratuais. Aqui estendo um pouco mais a abrangência do alcance da Jurisprudência: o expositor citou como modificação legislativa a ilegalidade de cláusula limitativa de prazo para internação em CTI. Ocorre que tal modificação legislativa decorreu de cristalização de julgados que consideravam a limitação ilícita.

O que se conclui, portanto, é o grave impacto que os julgados com efeitos *erga omnes* terão sobre o meio financeiro quando estabeleçam da noite para o dia consequências de tal natureza vinculativa a todas as operadoras em prol de todos os consumidores.

Resta claro, portanto, que o juiz precisa ter em mente as repercussões econômicas e por via de consequência sociais da decisão que proferirá em determinado caso, já que a decisão de um caso concreto pode vir a representar, em momento futuro, impacto sequencial nas esferas econômico-social decorrentes das relações jurídico contratuais.

3. Limitação do Poder de Julgar ?

Como consequência da repercussão jurisprudencial nas relações jurídicas como um todo, nomeadamente em questões de seguro saúde, alguns expositores ressaltaram a necessidade de aparelhar os julgadores com técnicos que pudessem nortear melhor os operadores do direito.

Neste campo, apesar de citado convênio firmado pela Secretaria Estadual de Saúde com a Justiça Federal em 2011, nosso E. TJRJ foi pioneiro neste projeto e já possui, há muito, convênio para análise técnica e prévia do caso, recebendo o modelo da Vara de Fazenda Pública especializada loas do CNJ que pretende uniformizar em todo o país e adotar como modelo exemplar o que foi sugerido e objeto de estudo pela colega titular da referida Vara, a Juíza Valeria Pachá Bichara.

Falou-se ainda que alguns julgados vêm reconhecendo como direito do consumidor alguns tratamentos que, pelos critérios técnicos mais abalizados, são considerados inócuos. Neste aspecto entra a ética. Um Juiz nunca dá uma decisão antecipatória ou de mérito sem que esteja nos autos laudo técnico de médico especializado indicando ser aquele tratamento o mais adequado e conveniente ao caso em concreto. Logo a reforma precisa abranger o critério adotado por esses especialistas e não limitar o julgador a listagem da ANS.

Como também exposto durante as palestras, uma das maiores vertentes de inclusão de tratamentos e medicamentos no rol dos reconhecidos pela ANS decorre da existência de entendimentos uníssonos na jurisprudência acerca de determinados tratamentos e medicamentos para enfermidades crônicas.

Sobre este prisma já tive oportunidade de julgar em determinado caso em concreto, direito de acesso de adolescente com diabetes Tipo 1 a fitas de medição sanguínea e aplicador nasal de insulina. A questão pareceu relevante, pois pela listagem da ANS à época, a distribuição se limitava a fitas de medição de glicose em urina e aplicador injetável de insulina. Analisando o caso em concreto, cheguei a conclusão de que naquele caso específico, em que via de regra as sequelas ocorrem efetivamente, face ao tempo de convivência com a limitação de natureza metabólica, o controle sanguíneo que é mais eficiente, constituiria direito do cidadão. Nesta esteira, a aplicação insulínica injetável diariamente em um adolescente por pelo menos duas vezes ao dia, pode levar a sério comprometimento de natureza psicológica. Não se compara a necessidade de um adolescente, que certamente precisará conviver por vários e vários anos com esta limitação, com um idoso que se descobre diabético aos 70 anos. As sequelas quando a doença aparece tardiamente quase nunca se revelam, sendo nestes casos perfeitamente cabível uso dos meios e medicamentos adotados pela ANS.

Desta forma, vê-se que a liberdade do julgador para analisar o caso em concreto constitui pressuposto essencial do atendimento a uma das balizas constitucionais: a dignidade do indivíduo.

4. CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto e falado durante o seminário, o que não se pode perder de foco é que efetivamente há repercussão econômica nas decisões que são proferidas pelo julgador, máxime em matéria de seguro e prestação de serviços de saúde como um todo. No entanto, não pode passar despercebido ao julgador o fato posto em causa e o direito alegado frente ao nosso ordenamento jurídico.

A experiência, todavia, está a revelar que, em regra, as demandas que são ajuizadas com o objetivo de obter acesso a determinados medicamentos, no campo público, ou determinados tratamentos, no campo da relação jurídica privada, mostram-se legítimas, pois que efetivamente há comportamento destoante do que prevê a estrutura jurídica nacional.

Não se trata de fazer justiça social, mas apenas dar a cada um o que é seu.

Não raro afrontam com situações em que as prestadoras de serviços se negam a cumprir a avença ou o estado impõe ao administrado uma série de formalidades por vezes impossível de cumprir. Estes são os casos comezinhos em nossas cortes e devem receber sanção porque ilegítimos e ilegais.

O que parece ao observador é que as empresas de natureza privada buscam inserir em mercado contratos economicamente inviáveis, pois cobram valores incompatíveis com os serviços a que se obrigaram, contando com a comutatividade a seu favor ou mesmo com entropia judicial, hoje sério elemento de impedimento ao acesso à justiça.

Não defendemos a prestação de serviço não contratado, mas o cumprimento da avença na forma com que foi pactuada. Esta é a conclusão a que aqui se chega. ◆

Mediação nos Relacionamentos do Setor de Saúde

Ana Paula Pontes Cardoso ¹

1. MEDIAÇÃO

A mediação é forma de solução de conflitos, assim como o arbitral, a arbitragem etc. Porém, é realizada consensualmente, através do diálogo aberto e franco, de modo pacífico, pelo qual as próprias partes têm a chance de solucionar a lide, fazendo retirar do Judiciário o conflito.

A mediação conta com a figura do mediador, não podendo ser realizada pelo Juiz, já que este não poderia julgar a lide posteriormente, haja vista que o magistrado integra a decisão por ele prolatada. O mediador deve ser terceiro imparcial, cuja missão é a facilitação do diálogo entre as partes. Na mediação, as partes é que alcançam a solução do problema, sendo valorizada a pessoa, já que são os principais responsáveis pela solução da divergência.

Na mediação há um “delay” entre as negociações para que as partes alcancem o entendimento, já que todo conflito é um desentendimento. Geralmente, quem está envolvido no conflito não consegue se entender com a outra parte, porque não vê as coisas do ponto de vista do outro. Com a mediação, a visão do conflito passa a ser positiva, deixando as partes de estar uma contra a outra, mas sim ambas voltadas para o mesmo objeto, consistente na solução do desentendimento. Inicia-se a retomada do diálogo entre as partes, com a escuta do outro.

Através da mediação, tenta-se demonstrar que o conflito é necessário ao crescimento e à ocorrência de mudanças, possibilitando o conhecimen-

¹ Juíza de Direito da 48ª Vara Cível - Capital.

to do verdadeiro problema, que pode ter dado origem a conflitos menores. Esta situação é comum em relações continuadas, como relacionamentos afetivos, vizinhos, empregados de uma mesma empresa etc. O mediador vem facilitar a conversa entre os envolvidos.

A mediação tem como objetivos: a prevenção da má-administração de conflitos, a inclusão social, a paz social e a solução dos conflitos, sendo este seu objetivo primordial. O caminho para se alcançar tal solução é o diálogo, o qual somente pode aparecer quando o conflito é visto de forma positiva. Para lograr êxito na solução do conflito, os envolvidos devem refletir sobre suas responsabilidades, e não só sobre seus direitos, mas também sobre suas obrigações, devendo cada qual pensar no reflexo que sua atitude pode ter na vida do outro contendor. A pessoa é valorizada, incluída, tendo em vista sua importância no conflito.

Na mediação, a competição é substituída pela cooperação, já que cada parte deve comprometer-se de forma ética com o diálogo honesto.

A Resolução 125 do CNJ fixou a mediação como política pública de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos. É incremento de pacificação social, possuindo dois elementos fundamentais: a desconstituição do conflito (aspecto subjetivo) e a construção da solução em coautoria dos envolvidos (aspecto objetivo). As partes em conflito se tornam responsáveis por construir a solução do conflito em consultoria.

Na mediação deve haver diálogo qualificado, o que ocorre quando se chega além das fronteiras do conflito. É preciso compreender as razões que estimulam a conduta da outra parte. Deve haver ética no sentido da compreensão ampliada do outro, da diferença, da pluralidade, inspirar e se deixar inspirar pela tolerância. Deve haver compreensão do que é melhor para todas as partes do conflito. É a ética conforme a visão do outro. Deve ser buscada a solução pelo “ganha-ganha” e não pelo “perde-perde” ou pelo “perde-ganha”.

O mediador não é a pessoa que decide, não tendo autoridade sobre o conflito mais do que as partes. Ele não conhece o conflito mais do que as partes. O mediador deve formular perguntas para além do senso comum,

a fim de abrir o diálogo entre as partes. O mediador deve ter formação multidisciplinar. Na área da saúde, a mediação deve ser especializada, com câmaras ou núcleos de assessorias técnicas. Os advogados devem ter dimensão de orientação do cliente e não sobre o foco adversarial.

Vivemos numa sociedade de vítimas e de baixa resistência à frustrações. A sociedade é individualista e voltada ao espetáculo. A sociedade imagina que pode comprar tudo: segurança, conforto, bem-estar, felicidade.... e saúde! A sociedade é despolitizada e possui dificuldade para pensar o coletivo.

O conceito de consumidor e o de cidadania se confundem. Consumidor é a parte mais fraca, débil, vulnerável, e hipossuficiente. Precisamos formar mediadores que conheçam programas de saúde pública, que possam inserir o indivíduo em programas de saúde pública e que entendam os fundamentos legais da saúde privada.

Mediação demanda tempo. É preciso entender o conflito como uma oportunidade de mudança, devendo as políticas públicas de saúde partir do Estado e não do Governo. O Judiciário deve deixar de ser o *locus* de debate dos problemas da saúde. O debate deve ser político, social, principalmente no que tange à saúde complementar, e tal solução deve partir da coautoria, ou seja, dos próprios envolvidos, servindo a mediação como importante instrumento para se alcançar o resultado positivo.

No pós-guerra, a mulher passou a representar força de trabalho, deixando os filhos em casa e passando a trabalhar fora. Esta situação trouxe culpa às mães que passaram a compensar sua ausência do lar com presentes aos filhos, iniciando-se o consumo. Os jovens passaram a deter poder, e as fábricas, percebendo isto, passaram a produzir itens destinados a eles. Os jovens passaram a eclodir rebeldia e violência, mudando o eixo do poder. Os idosos passaram a ser indesejados e as crianças aceleraram seu crescimento para serem logo jovens. Isto gerou a ausência de instâncias intermediárias entre as gerações, confundindo a ideia da soberania dos mais velhos, e do valor de suas experiências, gerando maiores conflitos entre as famílias. As pessoas esqueceram a cronologia, e a acronicidade angustia o jovem, porque não há mais diferença entre as gerações. A mediação surge

então como importante instrumento de resolução destes conflitos. Serve como instrumento de escuta do outro, chegando as próprias partes à solução de suas desavenças.

2. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

A Função Social do Contrato não é ideia nova. O Código Civil de 2002 trouxe para o direito positivo esta noção que já era mencionada na doutrina há 100 anos. Era preciso estabelecer novas bases para o direito privado, o que ocorreu com base na função social do contrato. O sócio e a sociedade têm funções sociais diferentes, e por isso têm personalidades jurídicas distintas.

Conceituar a função social do contrato é tarefa difícil. O art. 421 do Código Civil diz que a liberdade de contratar deve ser exercida nos limites da função social do contrato, o qual não deve ser concebido como algo que só interessa às partes contratantes. A função social do contrato deve ser entendida como algo que impõe às partes o dever de perseguir o bem-estar social, ao lado de perseguir seu interesse particular. A função social do contrato traz em si a noção de ordem pública, devendo buscar sua finalidade existencial. Isto se aplica aos contratos de plano de saúde, já que seu objetivo é relevante. Deve ser buscada não só a proteção dos interesses individuais, mas também a dos interesses constitucionalmente protegidos.

O contrato de plano de saúde é comutativo. Destarte, entre as prestações devidas por ambas as partes, deve haver a equivalência de valores. A revisão do contrato deve levar em conta sua comutatividade, alcançando o equilíbrio entre as partes. É possível a revisão judicial dos contratos de plano de saúde através da tutela coletiva (ex. Ação Civil Pública). Sempre que se verificar a existência de cláusula que viole a função social do contrato, será possível sua revisão por tutela coletiva. Pode ser ainda revisto o contrato quando, apesar de observar a sua função social, estiver causando o desequilíbrio das partes (ex. afasta-se a cláusula de exclusão de cobertura - deve-se alterar o valor da mensalidade, a fim de observar a comutatividade do contrato e o equilíbrio entre as partes. Isto também é observar a função

social do contrato).

Verificam-se atualmente alguns problemas existentes no que tange aos planos de saúde. Entre eles, podem ser destacadas: as falhas no cumprimento das operadoras; a desconsideração do contrato a favor do pretendido pelo consumidor; a ineficiência estatal, transformando em principal o contrato de plano de saúde privado, quando este deveria ser o secundário; o decurso do tempo, já que a atividade que era lícita no passado se torna ilícita com o passar dos anos e com a mudança da legislação (ex: limitação do tempo de internação; majoração da mensalidade por mudança de faixa etária, etc).

Quando realidades mudam, desequilíbrios acontecem. Pode uma cláusula de reajuste ser considerada nula a ponto de não haver nenhum reajuste da mensalidade do consumidor no futuro, nos anos seguintes? É preciso haver o equilíbrio contratual, que deve partir de uma solução justa. É preciso harmonizar os interesses e buscar o equilíbrio das relações através da função social do contrato e da boa-fé objetiva. ◆

Ação Civil Pública e os Contratos de Saúde

André Luís Nicolitt ¹

INTRODUÇÃO

Pretende o presente ensaio analisar a Ação Civil Pública como instrumento de revisão dos contratos de plano de saúde.

É notório que a saúde pública em nosso país está passando por enorme dificuldade, sendo sucateada a todo instante. Assim, plano de saúde tornou-se regra cotidiana das relações.

O papel do Judiciário nesse tipo de relação com o consumidor, sempre parte mais frágil, é proteger o interesse daqueles que não encontram saída diante dos abusos praticados pelas empresas.

Ação Civil Pública – Contornos Legais

A ação civil pública é o instrumento processual, previsto na Constituição Federal brasileira e em leis infraconstitucionais, de que podem se valer o Ministério Público e outras entidades legitimadas para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Em outras palavras, a ação civil pública não pode ser utilizada para a defesa de direitos e interesses puramente privados e disponíveis.

Sua origem vem do modelo americano das chamadas *class actions*, de forma que ela excepciona a origem do direito brasileiro, todo fundamentado nas origens romano-germânica.

O instituto, embora não possa ser chamado de ação constitucional,

¹ Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de São Gonçalo.

tem, segundo a doutrina, um “status constitucional”, já que a Constituição coloca a sua propositura como função institucional do Ministério Público (art. 129, II e III da Constituição Federal).

Disciplinada pela Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, a Ação Civil Pública tem por objetivo reprimir ou mesmo prevenir danos ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, ou à ordem urbanística, podendo ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

Direito à Saúde como Direito Difuso

O termo difuso, hoje empregado de forma bastante cotidiana, e porque não dizê-lo, já do domínio público, juridicamente não foi criado modernamente, visto que tem a sua origem na doutrina romana. Segundo o ministro Mauricio Correia (RE 163.231-SP) “Vittorio Scialoja já se referia ao conceito de difuso, no século passado, ao mencionar que ‘direitos difusos, que não se concentram no povo considerado como entidade, mas que têm por próprio titular realmente cada um dos participantes da comunidade’. (Procedura Civile Romana, Anonima Romana Editoriale, Roma 1932, parágrafo 69, pág. 345)”.

Importa distinguir entre interesses difusos e interesses coletivos, uma vez que são distintos, embora possamos classificar ambos como de caráter transindividual. Assim podemos conceituar como difuso o interesse que abrange número indeterminado de pessoas unidas pelo mesmo fato, enquanto que os interesses coletivos seriam aqueles pertencentes a grupos ou categorias de pessoas determináveis, possuindo uma só base jurídica.

Outro aspecto relevante dos interesses difusos diz respeito à parcela que cabe a cada um, uma vez que não é possível também determinar tais titulares aquele direito violado. Claudia Lima Marques (2006, p. 975) afirma que “são exemplos de direitos difusos o direito à saúde” ... “sendo caracterizado, igualmente, o direito ao meio ambiente sadio, previsto no art.

225 da Constituição da República”, com tais exemplos não resta dúvida sobre a natureza indivisível e indeterminável dos interesses difusos.

- Intervenção do Judiciário nos Contratos de Plano de Saúde

A Desembargadora Dra. Letícia Sardas, em seu brilhante trabalho: “O Contrato no Novo Código Civil Brasileiro. Aspectos Relevantes da Intervenção do Judiciário”² faz uma análise importante acerca da intervenção do Judiciário nos planos de saúde, motivo pelo qual trazemos a colação:

A par do texto legal inserido na legislação específica, a jurisprudência brasileira tem desempenhado um relevante papel no combate às cláusulas abusivas em todo e qualquer tipo de relação jurídica e não somente naquelas tipicamente consumeristas.

Especificamente nas hipóteses dos planos privados que se propõem a fornecer a proteção da saúde dos seus associados, a jurisprudência tem sido um importante alicerce na defesa dos direitos dos consumidores.

Importante ressaltar que a conhecida falência dos serviços da saúde pública no Brasil, serviu de palco ao incremento dos planos privados de saúde. Premido pela necessidade e sem os necessários e imprescindíveis esclarecimentos, os consumidores aderem aos contratos previamente preparados 40, quiçá com cláusulas obscuras ou até mesmo desprovidas de esclarecimentos e, no momento em que buscam o serviço contratado 41, se deparam com as mais estapafúrdias desculpas das empresas.

Neste contexto, as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros têm refletido a constante preocupação de garantir a concretização dos contratos de seguro-saúde.

² Sardas, Letícia, in “O Contrato no Novo Código Civil Brasileiro. Aspectos Relevantes da Intervenção do Judiciário”, disponível em www.tj.rj.gov.br/institucional/...civil/contrato_novo_codigo.pdf.

Através das reiteradas decisões judiciais, tem se formado a consciência de que a prestação nos contratos de assistência médica ou de seguro-saúde, quando necessária, deve ser prestada com a devida qualidade, com a devida adequação de forma que o serviço objeto do contrato que uniu o consumidor o fornecedor do serviço, possa atingir os fins que razoavelmente dele se espera.

Em recente palestra que proferimos no “Seminário sobre Cláusulas Limitativas e Excludentes nos contratos de Plano de Saúde”, realizado em Salvador, na Bahia, tivemos oportunidade de afirmar que o estudo e a aplicação das cláusulas limitativas ou de exclusão da responsabilidade pela prestação de saúde têm sido um dos grandes embates entre o Poder Judiciário – que tem sido cada vez mais chamado a assegurar os mais variados direitos – e os planos de saúde, que tomaram para si o risco de preservar vidas, num papel de coadjuvante do Poder Público.

Vivemos em um momento de mudanças, numa crise em que os antigos paradigmas civilistas, fundados no princípio da autonomia da vontade já não mais resolvem as questões cotidianas.

O Código de Defesa do Consumidor trouxe novos ventos. Estes ventos sopraram direitos mais racionais. Sopraram direitos mais éticos. Sopraram direitos fundados, basicamente, na boa-fé.

O mundo pós-industrial se humanizou. As relações contratuais Modernas têm características especiais. Da acumulação dos bens materiais, passamos para uma outra fase, a da acumulação dos bens imateriais.

Os contratos de dar, corriqueiros no século passado, já não resolvem os anseios das civilizações modernas, interessadas nos contratos de fazer, nos contratos de prestação de serviços.

A Revista VEJA, recentemente destacou em matéria de capa o denominado “sonho da classe média”. O chamado da capa mostra, exatamente, essa mudança conceitual dos contratos modernos, ao

afirmar que a classe média não tem mais como sonho principal a aquisição da casa própria.

O sonho da classe média está, atualmente, fundado na aquisição de bens e direitos imateriais. A classe média quer planos de saúde, prioriza a educação, preocupa-se com a previdência privada.

A questão que se coloca com prioridade é encontrar soluções para os modernos contratos de prestação de serviços, que envolvem obrigações de fazer contínuas e de longa duração, envolvendo o bem maior protegido constitucionalmente, que é a saúde e a vida.

Os profissionais do Direito foram acostumados a analisar contratos comutativos. Os modernos contratos de plano de saúde são contratos aleatórios, em que a contraprestação principal do fornecedor de serviços de saúde depende da ocorrência de evento futuro e incerto, que é a doença do consumidor/cliente ou de seus dependentes.

Corroborando o exposto pela Desembargadora, colaciono recente decisão de nosso Tribunal:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFERIMENTO DE TUTELA ANTECIPADA. DETERMINAÇÃO DE COBERTURA TOTAL PARA TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO AOS PACIENTES COM CÂNCER, INCLUSIVE COM A COBERTURA DE MEDICAMENTOS ADMINISTRADOS NO AMBIENTE DOMICILIAR. INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO INTERPOSTO. ARTIGOS 506 E 522 DO CPC. O prazo para a interposição do Agravo de Instrumento inicia-se da data em que foi efetivada a intimação por meio do OJA, e não da juntada do mandado aos autos, conforme prevê o artigo 506 do CPC. Não conhecimento do recurso, ante a flagrante intempestividade.” (Des. DES. CLAUDIO DE MELLO TAVARES. DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. 0010616-83.2010.8.19.0000)

Legitimidade das Associações de Direito do Consumidor e do Ministério Público para Propor Ação Civil Pública

Quando falamos em ação coletiva, temos que entender um pouco de legitimação para saber quem irá ficar no pólo passivo, no polo ativo, ou, na verdade, quem poderá figurar no processo, ser parte legítima da ação.

Quando pensamos em legitimidade pensamos em legitimação. Temos a legitimação extraordinária e a legitimação ordinária. Nas ações coletivas temos as legitimações extraordinárias, pois o legitimado não ajuíza a ação em nome próprio.

A legitimação ordinária é a forma clássica de defesa dos interesses em juízo. Se dá basicamente pela pessoa atingida de alguma forma. Ou seja, por aquele cujo direito material é violado. Analisamos a titularidade do direito material num colóquio: se alguém pegou câncer bucal por conta do vício em cigarro e desejar propor uma ação em face da Souza Cruz, a pessoa é a legitimada ordinária, pois ela é a própria titular do direito violado, no caso, a saúde.

Legitimação extraordinária é a forma anômala de defesa de interesses em juízo. Defesa se dá por parte de quem não é titular de direito material. O normal é que o titular do direito material defenda seus interesses em juízo. O que distorce essa realidade é o ingresso de alguém em juízo defendendo direito material alheio. Daí temos a legitimação anômala ou extraordinária. Por que extraordinária? Porque dependerá de lei para existir, de expressa disposição legal.

Essa legitimação é excepcional, e constitui uma exceção à regra, em que pese as ações coletivas se transformarem na própria regra, porque o indivíduo não pode ajuizar uma ação coletiva; ação coletiva em sentido lato, de modo que só quem ajuizará a ação coletiva serão terceiros, buscando defender interesses desses indivíduos. Que terceiros? Os legitimados: Ministério Público, os entes políticos, entidades e órgãos da Administração Direta e Indireta, e associações que tenham pertinência temática, observados os demais requisitos. Então a regra é a anomalia.

Teremos também a necessidade de disposição legal. E ocorre não

somente para buscar a reparação do dano, mas para garantir a efetividade da satisfatividade por conta do direito violado. A parte defende em nome próprio interesse alheio nas ações civis públicas e ações coletivas, e legitimação se dá em nome da efetividade da defesa do interesse violado.

Têm *legitimidade ativa* nas ações civis públicas, portanto:

1. O Ministério Público;
2. A Defensoria Pública;
3. Os entes federativos;
4. As autarquias;
5. As empresas públicas;
6. As fundações públicas;
7. As sociedades de economia mista;
8. As associações constituídas há pelo menos um ano e que tenham fins específicos.

Com advento do Código de Defesa do Consumidor tivemos uma pequena mudança na Lei de Ação Civil Pública em relação à legitimidade. Isso quer dizer que o CDC passou a autorizar que entes ligados ao sistema nacional de defesa do consumidor pudesse, também, ter legitimidade para o ajuizamento das ações coletivas. Há o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor – DPDC e a Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – Procon. Aquele é do Ministério da Justiça, esta é fundação pública, conhecidos como Procons estaduais. Pouco importa a natureza desses órgãos. O que importa é que esses entes têm legitimidade para propor ações coletivas, inclusive os Procons municipais.

Conclusão

Nesse processo permanente de judicialização das relações sociais, a Ação Civil Pública afigura-se importante instrumento de tutela coletiva e de direitos difusos, que mostra-se adequada no âmbito dos contratos de plano de saúde, a fim de garantir acesso à justiça e celeridade. ◆

Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde

Andréia Florêncio Berto¹

Há métodos extrajudiciais para solucionar as controvérsias, tidos como alternativas à justiça pública brasileira. São eles: mediação, conciliação e arbitragem.

Não há dúvidas acerca da insatisfação dos litigantes em geral com os trâmites da justiça, o que se deve a inúmeros fatores, entre eles, e o principal, a morosidade excessiva na solução dos conflitos. E tal se deve ao número elevado de processos, o que causa congestionamento e emperra o bom andamento da máquina judiciária. Também a legislação processual civil brasileira, que é um misto da legislação alemã e italiana, prevê inúmeras possibilidades de interposição de recursos.

Daí a razão da existência e aprimoramento dos métodos extrajudiciais, os quais, contudo, não substituem a jurisdição. A impotência do poder estatal em apresentar um prazo razoável para atender as demandas existentes não provoca apenas a insatisfação das partes litigantes, mas também ocasiona inúmeros e sérios impactos permissivos para a economia brasileira, pois, dentre outros, podemos mencionar o alto custo do poder judiciário, que consome quase 4% do orçamento público, a demora em se recuperar créditos judiciais, o que leva as entidades a buscarem créditos em instituições financeiras e, sem conseguir cumprir com os pagamentos propostos, ocasionam alta inadimplência bancária, fazendo com que haja um crescente aumento na taxa do chamado spread bancário, bem como um aumento no volume de execuções judiciais demandadas pela área bancária.

E não é diferente no setor referente à saúde.

¹ Juíza de Direito da 3ª Vara Cível Regional de Bangu.

Sem pretender adentrar no mérito político e administrativo-gerencial, a saúde, como um direito constitucionalmente assegurado, tem deixado muito a desejar.

Daí a razão do crescimento e a implementação dos planos de saúde.

A Lei 9.656/1998 define Operadora de Plano de Assistência à Saúde como sendo a pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós-estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor.

Discute-se atualmente a validade da cláusula, inserida em contrato coletivo de prestação de serviços de assistência à saúde, que permite a alteração da mensalidade na hipótese de aumento da “sinistralidade”. Grupos de defesa de interesses de consumidores alegam que tal cláusula é intrinsecamente abusiva, por permitir que a seguradora aumente unilateralmente o valor dos prêmios mensais, em afronta ao art. 51, X, do CDC. Sustentam que a referida cláusula também pode ser considerada abusiva à luz do inc. IV do art. 51, também do CDC, já que consagra vantagem exagerada para a seguradora. Por sua vez, as operadoras de planos de saúde apóiam-se em entendimento contrário, por não enxergarem abusividade na dita cláusula. Acrescentam que nem sequer se pode pretender a aplicação do CDC ao tipo contratual em tela, já que se traduz num pacto entre empresas, onde o autor não utiliza os serviços na condição de destinatário final, figurando como mero estipulador das condições contratuais em favor de terceiros.

A cláusula que gera a discordância prevê o recálculo do prêmio em função da sinistralidade, isto é, toda vez que o índice de sinistros pagos

atingir determinado percentual, em função do prêmio cobrado em período imediatamente anterior (de três meses), a seguradora está autorizada a fazer o cálculo de novo prêmio, segundo fórmula prevista na mesma cláusula.

A análise da natureza de tal cláusula nos obriga a um exame preliminar da natureza do próprio contrato coletivo (plano) de saúde, até mesmo para definir se a ele se aplicam (ou não) as normas do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Com efeito, muitos sustentam que o contrato de plano de saúde empresarial não é um contrato de adesão, uma vez que suas cláusulas são discutidas e eleitas de forma equilibrada pelos contratantes, a operadora e a empresa que contrata o plano, que escolhe livremente o tipo de plano, o preço, os prazos de carência, os tipos de procedimentos cirúrgicos cobertos, o número de beneficiários, entre outras condições, ou seja, típico contrato empresarial em que não se enxerga a figura de uma parte hipossuficiente, em desvantagem diante de outra mais forte e que tem a supremacia da relação contratual. A despeito dessa orientação, o contrato coletivo de plano de saúde é modalidade de contrato de consumo e que, mais do que isso, é verdadeiro “contrato cativo”, no qual os consumidores (beneficiários) estão sujeitos a desequilíbrios idênticos à contratação individual, devendo-se lhe aplicar os mesmos princípios protetivos, com destaque para o princípio da conservação dos contratos.

Um princípio geral em matéria de contratos é o de que as convenções não prejudicam nem beneficiam as partes que nelas não intervêm. É o chamado princípio da relatividade dos contratos, significando que não podem produzir efeitos além das pessoas dos contratantes que se auto-obrigaram. Esse princípio, contudo, não é absoluto, pois algumas espécies contratuais produzem efeitos sobre o patrimônio jurídico de terceiros que não concordaram para a formação do vínculo, do qual não podem escapar por força da lei ou da vontade das partes que o constituíram. É o caso, por exemplo, da doação modal em favor de terceiro, do contrato de seguro em favor de terceiro (beneficiário), da constituição de renda quando há um terceiro beneficiário, da promessa de fato de terceiro (previsto no art. 439, caput, do C.C.) ou ainda em todos os casos genéricos das estipulações em favor de terceiro. Esses tipos de contratos são muito diferentes dos demais

atos negociais porque, em todos eles, os efeitos vão atingir um estranho à celebração do negócio jurídico, o qual, apesar de não participar inicialmente da avença, vai adquirir a qualidade de sujeito de direito da relação contratual.

A esse rol distinto de contratos pode-se juntar o plano ou seguro saúde empresarial, modalidade contratual estabelecida entre duas pessoas, em que uma (o empregador, sindicato ou entidade associativa) convencionou com outra (a operadora ou administradora do plano) a prestação de serviços de assistência à saúde de terceiros, mediante o pagamento de certa quantia mensal em dinheiro pelos beneficiários ou de forma rateada com o empregador.

Em verdade, a figura do plano de saúde, quer seja ele individual (ou familiar) quer seja ele empresarial, pode ser distinguida da do seguro-saúde. Na primeira espécie, o contrato é feito com qualquer empresa (privada), cooperativa ou associação de médicos, que assume a responsabilidade da prestação de serviços médico-hospitalares, diretamente ou através de uma rede de operadores conveniados. A segunda é um típico contrato de seguro, firmado com uma companhia seguradora, pelo qual, mediante a paga de um prêmio, o segurador se obriga perante o segurado a preveni-lo dos riscos (financeiros) à sua vida e integridade física, pagando-lhe uma indenização ou simplesmente reembolsando os gastos que fizer com a manutenção e recuperação de sua saúde. A doutrina, todavia, de há muito reclamava um tratamento jurídico unificado para ambas as espécies, com a criação de órgãos reguladores e de fiscalização também unificados. A Lei 9.656, de 03.06.98, que regulamentou os planos e seguros-saúde privados de assistência à saúde, tratou-os como uma única espécie, tanto que no seu art. 10 instituiu o “plano ou seguro-referência de assistência à saúde”. Assim, o contrato de “plano” ou seguro-saúde pode ser caracterizado por envolver a transferência (onerosa e contratual) de riscos futuros à saúde do segurado (consumidor) e seus dependentes, mediante a prestação de assistência médico-hospitalar diretamente ou por meio de entidades “conveniadas”, ou pelo simples reembolso das despesas.

O que realmente faz diferença (e gera problemas) é a forma de con-

tratação desses planos ou seguros-saúde, que se pode dar por meio da contratação individual, que são aqueles oferecidos no mercado para a livre adesão de consumidores, pessoas físicas, facultada ou não a inclusão de seus dependentes ou grupo familiar, ou através de uma contratação coletiva, quando no contrato é oferecida cobertura dos riscos à saúde de população delimitada e vinculada a uma determinada pessoa jurídica - a empresa que contrata o plano (que também pode prever a inclusão dos dependentes da comunidade de beneficiários do contrato coletivo). A adesão dos beneficiários (consumidores) em geral é automática, na data da contratação do plano ou no ato da vinculação como empregado, filiado ou associado da pessoa jurídica (empregador, sindicato ou associação), se bem que, em algumas modalidades de contratação coletiva, a adesão é prevista apenas de forma espontânea e opcional dos funcionários, associados ou sindicalizados (com ou sem a possibilidade de inclusão do grupo familiar ou dependentes).

Estamos diante, pois, de um típico contrato de consumo - o contrato de prestação de serviços de assistência médico-hospitalar vem sendo caracterizado, na doutrina e jurisprudência, como contrato de consumo para fins de aplicação das normas de proteção do CDC -, mas em que os consumidores não intervêm na formação do vínculo contratual. A contratação não é feita por eles (ou entidade representativa deles), mas diretamente pela empresa empregadora com a operadora de plano de assistência à saúde.

Como é a própria empresa, sindicato ou associação que faz a negociação com a operadora, sem interveniência direta dos beneficiários e verdadeiros sujeitos de direito do “plano” ou seguro-empresarial, podem ocorrer divergências entre eles quanto à execução do contrato. Muitas vezes, no momento de discutir reajustes, de adaptar o plano para outra modalidade, de escolher dentre as segmentações previstas em lei, os interesses da empresa empregadora e dos seus empregados (consumidores) nem sempre vão ser coincidentes, especialmente quando aquela concorre com o pagamento de parcela dos custos do contrato. Daí surge a necessidade de se procurar definir a natureza jurídica desse tipo contratual, para, em seguida, delinear com exatidão a extensão dos direitos e deveres das partes. A importância

desse estudo é motivada também em razão da grande difusão que essa forma contratual (contrato coletivo de saúde) assumiu nos dias atuais.

E o melhor método para se perquirir a natureza jurídica de uma nova modalidade contratual é compará-la com as formas típicas, já definidas em lei.

Percorrendo esse caminho, fica fácil enxergar que o contrato que o empregador celebra com a operadora ou administradora de plano de saúde aproxima-se da categoria da estipulação em favor de terceiro, como acordo de vontades que produz efeitos em relação a terceiro, que não participa da formação do vínculo. O nosso Código Civil admite a validade e eficácia da estipulação a favor de terceiro, disciplinando-a nos arts. 436 a 438. Há, contudo, uma diferença fundamental em relação a essa forma contratual. A estipulação em favor de terceiro, disciplinada no Código Civil, consagra sempre e exclusivamente uma vantagem para o não interveniente, enquanto que nos contratos de planos/seguros de saúde coletivo a estipulação, a par de gerar uma vantagem - o direito a usufruir os serviços de assistência médica de responsabilidade da operadora - faz nascer também obrigações para os terceiros (segurados), que consistem, em geral, no pagamento de parte dos custos de execução do contrato, na forma de mensalidade ou prêmio como contraprestação pelos serviços oferecidos pela operadora. No contrato de plano ou seguro saúde coletivo, o segurado não é um mero favorecido, mas ao mesmo tempo um coobrigado, pois tem o dever de pagar o prêmio mensal estabelecido (ou parte dele), podendo inclusive vir a ser executado em caso de inadimplemento, para que a operadora possa ser ressarcida dos custos que suportou durante o prazo em que manteve os seus serviços à disposição do segurado. Tanto a seguradora (operadora) como o segurado (consumidor) têm vantagens proporcionais, que se equivalem; um, percebendo em pecúnia o direito ao prêmio, e o outro, usufruindo dos serviços médicos e hospitalares. Trata-se de modalidade de contrato oneroso, pois envolve prestações e contraprestações, com cada um desses contraentes visando a obter vantagem. Existe um perfeito equilíbrio de obrigações e de interesses que se coadunam. É diferente, repita-se, da estipulação em favor de terceiro, onde a vantagem para a pessoa alheia à

convenção é sempre considerável (ainda que não inteiramente gratuita).

Outro ponto de distinção entre as formas contratuais em análise tem a ver com a relação das partes que participam da formação do vínculo. Na estipulação em favor de terceiro o estipulante pode exonerar o promitente de suas obrigações, caso o terceiro (beneficiário) não reclame o direito de exigir a execução do contrato (art. 437 do C.C). No contrato coletivo de plano de saúde empresarial, a situação não é a mesma, pois o segurado tem o direito, em todas as circunstâncias, de exigir o cumprimento das obrigações do contrato.

Uma última dessemelhança poderia ser apontada, ligada a um requisito subjetivo. É que na estipulação em favor de terceiro o estipulante atua em seu próprio nome, enquanto que no contrato de saúde coletivo a avença é formalizada em nome de terceiro (beneficiário), preponderando uma ação em nome alheio.

A estrutura contratual típica em que mais se adequa o “plano privado empresarial de assistência à saúde”, pelo menos quanto ao objetivo, é mesmo com o contrato de seguro, na medida em que ambos visam a eliminar riscos. Mas não se pode dizer que a contratação coletiva empresarial de plano privado de assistência à saúde reflita simplesmente um nítido contrato de seguro. É certo que pode haver contrato de seguro em que a pessoa do segurado não coincide com a do beneficiário, como é o caso do seguro de vida, em que a indenização é recebida pelo parente (ou qualquer outra pessoa) indicado no contrato. O plano empresarial de saúde também cobre o risco à vida do segurado, podendo haver previsão de indenização para os seus familiares (beneficiários). Só que, no contrato de seguro, quem sempre arca com o pagamento do prêmio é a própria pessoa que contrata, e não o beneficiário, enquanto que no plano privado empresarial de assistência à saúde quem contrata é a empresa, mas quem paga a mensalidade (pelo menos parte dela, em alguns casos) é o empregado (segurado e beneficiário).

Vê-se, portanto, que o “plano coletivo empresarial de assistência à saúde” não se enquadra em nenhuma das modalidades contratuais típicas, por revestir-se de características próprias. Pode-se dizer que seja um misto

de estipulação em favor de terceiro e contrato de seguro, que pode ser conceituado como o negócio em que uma pessoa jurídica contrata com outra, em favor dos empregados ou pessoas físicas de alguma forma vinculadas a uma delas, a prestação continuada de serviços ou cobertura de custos de assistência à saúde, mediante preço pago integral ou parcialmente pelos beneficiários.

A relação contratual que se forma do acordo de vontades entre o empregador e a operadora do plano com o intuito de criar um vínculo jurídico tem a finalidade de estabelecer o dever de prestar um benefício (assistência à saúde) a terceiros, inicialmente estranhos ao contrato, mas que posteriormente, quando manifestam sua concordância com o negócio entabulado pelas outras duas partes, passam a ser credores concorrentes de uma delas (a operadora), e mesmo eventualmente de ambas, quando acontece de o empregador assumir a obrigação de arcar com parcela do prêmio pago à operadora (e torna-se inadimplente). Em verdade, há uma relação contratual dupla, ligando o empregador (empresa) à operadora e esta ao segurado (empregado). As relações entre empregado e a operadora só aparecem na fase de execução do contrato, quando aquele passa a ser credor, podendo exigir o cumprimento da prestação prometida, de acordo com as condições e normas ajustadas anteriormente (e separadamente) pelo empregador (em conjunto com a operadora).

A terceira pessoa da relação, o segurado/beneficiário, não precisa sequer ter aptidão para contratar, pois, por não intervir ou participar na formação do vínculo, apenas limitando-se a aceitá-lo, pode ser inclusive um menor (como ocorre, p.ex., no caso dos dependentes menores dos segurados) ou mesmo uma pessoa indeterminada no momento da contratação (mas desde que determinável).

Em conclusão, os direitos do segurado em contrato (plano) coletivo de assistência à saúde são praticamente idênticos àqueles decorrentes da contratação direta individual, resumindo-se no direito que ele tem de exigir o cumprimento das normas e condições pactuadas. Em termos de regulamentação, o plano coletivo de assistência à saúde encontra-se no mesmo plano das demais relações contratuais de consumo, no que diz respeito à

aplicação das normas de proteção do consumidor, em especial o CDC. Trata-se de negócio jurídico em que uma das partes assume a obrigação de prestar serviços em favor de pessoa indicada pelo outro contratante (estipulante), mediante remuneração, enquadrando-se perfeitamente nos conceitos legais de consumidor e fornecedor (arts. 2o. e 3o. do CDC) - que definem a natureza da relação contratual de consumo. O segurado (beneficiário) é consumidor, pois utiliza os serviços na condição de destinatário final (art. 2o.), enquanto que a operadora do plano se enquadra na definição de fornecedor, uma vez que presta serviços (art. 3o.) de assistência à saúde (do segurado), sendo esses serviços prestados mediante remuneração (par. 2o. do art. 3o.). A forma da contratação, com a intermediação do estipulante, no intuito de criar o vínculo jurídico que liga a operadora aos segurados (consumidores), não descaracteriza a natureza consumerista do ajuste. ◆

X Seminário – Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde

Carlos Marcio da Costa Cortazio Corrêa¹

O presente trabalho abordará uma parte das questões que foram apresentadas pelos palestrantes.

Como é do conhecimento comum, inúmeras são as demandas que tramitam pelo Judiciário Brasileiro, e não só o Fluminense, que têm por objeto a declaração de nulidade de cláusulas dos contratos de seguro de saúde, em especial, aquelas que dizem respeito à limitação do tempo de internação ou exclusão de determinados tratamentos reconhecidos pelos órgãos competentes, bem como inúmeras outras buscam o cumprimento pelo Poder Público da garantia constitucional do direito integral à saúde previsto no artigo 196 da Constituição da República, uma vez que o Estado é deficitário e, por vezes, não dispõe de leitos suficientes para a devida internação, notadamente, nas unidades de terapia intensiva; deixa de proceder às intervenções cirúrgicas de urgência, bem como nega o fornecimento de medicamentos essenciais, estejam eles inseridos ou não na lista elaborada pelos entes Públicos, eis que esta não deve servir como única fonte, mas, apenas, como parâmetro para evitar a exigência de medicamentos supérfluos.

Quanto à saúde suplementar, ao seguro de saúde contratado, diga-se a saúde privada, como se sabe, o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil trouxeram às relações contratuais o princípio da boa-fé objetiva, fonte instrumental de deveres anexos, tais como a transparência, a lealdade, a cooperação e a solidariedade. Nesse contexto, e tendo o contra-

¹ Juiz de Direito Titular da 1ª Vara Criminal de Nilópolis.

to de assistência médico-hospitalar como objeto mediato a preservação da saúde e da própria vida do consumidor, este não pode ser privado dos serviços médico-hospitalares disponibilizados pelo plano de saúde, invocando a existência de cláusulas limitativas do tempo de internação, do número de sessões de determinado tratamento ou de exclusão de cobertura de órtese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, as quais se revelam nulas de pleno direito, por trazer desvantagem excessiva ao consumidor, na forma do artigo 51 do CDC, como bem explicitou o Desembargador André Andrade, no julgamento da apelação cível nº 0020825-12.2009.8.19.0206, Sétima Câmara Cível, no dia 05/10/11.

Negar a realização de um tratamento, seja por qual tempo for, segundo as instruções médicas, significa negar acesso à saúde, o que, obviamente, não encontra respaldo na Constituição da República e nem na Lei nº 9.656/98, que regulamenta o seguro saúde.

O artigo 12 da Lei nº 9.656/98 e o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor não admitem seja estabelecida limitação ao atendimento ou à cobertura, por considerar a abusividade da cláusula contratual que põe em franca desvantagem o consumidor. De outra forma, o artigo 35-C, I, da Lei nº 9.656/98 estabeleceu que “é obrigatória a cobertura de atendimento nos casos de emergência, como tais definidos os que implicarem risco imediato de vida, ou lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente”.

Não se deve olvidar que foi consolidado pelo Verbete 302 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça o entendimento que considera abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita o tempo de internação hospitalar do segurado.

O mesmo ocorre com relação à cláusula que exclui da cobertura a órtese que integre, necessariamente, cirurgia ou procedimento coberto por plano ou seguro de saúde, tais como “stent” e “marcapasso”, sendo declarada nula, por abusiva, como restou pacificado pelo Enunciado 112 do nosso Tribunal de Justiça.

Não se diga que por ser o seguro saúde um contrato comutativo e,

para preservação do equilíbrio contratual, o pagamento de sua mensalidade deveria ser revisto no caso da ampliação de sua cobertura por decisão judicial quando foi primitivamente contratado por um valor inferior justamente por conta de algumas cláusulas limitativas.

Ora, em verdade, a decisão judicial, na maioria dos casos, não amplia a cobertura do plano primitivamente contratado, mas declara a nulidade de certas cláusulas que foram consideradas abusivas, inclusive, muitas delas expressamente vedadas pela Legislação vigente, a Lei 9.656/98, como anteriormente mencionado, e, por tal razão, não há que se falar em revisão do valor contratado, notadamente, porque, como já destacado, a seguradora há que observar o princípio da boa-fé objetiva, fonte instrumental de deveres anexos, tais como a transparência, a lealdade, a cooperação e a solidariedade.

Com tal entendimento, caberia, aí sim, pelo princípio da isonomia, a revisão do valor dos contratos que eram mais onerosos em razão da inexistência das cláusulas consideradas abusivas, e não o inverso, como foi sustentado em uma das palestras, que, neste ponto, ousou discordar.

Tais condutas dos planos de saúde, recusa de arcar com os custos de determinado tratamento ou de certas coberturas, as quais somente ocorrem por decisão judicial, dão ensejo à reparação moral, uma vez que afrontam os deveres contratuais impostos pela boa-fé objetiva, notadamente a cooperação e a lealdade. Não se trata de simples descumprimento de obrigação contratual, mas de condutas atentatórias à dignidade da pessoa humana, não podendo ser consideradas como mero aborrecimento.

Nesse sentido, foi editado também o Enunciado 209 do nosso Tribunal de Justiça.

Infelizmente, houve a necessidade da edição de inúmeros Enunciados e Súmulas dos Tribunais Superiores, como se verificou nestas poucas linhas traçadas, diante das várias demandas ajuizadas em razão das cláusulas dos contratos do seguro saúde flagrantemente abusivas.

Não se deve olvidar que há ainda as ações que visam a discutir as cláusulas dos contratos ou aditivos unilaterais relativos ao reajuste de mensalidades por transposição de faixa etária, as quais são consideradas tam-

bém nulas, por serem abusivas, principalmente, quando cabível a aplicação do Estatuto do Idoso e há violação ao seu artigo 15, § 3º, o qual proíbe o tratamento discriminatório em razão da idade, mormente, por se tratar o seguro saúde de relação de trato sucessivo.

Por fim, foi ainda apresentada a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública para revisão dos contratos de saúde suplementar por nulidade de cláusula, diante da previsão legal da proteção dos interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum, conforme dispõe o artigo 81, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.078/90.

Discorreu-se no Seminário, ainda, acerca da saúde pública, principalmente no nosso Estado do Rio de Janeiro.

De início, cabe destacar que se encontra pacificada nos tribunais pátrios a obrigatoriedade de os órgãos e instituições federais, estaduais ou municipais, solidariamente, prestarem integral serviço de saúde aos cidadãos, através o Sistema Único de Saúde (SUS), criado pela Lei nº. 8.080/90. Tem este o fito de garantir tal direito fundamental, como dispõem os artigos 6º, 23, inciso II, 196 e 198, da Constituição da República, tudo conforme consolidado, ainda, no Enunciado 65 do nosso eg. Tribunal de Justiça.

Portanto, como dispõe o artigo 196 da Constituição da República, a saúde é direito de todos e dever do Estado.

Entretanto, como sói acontecer, o Estado, em todas as esferas, não vem cumprindo com o referido preceito constitucional e tal questão também vem sendo levada ao Judiciário, o qual, por inúmeras vezes, obriga o Estado, sob pena de pagamento de multa, a proceder à internação de alguém ou fornecer determinado medicamento essencial à pessoa hipossuficiente, esteja ele inserido ou não na lista elaborada por todos os entes Públicos, eis que esta deve servir, apenas, como parâmetro para evitar a exigência de medicamentos supérfluos, como anteriormente já destacado, mas não impedir o fornecimento daqueles prescritos por um médico e necessários ao tratamento indicado.

Ressalte-se que o artigo 198, inciso II, da Constituição da Repú-

blica, estabelece como diretriz do Sistema Único de Saúde o atendimento integral, enquanto o artigo 6º, inciso I, alínea “d”, da Lei nº 8080/90, inclui expressamente entre as suas funções a “assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”. Dessa forma, não pode o Município nem o Estado eximir-se da sua obrigação de fornecer os medicamentos necessários para o tratamento de determinada doença.

Alegam os entes públicos que a decisão judicial que determina o fornecimento de medicamentos fere o equilíbrio financeiro, a previsão orçamentária, o princípio da reserva do possível, bem como o princípio da separação dos Poderes. Argumentos, entretanto, que não podem prosperar.

Cabe aos entes públicos, diante da alegação das decisões judiciais ferirem o princípio da reserva do possível, ocasionando um desequilíbrio financeiro, em cumprimento às determinações constitucionais, rever suas metas orçamentárias, de forma a garantir o direito à saúde da população, principalmente, do hipossuficiente, uma vez que a reserva do possível, não se sobrepõe ao direito fundamental à vida, como dispõe o artigo 5º, § 1º da Constituição da República.

A proteção à saúde tem por escopo fundamental assegurar o direito fundamental à vida, revestindo-se de tamanha relevância que não se pode cogitá-lo como mera norma programática ou principiológica, conforme se depreende do disposto no artigo 196 da Constituição da República, cuja aplicação deve ser integral e imediata, diante do bem que se visa a proteger. A fonte de custeio e as questões orçamentárias não podem obstaculizar o implemento do que está previsto constitucionalmente.

Quanto ao argumento da violação ao princípio da Separação dos Poderes, o mesmo também não merece prosperar. A ação do Judiciário se restringe ao cumprimento das obrigações inerentes ao Poder Executivo, assegurando a não violação das garantias constitucionais, todas já anteriormente destacadas. Assim, não se configura interferência do Judiciário nos demais Poderes.

Portanto, verifica-se que a questão relativa à saúde, seja pública, seja suplementar, ainda é tormentosa e tem um longo caminho a percorrer

até que sejam obtidos resultados satisfatórios, tanto na iniciativa privada, quanto na pública, com fornecimento de serviços de saúde dignos, em que pese terem sido apresentados painéis a demonstrar o empenho do Poder Legislativo Federal, do Estado do Rio de Janeiro, do Município do Rio de Janeiro e das Operadoras de Saúde nesta busca. ◆

Algumas Considerações Sobre a Judicialização da Saúde Suplementar

Criscia Curty de Freitas Lopes¹

INTRODUÇÃO

Matéria comum no dia a dia de qualquer Magistrado, com competência cível ou fazendária, é a que trata das demandas movidas por jurisdicionados, que têm por fim obter provimento judicial que garanta o seu direito à saúde e/ou vida.

A judicialização desse assunto no Brasil é fenômeno que não atinge apenas o setor privado da saúde, mas também o público.

Várias são as causas para o deságue dessas lides no Poder Judiciário.

Há aspectos históricos, sociais e econômicos a considerar quando tratamos de questões que envolvem defeito na prestação do serviço de saúde, seja ele de caráter público ou privado.

Tarefa complexa é tratar dos dois temas de forma conjunta, uma vez que, dada a diversidade da natureza jurídica dos direitos que são seus objetos, cada qual tem foco voltado para um espectro temático diferente.

Diante dessa dificuldade e principalmente considerando a experiência profissional atual desta subscritora, fixo como objeto deste estudo apenas a judicialização da saúde no setor privado.

Tomara consiga o meu intento!

1- DESENVOLVIMENTO

É sabido que a Constituição da República Federativa do Brasil de

¹ Juíza de Direito Titular do Juizado Especial Cível de Maricá.

1988, em seu artigo 196, instituiu o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado. E ainda, em seu artigo 199, determinou ser a assistência à saúde livre à iniciativa privada.

No Brasil, após a promulgação da Carta Magna, houve crescente incremento na atividade empresarial do setor de saúde, especialmente naquela dedicada aos planos e seguros privados de assistência à saúde.

A partir da década de 90 o setor da assistência à saúde complementar ganhou posição de destaque na nossa economia, ante a adesão em massa de consumidores aos seus contratos de prestação de serviços.

Segundo dados disponíveis no sítio da Agência Nacional de Saúde Suplementar no Brasil, em 2011, já somam 46.601.062 beneficiários em planos privados de assistência médica sem ou com odontologia.

A grandiosidade do número de contratações dos serviços de assistência à saúde gerou a massificação das lides e a enxurrada de demandas judiciais sobre o tema. O que já era de se esperar.

Até a publicação da Lei 9656/98, os contratos de planos e seguros privados de saúde eram regulados tão somente pelas normas gerais do Código Civil e pelas regras protetivas postas na Lei 8078/90.

Naquela época, apesar das normas gerais vigentes, havia grande abertura para imposição de cláusulas abusivas e manifestamente desvantajosas aos consumidores, uma vez que inexistiam regras especiais sobre os planos de saúde e também não havia qualquer tipo de controle regulamentar.

Com a edição da Lei 9656/98, que criou regras de ordem pública sobre os planos de saúde e seguros privados de assistência à saúde, houve sensível mudança neste cenário contratual, uma vez que regras específicas foram instituídas para proteção do consumidor desse serviço e para manutenção do equilíbrio contratual.

Outro ponto positivo a considerar foi a criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar pela Lei 9961/2000, entidade vinculada ao Ministério da Saúde e responsável por regular o setor de plano de saúde no Brasil.

Apesar do avanço legislativo e da política regulatória no setor, a judicialização do tema é fenômeno que ainda persiste e que não tem

previsão de término.

No Brasil, a chamada do Poder Judiciário para intervir nesse tema é realidade cotidiana não só dos Juízos de Primeiro Grau, mas igualmente dos Tribunais dos Estados e do Superior Tribunal de Justiça.

Inúmeras as questões que são discutidas nessas Ações Judiciais, sejam elas individuais ou coletivas, que, em regra geral, envolvem o flagrante descumprimento das obrigações contratuais pelas prestadoras do plano privado de assistência saúde, a interpretação de cláusulas contratuais e a atualização do objeto do contrato.

Farta é a jurisprudência sobre o tema de planos de saúde. E não é de hoje que há entendimentos consolidados sobre a correta interpretação desses contratos.

Importante é ressaltar a aplicação nos julgados da Lei 8.078/90, em conjunto com as regras especiais da Lei 9.656/98, em perfeito diálogo de fontes.

A análise da jurisprudência pátria indica que o Poder Judiciário tem cumprido muito bem o seu papel no julgamento das lides que envolvem o tema de planos e seguros saúde.

Apesar disso, questiona-se se a judicialização do serviço privado de saúde é, de fato, realidade necessária e insuperável.

A experiência na Judicatura revela que, na maioria dos casos, a razão está com o consumidor do serviço de saúde suplementar.

Diante desse fato, é inafastável a conclusão de que a judicialização do tema é resultado da falta de real comprometimento das empresas prestadoras do serviço de saúde com o cumprimento da lei vigente e com a prestação do serviço adequado e eficaz.

A experiência prática mostra que a maior parte das demandas judiciais poderia ser evitada caso a prestadora do serviço de plano de saúde cumprisse a lei vigente e adotasse postura de inibidora de conflitos.

Nesses termos, penso que o primeiro passo para chegar à solução dessa problemática é realizar a mudança de comportamento das prestadoras de serviços no setor, que devem cumprir as leis vigentes e buscar meios administrativos e pré-judiciais para prevenção e tratamento dos conflitos

de interesses travados com seus consumidores.

2 - CONCLUSÃO

A quantidade de ações que tramitam no Judiciário sobre lides que tratam de contrato de planos de saúde é alarmante.

Fato é que as medidas legislativas e políticas regulatórias adotadas ainda não foram suficientes; e talvez nunca sejam; para estancar a chaga da judicialização da saúde suplementar.

Por certo, a judicialização do tema seria minimizada se os prestadores do serviço de assistência à saúde privada agregassem aos seus valores institucionais a prevenção e resolução do conflito. E ainda se aplicassem irrestritamente em suas práticas administrativas e contratuais as regras de ordem pública e gerais, instituídas pela CRFB/88, Lei 8078/90 e 9656/98 e os entendimentos jurisprudenciais já consolidados pelos Tribunais Superiores deste País. ♦

REFERÊNCIAS

ANS - www.ans.gov.br - Materiais para Pesquisa - acessado em 01/12/2011.

A Importância das Ações Coletivas para Garantia de Equilíbrio nos Contratos de Plano de Saúde

Eduardo Buzzinari Ribeiro de Sá¹

1. Considerações iniciais

A proteção dos direitos humanos é uma ideia tão antiga quanto o próprio homem. Ainda que os códigos das primeiras civilizações não ostentassem, a preocupação de limitar os poderes estatais ou de atribuir direitos ao homem, a necessidade de existirem garantias mínimas ao indivíduo é uma ideia imanente à própria personalidade humana. A sistematização formal dos direitos humanos inicia-se, contudo, com o constitucionalismo, cuja origem remonta à Magna Carta Inglesa imposta pelos barões de Londres ao Rei João Sem Terra, em 15 de junho de 1215.

A primeira geração de direitos humanos marca a consagração do Estado Liberal e a proteção dos direitos e garantias individuais, tais como os direitos à vida, à liberdade de locomoção, à livre manifestação do pensamento, entre outros. Tais direitos foram consagrados em dois documentos de inestimável valor histórico: a Declaração da Virgínia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A segunda geração dos direitos humanos nasceu com o surgimento do Welfare State e possui como marcos a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. É a consagração dos direitos sociais, como os direitos à educação, ao trabalho, à saúde, entre outros. A preocupação de proteger o indivíduo das arbitrariedades do Estado cede espaço à preocupação de proteger o homem da exploração pelo próprio homem. A terceira geração

¹ Juiz de Direito da Comarca de Três Rios.

de direitos humanos cuida da proteção dos interesses transindividuais, que são compartilhados por diversos titulares reunidos pela mesma relação de fato ou de direito. São exemplos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à proteção do patrimônio histórico e cultural, o direito ao consumo sustentável, entre outros.

Reconhecida a existência de interesses transindividuais compartilhados por diversos titulares, a ordem jurídica passou a admitir a substituição do acesso individual à Justiça por um processo coletivo único em proveito de todo o grupo. A substituição de inúmeras ações individuais pulverizadas por uma só ação coletiva representa inegável economia processual, além de evitar decisões contraditórias, que contribuem para o desprestígio da administração da Justiça. O exercício da tutela coletiva com participação de todos os interessados ou entidades que os representem conduz a uma solução mais célere e eficiente da lide.

2. A *class action* do Direito Norte-Americano

A *class action* do sistema norte-americano encontra seus antecedentes no Bill of Peace do século XVII e pressupõe a existência de um elevado número de titulares de direitos que recebem um tratamento processual unitário e simultâneo por meio de um único expoente da classe. Para o seu ajuizamento, é necessário que seja impossível reunir todos os integrantes da classe, cabendo ao Juiz o controle sobre a adequada representatividade e a aferição da existência de comunhão de interesses. A modalidade de *class action* que apresenta interesse para o estudo das relações de consumo é a chamada *class action for damages*, por corresponder à nossa ação civil pública para a defesa de interesses transindividuais na espécie reparatória dos danos individualmente sofridos.

Para o ajuizamento da *class action for damages*, é necessária a concorrência dos requisitos da prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as individuais e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual. O espírito geral da regra permite facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas para obter maior eficácia das decisões judiciárias.

rias, mantendo os objetivos de resguardar a economia de tempo e assegurar a uniformidade das decisões.

A *damage class action* possui uma fase prévia de admissibilidade chamada de *certification*, após a qual o caso vai a júri e se produzem as provas no processo genérico. Em seguida, o Juiz de primeira instância confirma ou rejeita a decisão do júri. No caso de confirmação, o processo segue para a sentença final de mérito e, na etapa posterior, passa-se à liquidação dos danos.

3. A tutela coletiva no Direito Brasileiro

O legislador brasileiro se inspirou na *class action for damages* norte-americana para criar a ação civil pública para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, adaptando-a ao sistema da *civil law*. Não se olvida da existência de outros mecanismos jurídicos para o exercício da tutela coletiva, como a ação popular e o mandado de segurança coletivo, contudo nos restringiremos ao exame da ação civil pública por ter ela maior interesse na solução de conflitos transindividuais de consumo relacionados aos contratos de planos de saúde.

A ação civil pública é uma ação de responsabilidade civil utilizada para a defesa de quaisquer interesses transindividuais, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Tal interpretação é resultante da amplitude da redação do art. 129, III da Constituição Federal, observando-se que a expressão “direitos individuais homogêneos” somente foi cunhada dois anos mais tarde, com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor. Embora tenha caráter essencialmente condenatório, a doutrina admite a ação civil pública com pedido meramente declaratório, constitutivo ou até mesmo mandamental. Na primeira hipótese, o objeto da condenação pode consistir em uma obrigação de dar, fazer ou não fazer.

Os legitimados ativos estão listados no art. 5º da Lei nº 7.347/1985, sendo obrigatória a intervenção do Ministério Público no processo, caso este não seja o autor da ação. A coisa julgada ultrapassa seus limites subjetivos tradicionais, uma vez que a sentença terá eficácia *erga omne* e ultra

partes em caso de procedência do pedido. Em caso de improcedência por deficiência de provas, não se forma a coisa julgada e qualquer legitimado poderá intentar nova ação, valendo-se de nova prova. É o que a doutrina denomina coisa julgada *secundum eventum* litis.

A ação civil pública possui amplo campo de incidência, sendo meio hábil para a defesa de quaisquer interesses transindividuais. Entre as matérias que constituem seu objeto, podemos relacionar: a defesa do meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, a proteção do consumidor, a defesa do patrimônio cultural e dos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a garantia da probidade administrativa e defesa do patrimônio público, a proteção da ordem urbanística, da ordem econômica e da economia popular, a proteção dos direitos da criança e do adolescente, dos idosos e das pessoas portadoras de deficiência, entre outros.

4. A tutela coletiva e a garantia do equilíbrio nos contratos de planos de saúde

Impende salientar, desde já, que os contratos de planos de saúde constituem relações de consumo por preencherem os requisitos subjetivos e objetivos previstos nos artigos 2º e 3º da Lei nº 8.078/1990. Como tais, devem se submeter às disposições da legislação consumerista considerando suas peculiaridades próprias, por se tratarem de contratos de adesão massificados que possuem como objeto a proteção de um direito social indispensável para uma existência digna: o direito à saúde.

Um dos maiores desafios do Estado Democrático de Direito moderno consiste em garantir a proteção eficiente do consumidor dentro do atual contexto de massificação do consumo. O fenômeno do consumo de massas representa um novo modelo de relação entre consumidores e fornecedores, devendo a ordem jurídica acompanhar essa evolução e criar mecanismos eficientes para a garantia do consumo sustentável.

Atualmente, uma enorme parcela das relações de consumo é representada por contratos de adesão reproduzidos aos milhares e sobre os

quais o consumidor não possui nenhuma possibilidade de discussão ou alteração das cláusulas contratuais previamente estabelecidas pelo fornecedor. Os contratos de planos de saúde constituem um exemplo típico de uma relação de consumo massificada, na qual não resta alternativa ao consumidor, senão concordar com aquilo que estabelece o fornecedor ou ficar sem o bem da vida. Esse panorama é propício para a ocorrência de diversas modalidades de práticas abusivas que diariamente são enfrentadas pelo Poder Judiciário em uma infinidade de ações individuais pulverizadas. Nesse contexto, conclui-se que o consumidor merece formas de proteção mais eficazes, sendo o exercício da tutela coletiva um poderoso instrumento para alcançar esse objetivo.

Tomemos como exemplo a inclusão de uma cláusula abusiva que restrinja determinado procedimento médico em um contrato-padrão de plano de saúde. O dano causado constituirá um prejuízo substancial em seu conjunto, considerando que os consumidores lesados podem chegar aos milhares. Daí a importância do ajuizamento de ações coletivas para a defesa dos usuários do plano.

A massificação do consumo e a invariável ocorrência de práticas abusivas e desleais conduzem a um panorama de abarrotamento dos tribunais com uma infinidade de ações individuais pulverizadas semelhantes. A substituição de inúmeras ações individuais por uma única ação coletiva resulta em uma solução mais eficiente da lide, por constituir inegável economia processual e evitar os inconvenientes de decisões judiciais contraditórias. Além disso, o ajuizamento da ação coletiva contribui para desafogar o Poder Judiciário, possibilitando que inúmeras situações de fato sejam resolvidas no mesmo processo com maior celeridade processual.

5. Considerações finais

As cláusulas limitativas dos contratos de plano de saúde violam o disposto no art. 51, IV da Lei nº 8.078/1990 e devem ser declaradas nulas de pleno direito, por colocarem o consumidor em desvantagem exagerada. Somente assim, resta resguardado o perfeito equilíbrio contratual e o prin-

cípio da função social do contrato. Tal interpretação é decorrência lógica da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, ressaltando que o fornecedor possui o dever de informar ao consumidor, de forma clara e suficiente, quanto às restrições de utilização do plano de saúde. As limitações contratuais não podem subsistir frente ao Código de Defesa do Consumidor, de modo que deve ser garantido ao usuário a cobertura de todos os procedimentos médicos necessários ao restabelecimento de sua saúde.

Não se trata de transferir um dever do Estado para a iniciativa privada. A operadora de plano de saúde deve pautar suas atividades considerando a peculiaridade de seu objeto. Seu objeto contratual envolve a vida humana. Os consumidores pagam uma mensalidade que é calculada de acordo com dados atuariais que envolvem os custos da assistência médica, o nível de utilização do serviço, a faixa etária, entre outros aspectos. Em contrapartida, a operadora de plano de saúde deve garantir a cobertura mínima assegurada por lei. A relação contratual deve ser equilibrada, sem que o consumidor fique em posição de manifesta desvantagem. Os contratos de planos de assistência à saúde estão especialmente comprometidos com o princípio da função social, pois lidam com o mais precioso de todos os direitos: o direito à vida.

Enfim, as relações entre consumidores e fornecedores, de um modo geral, foram substancialmente alteradas pelo fenômeno da massificação do consumo, que se verificou tipicamente nos contratos de planos de saúde. Deve a ordem jurídica acompanhar essa evolução e fornecedor ter mecanismos eficientes para a proteção e equilíbrio contratual. Nesse contexto, o exercício da tutela coletiva constitui poderoso instrumento de defesa dos direitos dos usuários de plano de saúde. ◆

Gestão na Área de Saúde e Mediação

Eduardo Marques Hablitschek¹

Introdução

O trabalho versa sobre o seminário na área de saúde promovido pela Mútua dos Magistrados do Rio de Janeiro. O objetivo do encontro foi, em síntese, discutir propostas capazes de proporcionar a prestação do serviço de saúde de maneira cada vez mais qualificada.

Vários foram os aspectos abordados para se atingir tal objetivo, podendo ser citado a terceirização do serviço pelo poder público e o respeito ao equilíbrio contratual. Preferimos discorrer sobre a aplicação das técnicas de mediação como instrumento para a solução ou a prevenção dos conflitos na área da saúde.

As metas

A meta do Poder Judiciário é solucionar o litígio dentro de uma razoável margem de tempo. É a partir deste ponto que o CNJ e os Tribunais se propõem a encontrar mecanismos de agilização administrativa. É de se notar que a necessidade da imposição de objetivos para os órgãos jurisdicionais implementada pela cúpula do Judiciário parte da premissa segundo a qual a prestação da obrigação está lenta e defeituosa. Embora verdadeira, e constatada através de pesquisas de opinião que apontam o Poder Judiciário como pessimamente colocado nas questões que envolvem a confiança da população, não se procurou perquirir as razões que levaram a tal estado de coisas.

A mediação, de um modo geral, é um processo voluntário, informal,

1 Juiz de Direito da 1ª Vara de Família do Fórum Regional de Santa Cruz.

por meio do qual o mediador ajuda as partes a encontrar uma solução aceitável para todos. Deve haver o máximo de informação, além da exposição de qualquer preocupação das partes. O mediador pode dar enfoque ao direito das partes, ou encorajar a própria parte a desenvolver sua própria solução para o conflito.

Quando surge um conflito, as partes envolvidas são acometidas por diversas sensações, que podem ser emocionais (medo, raiva, hostilidade, etc), fisiológicas (adrenalina, aumento dos batimentos cardíacos, etc), e comportamentais (falar mais, culpar o outro, fazer-se de vítima, etc). Diante desses aspectos, e tratando-se de um método alternativo de resolução de conflitos, a mediação procura abranger questões de natureza subjetiva como enfoque para a composição do problema.

Uma dessas formas é a utilização, pelo mediador, de técnicas que direcionem a mediação para que cada parte tome consciência dos seus interesses, sentimentos, necessidades, desejos e valores, porque algumas soluções não foram capazes de atender aos interesses dos envolvidos.

Além disso, fazer com que uma das partes entenda os valores, interesses, desejos e necessidades do outro litigante pode ser considerado como um importante enfoque no processo de mediação. Inegavelmente, o principal aspecto do processo de mediação é a realização de um acordo entre as partes, que pode variar desde o pagamento de uma indenização a um simples pedido de desculpas.

Assim é que a mediação procura fazer com que a parte diferencie o litigante do problema em si, seja escutando o outro, não o humilhando, etc, além de se concentrar nos interesses em discussão, avaliando a questão em uma perspectiva de futuro. Deve, ainda, apresentar opções de benefícios, utilizando-se de critérios objetivos como o consenso nos princípios e a utilização de parâmetros.

Importante frisar que, em muitos casos, o processo judicial aborda o conflito como se fosse um fenômeno jurídico e, ao tratar exclusivamente daqueles interesses juridicamente tutelados, exclui aspectos do conflito que são possivelmente tão importantes quanto ou até mais relevantes do que aqueles juridicamente tutelados. Assim, as partes concluem aquela rela-

ção processual em esmaecimento da relação social preexistente à disputa e acentuação da animosidade decorrente da ineficiente forma de endereçar o conflito. O que a mediação se propõe é permitir que as partes possam, por intermédio de um procedimento participativo, resolver suas disputas construtivamente ao fortalecer relações sociais, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover relacionamentos cooperativos e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca.

Como não custa lembrar, lide processual é, em síntese, a descrição do conflito segundo os informes da petição inicial e da contestação apresentados em juízo. Analisando apenas os limites da lide, na maioria das vezes não há satisfação dos verdadeiros interesses do jurisdicionado. Em outras palavras, pode-se dizer que somente a resolução integral do conflito conduz à pacificação social; não basta resolver a lide processual – aquilo que foi trazido pelos advogados ao processo – se os verdadeiros interesses que motivaram as partes a litigar não forem identificados e resolvidos.

O que se enfatiza, então, é que a mediação deve também considerar aspectos emocionais durante o processo, e ao mediador não caberá decidir pelas partes, mas conduzi-las a um diálogo produtivo, superando barreiras de comunicação a fim de que os próprios envolvidos encontrem a solução.

Os Benefícios

A gestão de qualidade pode ser utilizada como modelo gerencial para a obtenção de melhores resultados na mediação. Isso porque a tendência de preocupação com a qualidade dos serviços tem se movido lentamente na direção dos serviços jurídicos (boa por isso a atuação do CNJ, com a implantação de metas para a solução mais ágil de processos e as reformas). Esta preocupação com a qualidade está se tornando parte de todos os setores de produtos e serviços, e a aderência de preocupações qualitativas em serviços jurídicos é uma tendência natural – o que significa padronização de serviços jurídicos, garantia da qualidade desses serviços, redução do número de conflitos dentro de relações comerciais por departamentos jurídicos em

empresas e a busca e uso de novos mecanismos, como os Métodos apropriados de Resolução de Disputas tais como conciliação e mediação, com o intuito de reduzir custos com litígios e preservar relações comerciais.

Quase toda a doutrina sobre gestão de qualidade sustenta que a qualidade é primariamente determinada pelos usuários, não pelo provedor do serviço. Dessa forma, a qualidade de uma mediação é baseada na perspectiva das partes em relação ao próprio processo de resolução de disputas e das características de uma autocomposição. Nesse contexto, a definição de qualidade em mediação consiste no conjunto de características necessárias para o processo autocompositivo que irá, dentro de condições éticas, atender e possivelmente até exceder as expectativas e necessidades do usuário. Pode-se, portanto, considerar “bem-sucedida” a mediação quando o “sucesso” está diretamente relacionado à satisfação da parte.

Por outro lado, apesar de ser a satisfação do usuário fundamental na mediação, não é o único aspecto qualitativo. A plena informação das partes e a conduta ética no processo são também essenciais. Por plena informação entende-se que a parte só poderá ser considerada como “satisfeita” quando tiver tomado decisões no processo autocompositivo, após ter sido plenamente informada do contexto fático em que está envolvida e de seus direitos.

O objetivo inicial para o estabelecimento de um programa de gestão de qualidade em uma instituição de mediação pode ser abordar a questão da variância na qualidade neste serviço jurídico. Devido a várias razões, é comum que tribunais proporcionem serviços autocompositivos com grande variância de resultados. Deve-se assim buscar desenvolver uma estrutura ou um conjunto de conceitos e ferramentas por meio das quais estes métodos autocompositivos serão continuamente melhorados. Como consequência, as partes tenderão a achar o processo cada vez mais satisfatório.

No atual ordenamento jurídico brasileiro há amplas oportunidades de melhoria e concretas demonstrações de que processos construtivos são não apenas viáveis mas determinantes para a efetividade do sistema processual e dessas instituições individualmente. A quem estiver à frente desses processos compete examinar o quanto suas atuações e técnicas estão

produzindo resultados construtivos ou destrutivos, entendendo-se como resultados positivos aqueles que aproximem as partes e melhorem a relação social que há entre elas.

Assim é que uma decisão que imponha a um determinado plano de saúde um atendimento específico a um paciente, ou que negue a este uma internação, poderá gerar um sentimento de aversão pela outra parte, de tal modo a ocasionar o rompimento daquele contrato de direito material que em nada havia contribuído para a pacificação das relações sociais.

Ainda vigora a ideia segundo a qual um processo de resolução de disputas é melhor do que outro. A adoção de novas práticas de solução de conflitos passa pela derrubada desse obstáculo, apresentando uma solução construtiva de resolução de litígios. Além da solução da disputa, a prática da mediação pode proporcionar crescimento pessoal, profissional e organizacional. Interessante observar que, conquanto a prática da mediação se apresente como algo novo e inovador no cenário processual brasileiro, qualquer cidadão já atuou como mediador, ao pacificar um conflito familiar ou profissional.

A circunstância de se pretender diminuir o número de questões submetidas ao Judiciário em tema de saúde também contribui para a adoção da mediação. Como se sabe, a judicialização da saúde é questão que preocupa aos operadores do Direito, como também aos profissionais ligados à área da saúde. A prática da autocomposição pode ser aplicada antes mesmo da propositura dos meios normais de composição dos conflitos, desafogando o Judiciário e contribuindo para obtenção célere de pacificação social. Mesmo que adotada a prática no curso de uma medida judicial, a sujeição das partes à mediação não implicaria em um atraso da prestação jurisdicional, em razão do caráter independente e isento da mediação.

Mas há ainda mais uma contribuição que se pode extrair da prática da mediação. Ao participar do processo de mediação, as partes buscarão soluções práticas, efetivas, e, com o resultado final, não só ficarão satisfeitas mas também se autoavaliarão positivamente frente ao comportamento que adotaram. Desde a declaração de abertura da sessão de mediação, e depois pelas fases de informações e identificações das questões trazidas pelas par-

tes, a mediação irá proporcionar um momento de aprendizado para aquelas pessoas em litígio. Inegavelmente é o início de uma nova fase no Poder Judiciário, antes acostumado a ter vencedor e vencido em suas disputas, e futuramente ambientado em um universo de diálogo e compreensão, fazendo com que ambas as partes se conscientizem dos interesses da outra e passem a buscar uma solução em conjunto. Seria a pacificação das relações sociais para além do Judiciário.

Conclusão

Os novos ventos que sopram sobre o poder Judiciário revelam a necessidade da adoção de novas práticas para a solução de disputas. Métodos tradicionais já se mostram adequados para a resolução da demanda cada vez maior. Aliado a isso, busca-se um resultado que não apenas decida sobre o litígio trazido ao Judiciário, mas que contribua de maneira eficaz para a pacificação das relações sociais. Prepondera assim a maior valorização da pessoa envolvida no conflito, para que se busque o resultado que melhor se revele para a definitiva resolução da disputa.

Essa moderna orientação é apresentada por parcela significativa da doutrina, na qual já se inclui vários nomes nacionais, *in verbis*:

“...vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes”.

(Ada Pellegrini Grinover - Novas tendências do Direito Processual, 2.ed., Ed.Forense Universitária; p.29)

Sob essa perspectiva, o desafio que se apresenta é se obter o incremento da produtividade do Judiciário nas questões envolvendo a saúde. Se, por um lado, os operadores de saúde têm a responsabilidade profissional voltada ao prolongamento da vida, por outro, os operadores da área do direito estão ligados à resolução dos conflitos e à pacificação social. Ambos têm em comum o compromisso com a efetividade profissional. Questões como o fornecimento de medicamento a um enfermo que não pode pagar por ele, ou a internação em um centro de tratamento intensivo são maté-

rias que não podem mais aguardar a tramitação regular de um processo e ainda se sujeitar ao risco de causar a ruptura do contrato que unia aquelas partes.

Trata-se agora, em última análise, da adoção de um planejamento do Tribunal para a obtenção das metas almejadas na área específica da saúde, o que significará não apenas um maior número de causas resolvidas, mas sim a maior humanização da justiça, a contribuição para a pacificação social e a satisfação do jurisdicionado ♦

Ação Civil Pública – Revisão dos Contratos por Nulidade de Cláusula e a Preservação do Equilíbrio Contratual

Fernando Cesar Ferreira Viana ¹

O tema em questão trata da importância da função social do contrato. Com efeito, a socialidade, hoje presente no direito brasileiro, está bem expressa pelo atual Código Civil ao dispor que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. A função social do contrato amplia a abordagem da liberdade contratual em seus efeitos sobre a sociedade, e não apenas no campo das relações entre as partes contratantes. O elemento justiça é fundamental para se aferir se o contrato está cumprindo sua função social, e respeitando a conciliação do interesse privado com o interesse da coletividade.

Aqui já temos a relevante questão a ser enfrentada. O contrato que atenta contra a função social pode ser corrigido por revisão judicial, ou a revisão é impossibilitada pelo princípio da autonomia de vontade?

De plano, cabe assentar que o aplicador do direito moderno não mais permite que a liberdade contratual seja exercida de forma abusiva, ou que as prestações sejam excessivamente onerosas para uma das partes. A ideia é que o negócio jurídico seja socialmente benéfico e justo, preservando o interesse da sociedade. Todo negócio jurídico tem uma função que extrapola a individualidade e que adentra na seara do interesse da coletividade.

Mas a função social do contrato não deve negar a força obrigatória

¹ Juiz de Direito Titular da 3ª. Vara de Órfãos e Sucessões.

do pacto - princípio basilar do direito civil - embora possa atenuar os seus efeitos, limitando-os aos interesses da coletividade.

A relativização do *pacta sunt servanda* está bem evidenciada no entendimento do Superior Tribunal de Justiça quando, por exemplo, passou a considerar que a cláusula contratual do plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado é abusiva.

O princípio da dignidade humana é evocado para coibir o vício do contrato no seu nascedouro, por conta do desequilíbrio contratual. O desequilíbrio econômico e social é fruto de um liberalismo extremado, no qual os menos favorecidos têm seus direitos supostamente garantidos e suas obrigações exaustivamente expressadas; em que o liberalismo atropela o interesse da coletividade ao impor obrigações onerosas para aquele que adere ao pacto negocial.

Em um Estado socialmente justo, há intervenção do ente estatal para garantir a igualdade das partes contratantes, com a adoção dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Para tanto, cabe ao juiz interpretar o caso concreto, utilizando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade de modo a alcançar o equilíbrio entre as partes e assim fazer justiça.

Não se pode olvidar que a positivação no Código Civil das cláusulas gerais da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e financeiro do contrato e da função social, veio reforçar o Código de Defesa do Consumidor para evitar quaisquer abusividades, iniquidades ou mesmo injustiças nos contratos celebrados. Além dos três princípios positivados, aliados aos já consagrados pela teoria contratual clássica regente da relação contratual, para os fins ora enfocados, considerando-se os interesses comuns, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a própria existência do contrato e traduz um agir pautado pela ética, igualdade e solidariedade e direcionando-os às cláusulas contratuais, tem-se que qualquer abusividade que, via de regra, pudesse ser extirpada ou mesmo ponderada pelo Código de Defesa do Consumidor, destinado a reger situações específicas em que seja identificado a figura do consumidor final, também o será pelo Código Civil, diploma destinado a regulamentar os contratos de forma geral.

É claro que a invocação de resolução por onerosidade excessiva não é feita sem critérios, na medida em que é necessário que se apure a alteração das condições econômicas objetivas no momento da execução do contrato, em confronto com o ambiente objetivo da celebração contratual, bem como que se verifique a onerosidade excessiva para um dos contratantes e o benefício exagerado para o outro, e a imprevisibilidade daquela modificação.

De outra senda, para a revisão do contrato não há necessidade de prova da imprevisibilidade, mas somente de mera e simples onerosidade ao vulnerável. A garantia de revisão das cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas tem fundamento em outros princípios igualmente adotados pelo CDC, como o da boa-fé e equilíbrio (art. 4º, III) e o da vulnerabilidade do consumidor, que decorre do princípio maior, constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF). O verdadeiro sentido da revisão consumerista do contrato não é a previsão dos *rebus sic stantibus* e, sim de revisão pura decorrente de fatos posteriores ao pacto, independentemente de ter havido ou não a previsão ou possibilidade de previsão dos acontecimentos. Para que o consumidor tenha direito à revisão do contrato basta que haja onerosidade excessiva para este, em decorrência de fato superveniente. Não há necessidade de que esses fatos sejam extraordinários nem que sejam imprevisíveis.

Se o contrato de plano de saúde permite a substituição unilateral da rede credenciada, por exemplo, temos uma manifesta abusividade contratual, na medida em que o estatuto consumerista veda a estipulação de vantagem desproporcional ao consumidor por violação de expectativa quanto à rede médico-hospitalar contratada, vedando-se a substituição incondicional por outra de qualidade inferior. Interessa à sociedade como um todo que o Judiciário intervenha para recompor o equilíbrio da relação negocial estabelecida, pois toda a solução de conflito tem a ordem social como pano de fundo.

Em outro exemplo, pergunta-se se a operadora do plano de saúde pode se recusar a reembolsar despesas arcadas pelo usuário decorrentes de internação em hospital não conveniado. Parece-nos que, à luz da pre-

servação do equilíbrio contratual, é razoável admitir o reembolso parcial das despesas no montante equivalente ao que a operadora despenderia em um hospital conveniado de padrão equivalente. Cuida-se de exemplo eloquente de respeito ao princípio da dignidade humana em que se busca o reconhecimento do direito dos menos favorecidos de rever obrigações que oneram e inviabilizam a execução do contrato.

Já o direito de plena informação merece especial destaque.

Trata-se de um direito valioso a ser amparado, pois somente pela informação poderão as partes menos esclarecidas satisfazer de modo pleno suas necessidades, especialmente porque é uma forma de se favorecer o exercício de suas escolhas de modo livre e consciente. Se a Constituição Federal reconhece a importância do respeito aos direitos dos consumidores, é no Código de Defesa do Consumidor que a informação é delineada. De fato, o exame do CDC pontua a informação ora como princípio (art. 4º, IV), ora como direito básico do consumidor (arts. 6º, III e 43), como dever do fornecedor (arts. 8º, § único, 31 e 52) e também do Estado e seus órgãos (arts. 10, § 3º, 55, §§ 1º e 4º e 106, IV).

Todos esses dispositivos têm um conteúdo finalístico, qual seja, o de permitir que os consumidores possam fazer suas opções de consumo, especialmente quando se apresentam em situação de hipossuficiência. Desrespeitando o direito básico de informação e olvidando-se do seu próprio dever de informar - notadamente após o famigerado plano de incentivo à adaptação dos contratos aos ditames da lei reguladora -, a operadora afronta o princípio da dignidade da pessoa humana. Aquele que adere a um contrato de plano de saúde deve ter plenamente preservado o direito de conhecimento e informação de todos os aspectos e consectários contratuais, até porque a empresa contratada tem a experiência prática de todas as vicissitudes contratuais.

Enfim, para que o julgador interfira na realidade social em prol da sociedade, a função extremamente legalista e engessada impede a efetiva aplicação dos princípios do direito. O magistrado, como agente político, tem o dever de decidir de acordo com os valores mais relevantes para a sociedade, em conformidade com os objetivos traçados constitucionalmente

na República Federativa, entre eles a dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, a ação civil pública atua no campo de reivindicações sociais e da concretização de direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, bem como na ordem infraconstitucional. O amparo aos direitos difusos e coletivos, como o direito do consumidor, se efetiva através de ações transindividuais propostas pelos entes legitimados em lei.

Trata-se de uma conquista dentro de um Estado democrático, no qual impera a responsabilização transparente dos causadores de danos à comunidade. O avanço social de uma democracia passa, necessariamente, por mobilizações sociais ou pelas vias judiciais, pois muitas vezes não se tem a menor chance de alterar situações que afrontam princípios éticos e valores consagrados pela via tradicional dos ditos representantes eleitos, notadamente quando estes invertem seus papéis de servidores públicos e passam a se servir do poder outorgado pelo povo.

A ação civil pública é, sim, um meio hábil de exercício político do poder que emana do povo, e seu maior obstáculo é de natureza ideológica, ou seja, decorre de um esquema mental preso às tradições do processo individual e, acima de tudo, de uma compreensão positivista e legalista do Direito, como se o magistrado fosse um servidor automatizado e indiferente à realidade social.

É inegável que a ACP se constitui numa alavanca valiosa para descongestionar o Judiciário brasileiro, que, ao invés de ter de julgar milhares ou milhões de ações de consumidores que questionam o descompasso de um reajuste de contrato de plano de saúde, por exemplo, pode por fim ao litígio com uma só decisão.

Na área da saúde, a natureza do contrato tem por objeto bem protegido constitucionalmente, pois a saúde é direito fundamental, cujas expectativas não podem ser frustradas pela parte contratada. O interesse dos consumidores contratantes é o de garantir para si e para sua família o acesso à saúde, assegurando-se contra eventuais riscos. Por seu turno, o interesse da operadora deveria ser o de prestar os serviços contratados com eficiência, mas sem desequilibrar o contrato até o ponto de torná-lo impossível aos consumidores.

É no contexto dessa relação, marcada pelo trato sucessivo de suas prestações, dependência e expectativa quanto à segurança de determinado plano de assistência médico-hospitalar, que a ação judicial deve evitar surpresa aos consumidores, obrigando-os a adotar soluções que invariavelmente chegarão a desistência do contrato, ou de conformismo, para os poucos que ainda podem arcar com as mensalidades.

Conclusão

Um Estado Democrático tem o dever de viabilizar a intervenção de um de seus Poderes para garantir a igualdade das partes contratantes, com a adoção dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, em absoluta conformidade com o regramento constitucional. E é o juiz, seu agente estatal legitimado, que tem a missão, dentro das regras de razoabilidade e proporcionalidade, de reconstruir a essência do negócio jurídico, de modo a alcançar o equilíbrio entre todos os intervenientes, garantindo a ordem social. Portanto, a ação civil pública é, efetivamente, um instrumento hábil para a revisão de contratos de plano de saúde por nulidade de cláusula, com o objetivo de garantir o equilíbrio do pacto negocial. ♦

Uma Breve Visão Sobre a Mediação

Katerine Jatahy Kitsos Nygaard ¹

Introdução

Particpei do X Seminário – Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde, de 17 a 20 de novembro de 2011, no Hotel Super Club Breezes, Búzios – RJ e me deparei com um tema bastante atual que, na competência que venho exercendo há mais de três anos, não tinha refletido acerca de sua importância, não só para as partes envolvidas, como para o Poder Judiciário e a sociedade como um todo.

No dia 18 de novembro, o primeiro painel tratava da Mediação Pré-Judicial. A primeira a falar foi a Desembargadora Marilene Melo Alves, que, com brilhantismo e exibindo lindas imagens, narrou sobre as transformações que a sociedade, ao longo dos anos, vem atravessando. Transformações estas que não têm qualquer brilhantismo e estão tornando o ser humano cada vez mais egocêntrico e sem valores.

Logo após, a advogada Angélica Carlini também falou sobre o tema da mediação pré-judicial. Sob um foco diferente, apresentou as vantagens do processo de mediação e a necessidade de desafogamento do Poder Judiciário.

Sabemos que, quando surge um conflito, as partes envolvidas têm dificuldade em resolvê-lo, e isto porque estão emocionalmente envolvidas e não conseguem, ou não querem, enxergar o outro lado. Relações são destruídas, vínculos, rompidos. As pessoas não conseguem perceber que a solução tem que ser boa para ambas as partes. Quando o conflito produz consequências jurídicas, correm para o Judiciário. Entregam a questão na mão do Estado/Juiz, que irá se substituir às partes e apresentar a solução

¹ Juíza de Direito em exercício na 1ª Vara da Infância e Juventude - Capital.

que ele, terceiro, entende correta para o caso. Observa-se que muitos conflitos, transformados em demandas judiciais, poderiam ser solucionados pré-judicialmente se as partes tivessem predisposição para a conciliação, para a harmonização. Chegariam ao Judiciário somente questões, de fato, de difícil solução.

A mediação pré-judicial, como bem abordado nas exposições mencionadas, é não apenas uma forma de solução alternativa de conflitos, mas uma chance de se conscientizar a população de que conflito não se harmoniza com brigas no Judiciário, não se entrega a terceiro o poder de resolver os seus problemas.

Desenvolvimento

A mediação é o processo através do qual as partes, com a ajuda da pessoa do mediador, terceiro neutro que irá apenas encorajar e facilitar a comunicação, constroem em conjunto a solução do conflito. O papel do mediador é apenas possibilitar o diálogo (facilitar e encorajar), acalmando os ânimos, tentando harmonizar a relação, mas passivo na intervenção quanto ao mérito do conflito

Garcez em sua obra, sobre mediação afirma²

As partes, assim auxiliadas, são as autoras das decisões, e o mediador apenas as aproxima e faz com que possam melhor compreender as circunstâncias do problema existente, aliviando-as das pressões irracionais e do nível emocional elevado que lhes embaraça a visão realista do conflito, impossibilitando uma análise equilibrada e afastando a possibilidade de acordo.

² GARCEZ, José Maria Rossani. **Técnicas de negociação. Resolução Alternativa de Conflitos: ADRS, mediação, conciliação e arbitragem.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 67.

Martinelli entende que³

O objetivo do mediador é ajudar as partes a negociarem de maneira mais efetiva. O mediador não resolve o problema nem impõe uma solução. Sua função é ajudar as partes a buscar o melhor caminho e fazer com que estejam de acordo depois de encontrada a solução. Assim, o mediador tem controle do processo, mas não dos resultados. (...) O objetivo é maximizar a utilização das habilidades das partes, de forma a capacitá-las a negociar da maneira mais efetiva possível.

Ora, o principal objetivo da mediação é facilitar e possibilitar o diálogo entre partes emocionalmente envolvidas. As emoções cegam as pessoas, e cabe ao mediador iluminar o caminho, propondo soluções e fomentando a ponderação e a conscientização dos problemas e das possibilidades de solução, trazendo a razão de volta para as partes.

Na Vara da Infância e Juventude, entretanto, não consigo vislumbrar a mediação como ferramenta de trabalho, diante da indisponibilidade do bem protegido, qual seja, o melhor interesse da criança.

Cabe, sim, orientação das partes envolvidas para melhor atender à criança e propiciando acompanhamento efetivo da família.

Em outras áreas, porém, quando o direito é disponível e podem as partes negociar a melhor solução, a mediação poderia e deveria sempre preceder a judicialização da controvérsia.

O conflito estabelecido entre as partes deve, sempre, ser analisado por todas as suas vertentes, quais sejam, o lado psicológico, o social, o jurídico e o econômico. As partes devem discutir estes aspectos para chegar a uma solução que atenda a ambos.

A mediação deve auxiliar as partes a estabelecer o diálogo e a construir a sua própria solução, solução esta particular para cada parte envol-

3 MARTINELLI, Dante P.; ALMEIDA, Ana Paula de. **Negociação e solução de conflitos: do impasse ao ganha-ganha do melhor estilo.** São Paulo: Atlas, 1998, p. 73.

vida no conflito e que atenda aos interesses específicos de cada caso. O mediador tem o papel de conduzir o processo, utilizando-se do diálogo e da conscientização das partes acerca do conflito. O mediador não vai substituir as partes, nem emitir a sua opinião pessoal sobre o caso, mas sim esclarecer e orientar, deixando que as partes cheguem a sua própria solução.

O processo de mediação é uma ferramenta importantíssima para a sociedade, pois além de estabelecer e valorizar o diálogo, ensina os envolvidos a conversar, a ponderar; transforma a sociedade no sentido de que os conflitos devem ser resolvidos entre as partes, com diálogo; evolui a sociedade e o ser humano como indivíduo. Traz a ideia que a solução deve ser alcançada pelas partes envolvidas e não por um terceiro, na maior parte dos casos, o Judiciário.

Para que a mediação e também a conciliação seja entendida como uma etapa natural, deve ser inserida a matéria nos currículos escolares, não só nos cursos de graduação, mas também nas escolas, para ensinar às crianças a cultura do diálogo e de que é possível resolver os conflitos com conversa e ponderação, sem transferir a responsabilidade da solução para terceiros. ◆

Bibliografia

GARCEZ, José Maria Rossani. **Técnicas de negociação. Resolução Alternativa de Conflitos: ADRS, mediação, conciliação e arbitragem.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MARTINELLI, Dante P.; ALMEIDA, Ana Paula de. **Negociação e solução de conflitos: do impasse ao ganha-ganha do melhor estilo.** São Paulo: Atlas, 1998.

Ação Civil Pública e Cláusulas Abusivas nos Contratos de Plano de Saúde¹

Katylene Collyer Pires de Figueiredo²

Primeiramente, cabe trazer à baila algumas ideias gerais acerca dos contratos em geral.

Contrato é o acordo de duas ou mais vontades, em conformidade com a ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial.

Na análise de todos os contratos devem ser observados os Princípios Gerais apontados no Código Civil, quais sejam:

1 - PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE: Consiste no poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica, envolvendo, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o outro contraente e de fixar o conteúdo do contrato, limitadas pelas normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial dos contratos.

2- PRINCÍPIO DO CONSENSUALISMO: Segundo esse princípio, o simples acordo de duas ou mais vontades basta para gerar contrato válido, pois a maioria dos negócios jurídicos bilaterais é consensual, embo-

¹ Trabalho inspirado na palestra do i. Des. Alexandre Câmara no X Seminário de Ética e Relacionamento com o Setor de Saúde.

² Juíza de Direito Titular da Comarca de Paty do Alferes.

ra alguns, por serem solenes, tenham sua validade condicionada à observância de certas formalidades legais.

3 - PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA CONVENÇÃO:

Por esse princípio, as estipulações feitas no contrato deverão ser fielmente cumpridas, sob pena de execução patrimonial contra o inadimplente. O ato negocial, por ser uma norma jurídica, constituindo lei entre as partes, é intangível, a menos que ambas as partes o rescindam voluntariamente ou que haja a escusa por caso fortuito ou força maior (art. 1.058, § único - C.C.), de tal sorte que não se poderá alterar seu conteúdo, nem mesmo judicialmente. Entretanto, tem-se admitido que a força vinculante dos contratos seja contida pelo magistrado em certas circunstâncias excepcionais ou extraordinárias que impossibilitem a previsão de excessiva onerosidade no cumprimento da prestação (Lei nº 8 078/90 - art. 6º, V e art. 51).

4 - PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO: Por esse princípio, a avença apenas vincula as partes que nela intervieram, não aproveitando nem prejudicando terceiros, salvo raras exceções.

5- PRINCÍPIO DA BOA-FÉ: Segundo esse princípio, na interpretação do contrato é preciso ater-se mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem, e, em prol do interesse social de segurança das relações jurídicas, as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, auxiliando-se mutuamente na formação e na execução do contrato.

Nesse passo, cabe ainda destacar que os contratos de seguro saúde se submetem as regras do Código de Defesa do Consumidor, vez que o contratante é o destinatário final dos serviços contratados. Assim, há de se observar os dispositivos expressos no CDC.

Dispõe o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor:

“Art.51º “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)IV – estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis

veis com a boa-fé ou a equidade;”.

Cláusulas abusivas, no conceito de Nelson Nery Junior:

“são aquelas notoriamente desfavoráveis à parte mais fraca na relação contratual de consumo. São sinônimas de cláusulas abusivas as expressões cláusulas opressivas, onerosas, vexatórias ou, ainda, excessivas...”. [5]

Segundo Hélio Zagheto Gama:

“As cláusulas abusivas são aquelas que, inseridas num contrato, possam contaminar o necessário equilíbrio ou possam, se utilizadas, causar uma lesão contratual à parte a quem desfavoreçam”. [6]

Assim, há que se entender cláusulas abusivas como sendo aquelas que estabelecem obrigações iníquas, acarretando desequilíbrio contratual entre as partes e ferindo os princípios da boa-fé e da equidade.

Conforme disposto no artigo supramencionado, tais cláusulas são nulas de pleno direito, e não operam efeitos, sendo que a nulidade de qualquer cláusula considerada abusiva não invalida o contrato, exceto quando sua ausência acarretar ônus excessivo a qualquer das partes; assim, somente a cláusula abusiva é nula: as demais cláusulas permanecem válidas, e subsiste o contrato, desde que se averigüe o justo equilíbrio entre as partes.

Dessa forma, há de conjugar os princípios gerais com os princípios do Código Consumerista no momento da análise desses contratos.

Certo é que as cláusulas não podem excluir coberturas que coloquem em risco a vida do paciente, vez que tal disposição será eivada de nulidade tanto ante os princípios do CDC, como, principalmente, ante aos postulados da Constituição Federal.

Cabe trazer à baila importante julgado do Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. PERÍODO DE CARÊNCIA. SITUAÇÕES EMERGENCIAIS GRAVES. NEGATIVA DE COBERTURA INDEVIDA.

I - Na linha dos precedentes desta Corte, o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde não prevalece, excepcionalmente, diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado.

II - No caso dos autos o seguro de saúde foi contratado em 27/10/03

para começar a vigor em 1º/12/03, sendo que, no dia 28/01/04, menos de dois meses depois do início da sua vigência e antes do decurso do prazo de 120 dias contratualmente fixado para internações, o segurado veio a necessitar de atendimento hospitalar emergencial, porquanto, com histórico de infarto, devidamente informado à seguradora por ocasião da assinatura do contrato de adesão, experimentou mal súbito que culminou na sua internação na UTI.

III - Diante desse quadro não poderia a seguradora ter recusado cobertura, mesmo no período de carência.

IV - Recurso Especial provido. STJ - REsp 1055199 / SP Ministro SIDNEI BENETI

Por outro lado, nem todas as cláusulas restritivas são nulas, já que existem diferentes tipos de plano, com diferentes coberturas. Também não é equânime que quem pague menos por um serviço tenha mais coberturas do que quem paga mais, desde que a interpretação das cláusulas do plano de quem paga menos não coloque em risco a vida do paciente.

Assim, podem lícitamente ser excluídas as coberturas de serviços estéticos, odontológicos, relativos à inseminação artificial, quarto particular, entre outros.

Outras cláusulas também consideradas abusivas são relacionadas aos aumentos acima do percentual estipulado. Nesse sentido, segue abaixo relevante precedente do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema.

DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. INCREMENTO DO RISCO SUBJETIVO. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. ABUSO A SER AFERIDO CASO A CASO. CONDIÇÕES QUE DEVEM SER OBSERVADAS PARA VALIDADE DO REAJUSTE.

1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio.

2. É de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como

idosa, maior é a probabilidade de contrair problema que afete sua saúde. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica.

3. Atento a tal circunstância, veio o legislador a editar a Lei Federal nº 9.656/98, rompendo o silêncio que até então mantinha acerca do tema, preservando a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições e limites a tais reajustes.

4. Não se deve ignorar que o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se reputa abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia.

5. Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado.

6. Sempre que o consumidor segurado perceber abuso no aumento de mensalidade de seu seguro de saúde, em razão de mudança de faixa etária, poderá questionar a validade de tal medida, cabendo ao Judiciário o exame da exorbitância, caso a caso.

7. Recurso especial provido. STJ -REsp 866840 / SP Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO

Importante frisar que as demandas individuais são possíveis e eficazes no caso concreto conforme jurisprudência pacífica dos Tribunais; não obstante, as ações civis públicas são plenamente cabíveis, mais eficazes e abrangentes.

Tratam, em geral, de direitos individuais indisponíveis e podem ser legitimados para ACP o Ministério Público e a Defensoria.

Algumas notícias relacionadas ao tema:

Ação Civil Pública obriga o plano de saúde Amil a cobrir tratamento contra câncer. Justiça ordena que plano cubra tratamento contra câncer. A juíza Inês da Trindade Chaves de Melo, titular da 3ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro, determinou que a Amil ofereça cobertura total aos seus clientes para tratamento quimioterápico de câncer, mesmo fora de unidades hospitalares - o que inclui os medicamentos orais. A decisão tem caráter liminar e atende a pedido do Ministério Público Estadual. A Amil informou que vai recorrer.(..)

Defensoria propõe Ação Civil Pública contra reajuste de Plano de Saúde. Uma parceria entre as Defensorias Públicas do Estado e da União permitiu uma rápida ação contra a cobrança de reajuste nos planos de saúde e pela garantia dos direitos dos consumidores. Na última segunda-feira, dia 9, as instituições protocolaram uma Ação Civil Pública para suspender a cobrança aos consumidores da Sul América Companhia de Seguro Saúde de reajustes abusivos nas tarifas dos seguros do ano de 2005.

Há cerca de uma semana, diversos segurados da companhia procuraram a Defensoria para questionar a cobrança abusiva. Desde 2005, a empresa trava uma batalha judicial para permitir o reajuste de tarifas em 26,10%, mas uma liminar da justiça baiana limitava o percentual a 11,69%. Em novembro do ano passado a liminar foi revogada, abrindo uma brecha para a seguradora cobrar a diferença.

Portanto, é evidente a tensão existente entre as operadoras de planos de saúde e os usuários de tais planos, já que muitos destes, se pudessem contar com um atendimento público de saúde com um padrão mínimo de qualidade, não utilizariam o plano particular, já que não possuem condições financeiras de arcar com este pesado ônus, porém não têm outra alternativa, senão a de procurar alguma operadora que tenha um valor módico, sendo que estas, frequentemente, são as que possuem as maiores restrições aos tipos de coberturas disponíveis.

Já as operadoras em geral, por imposição legal, se veem compelidas

a oferecer cada vez mais coberturas e, logicamente, têm que cobrar mais por isso.

O aspecto perverso da tensão acima mencionada é que, cada vez mais, a questão está sendo judicializada, ou seja, a questão que, inicialmente, era baseada em cálculos atuariais e fatores mercadológicos, acaba na mesa magistrado, em forma de pedido liminar, quase sempre retratando uma situação de extrema urgência, que, naquele momento, termina por suplantando os sobreditos fatores econômicos.

O resultado é que os números de atendimentos realizados em razão de ordem judicial, e que, portanto, não estavam inicialmente na planilha de custos das operadoras de planos de saúde, causam um desequilíbrio nas contas de tais empresas, fazendo com que todos os outros usuários tenham que arcar com parcela desse passivo, refletindo diretamente nos cálculos de mensalidade de planos novos e causando verdadeira “espiral inflacionária” em todo o setor.

Outra faceta, não menos perversa, da tensão antes mencionada é a quebra da segurança jurídica, na medida em que o usuário, no momento da assinatura do contrato, não sabe se necessitará buscar a via judicial, se houver necessidade de alguma intervenção que exija procedimento mais complexo.

Já as operadoras, ao escalonar os diversos níveis de planos e os seus respectivos valores, o fazem com base em complexos cálculos que as permitam ter valores competitivos no mercado e prestar um serviço de qualidade, até porque a confiabilidade em sua marca depende diretamente desse nível de qualidade. Tal equação, porém, é sempre desequilibrada, em razão de procedimentos caríssimos os quais têm de ser prestados em virtude de ordem judicial.

O problema, como se vê, é extremamente grave, e a última regulamentação do setor não foi capaz de solucioná-lo, ficando patente que se faz necessária a produção de novo marco regulatório para o setor.

Enquanto não ocorre a necessária mudança na legislação, talvez a medida mais eficaz seja dotar o aparelho judiciário de equipes exclusivas de profissionais com conhecimento na área médica, a fim de fornecer valioso

subsídio aos magistrados no momento em que estes se deparam com pedidos nos quais, invariavelmente, se não for concedida a liminar o paciente irá falecer.

Tais peritos poderiam detectar as situações em que a situação não é tão urgente quanto aparece na inicial ou, ainda que seja, propor formas alternativas de atendimento que sejam menos onerosas, já que o tratamento requerido quase sempre não encontra a correspondente fonte de custeio no valor do plano pago por quem está requerendo.

Portanto, não se trata de defender a postura dos operadores de planos de saúde, mas sim de não negar o caráter contratual dos planos que as mesmas oferecem, de não negar o intuito de lucro que está ínsito em todos eles, sem descurar, logicamente, das situações em estejam em jogo a possibilidade de serem vulnerados direitos fundamentais.

Invariavelmente, quando a tensão entre os dois valores acima mencionados estiver em nível de ruptura, deverá ser solucionada a questão com base no princípio da solidariedade, fazendo com que todos os usuários de planos de saúde se vejam onerados em virtude de tais situações, o que, de certa forma, é o que estamos vivenciando.

Tal quadro que não deve fazer com que os magistrados se sintam à vontade para deferirem qualquer liminar contra planos de saúde; muito pelo contrário, pois a consciência do caráter negocial de tais contratos e de todos os valores e possíveis consequências envolvidas demandam um cuidado ainda maior ao se analisar qualquer pedido envolvendo tais questões. ◆

Plano de Saúde - Reajustes Anual e por Transposição de Faixa Etária

Luiz Claudio Silva Jardim Marinho ¹

INTRODUÇÃO

O estudo dos contratos de prestação de serviços de assistência médica assume especial relevância por sua ampla difusão pela iniciativa privada, fato ocorrido diante da notória incapacidade de o Estado prestar serviços públicos adequados e minimamente aceitáveis, o que permitiu a expansão das operadoras de planos de saúde, exigindo, em contrapartida, maior acompanhamento e controle dos órgãos do Estado em sua atuação empresarial, haja vista os bens e interesses envolvidos, como o direito à vida, à saúde, inclusive física e mental do cidadão - bens considerados indisponíveis.

O modelo estatal de serviços públicos na área de prestação de saúde se caracteriza, desde sempre, pela falta de profissionais especializados ou não (médicos, enfermeiros, auxiliares etc) e equipamentos em condições mínimas de utilização pela população, o que provocou, por consequência, incremento no desenvolvimento da atividade pela iniciativa privada, espraiando-se a contratação dos planos de natureza privada, sobretudo pela escassez de políticas eficientes de saúde pública.

O presente trabalho objetiva, ontologicamente, apresentar a natureza e as características do contrato de prestação de saúde médica e hospitalar, bem como as espécies e possibilidade de reajustes no valor das mensalidades, à luz da principiologia expressa no Código de Defesa do Consumidor e com especial atenção às demais normas de caráter cogente, de ordem

¹ Juiz de Direito Titular - II Juizado Especial Cível - Comarca de Volta Redonda.

pública e interesse social e, portanto, inderrogáveis por vontade das partes (artigo 1º da Lei nº 8.078/90).

DESENVOLVIMENTO

Não pode restar qualquer dúvida acerca da presença dos elementos caracterizadores da relação jurídica de consumo (fornecedor + consumidor + serviço) nos contratos de prestação de serviços médicos e hospitalares.

No que diretamente interessa, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que desenvolve atividade de prestação de serviços de forma habitual (profissional). Consumidor, por sua vez, é aquele que adquire ou utiliza o serviço como destinatário final (artigos 2º e 3º, ambos do CDC).

O objeto do contrato se relaciona à própria atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, consoante regra insculpida no parágrafo 2º, do artigo 3º, da Lei nº 8.078/90, que, no caso em estudo, é o próprio serviço de assistência médica e hospitalar.

Nesse particular, consigne-se que o contrato de seguro saúde envolve transferência de riscos futuros e eventuais à saúde do segurado (consumidor) e seus dependentes, mediante prestação de assistência médica e hospitalar por entidades conveniadas ou sob a forma de reembolso de despesas.

Estabelecidas a subsunção da natureza do contrato e de seus elementos ao substrato fático, não resta qualquer dúvida acerca da incidência dos contratos de prestação de serviços médicos e hospitalares às normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078/90.

E o alcance de tal premissa exige, desde logo, a leitura e interpretação das normas dos contratos em conformidade com uma principiologia própria e inerente às relações de consumo, dentre as quais se fundamenta, como pilar de sustentação, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo (artigo 4º, I da Lei nº 8.078/90).

O reconhecimento da vulnerabilidade (técnica, jurídica, fática) é o que confere legitimidade para que o legislador estabeleça as normas de caráter processual e substancial com o objetivo de equipará-lo e muni-lo com

instrumentos para reduzir as diferenças entre os protagonistas da relação jurídica.

Nesse sentido, a Lei nº 8.078/90 buscou, de forma inédita até então, positivar a denominada boa-fé objetiva, realçada nos artigos 4º, III e 51, IV do Código de Defesa do Consumidor, de forma a balizar a atuação do fornecedor dos serviços e do consumidor nas relações de consumo. Sobre a boa-fé objetiva, vale destacar a preciosa lição da professora Cláudia Lima Marques:²

“Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus legítimos interesses, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.”

Exige-se, enfim, nas relações contratuais contemporâneas, boa-fé de ambos os contratantes nas tratativas, na celebração e execução do contrato, bem como após a sua resolução.

O caráter protetivo da parte débil se amplia, ainda, com a norma do artigo 47 do Codecom, a impor ao intérprete a análise e aplicação das cláusulas contratuais de maneira mais favorável ao consumidor, mercê de sua reconhecida vulnerabilidade no mercado de consumo (artigo 4º, I) e considerando, ainda, o direito básico à proteção da vida, saúde e segurança (artigo 6º, I).

O contrato de prestação de serviços médicos e hospitalares, dada sua densidade social, exige, ainda, que as estipulações contratuais dos planos de saúde e a interpretação de tais normas não podem ofender o princípio da razoabilidade ou conter cláusulas abusivas, permitindo a declaração de nulidade.

O arcabouço principiológico não prescinde, no mesmo sentido, da

2 MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4ª edição. São Paulo: RT, 2002,

aplicação do princípio da função social do contrato, com atenção e percepção de que o vultoso crescimento das operadoras de plano de saúde ocorreu na esteira da falência do sistema público de assistência médica. Sobre a função social do contrato, leciona, mais uma vez, a professora Cláudia Lima Marques:³

“A ação dos fornecedores, a publicidade, a oferta, o contrato firmado criam no consumidor expectativas, também, legítimas de poder alcançar estes efeitos contratuais. No sistema tradicional, seus intentos poderiam vir a ser frustrados, pois o fornecedor, elaborando unilateralmente o contrato, o redigia de forma mais benéfica a ele, afastando todas as garantias e direitos contratuais, que a lei supletiva civil permitisse (direitos disponíveis). No sistema do CDC, leis imperativas irão proteger a confiança que o consumidor depositou no vínculo contratual, mais especificamente na prestação contratual, na sua adequação ao fim que razoavelmente dele se espera, irão proteger também a confiança que o consumidor deposita na segurança do produto ou do serviço colocado no mercado.”

Estabelecidos os vetores de interpretação dos contratos, no que tange à forma de contratação, consigne-se que os contratos de prestação de serviços médicos e hospitalares podem ser celebrados de forma individual ou coletiva.

Os planos individuais são aqueles contratados por consumidores (incluindo seus dependentes) isoladamente com as operadoras de saúde, ao passo que os planos coletivos são celebrados entre as operadoras de planos de saúde e uma pessoa jurídica (sociedade empresarial, sindicato, associação, fundação etc.), em favor de seus funcionários (ou sindicalizados ou associados e seus dependentes).

Os contratos coletivos representam atualmente cerca de 70% dos contratos em vigência no mercado de consumo, segundo dados da Agência Nacional de Saúde (ANS), o que atrai, por consequência, maiores comple-

³ MARQUES, Cláudia Lima, ob. cit., p. 979.

xidades e vicissitudes, sobretudo pela ingerência atenuada ou mitigada da agência reguladora.

Os contratos individuais e coletivos, embora busquem a proteção do mesmo bem jurídico, não possuem as mesmas regras, o que decorre da presunção de que os consumidores, usuários dos serviços, encontram alguma proteção e amparo na pessoa jurídica a que estão vinculados, o que não ocorre nos chamados planos individuais, em que os usuários se relacionam diretamente com a operadora de saúde.

Os riscos e cálculos atuariais dos valores dos prêmios possuem especificidades nos contratos coletivos, motivo pelo qual os reajustes das mensalidades não seguem o mesmo desiderato das revisões nos contratos individuais.

O estudo objetiva analisar os reajustes anuais e por transposição de faixa etária em tais contratos (individuais e coletivos).

Dos Reajustes Anuais:

Os contratos (individuais e coletivos) possuem previsões de reajustes anuais, chamados de datas de aniversário.

Os contratos individuais possuem reajustes anuais, a partir da data de celebração do contrato e de acordo com os índices divulgados pela Agência Nacional de Saúde – ANS.

Cuidando-se de contrato coletivo por adesão, por outro lado, não há que se observar o índice de reajuste divulgado pela Agência Nacional de Saúde – ANS, mas sim o índice contratual previsto a partir de livre negociação havida entre a operadora de saúde e a pessoa jurídica contratante (sociedade empresarial, associação ou fundação).

Vale dizer, os índices divulgados para reajustes anuais pela Agência Nacional de Saúde são aplicáveis somente para os contratos individuais e não para os coletivos.

A agência reguladora, nos casos de contratos coletivos, apenas monitora os percentuais aplicados com o desiderato de coibir eventuais abusos praticados em detrimento dos beneficiários.

A Resolução Normativa nº 128/2006 determina que o índice de reajuste dos contratos coletivos deve ser submetido à apreciação da ANS,

a quem confere somente o poder de monitorá-los, mas sem atribuir-lhe competência para fixação.

O reajuste aplicado pelas operadoras de saúde nos planos coletivos não permanece, porém, infenso a toda forma de controle.

Eventual abuso na aplicação nos índices de reajuste deve ser objeto de prova pericial para aferição do equilíbrio econômico-financeiro da avença, consoante reiteradamente decidido nos arestos adiante colacionados:

RELAÇÃO DE CONSUMO. Plano de saúde coletivo. Reajuste com base na elevação da sinistralidade e no aumento dos custos médicos-hospitalares. Requerimento de realização de perícia contábil não produzida pelo juízo. Prova necessária ao correto julgamento da causa. Cerceamento de defesa configurado. Agravo retido provido. Sentença cassada. Apelo prejudicado (Apelação Cível 0393371-59.2008.8.19.0001, Rel. Des. Carlos Eduardo Passos, 2ª Câmara Cível do TJERJ, julgamento em 23.2.2011).

DIREITO DO CONSUMIDOR - PLANO DE SAÚDE COLETIVO PACTUADO ANTES DA LEI NO 9.656/98 - REAJUSTE DE MENSALIDADE. 1. O vertente caso versa sobre Plano de Saúde Coletivo, onde os reajustes deverão estar previstos em contrato, podendo ocorrer a livre negociação entre as pessoas jurídicas: contratada e contratante. 2. Em razão da decisão do STF na ADI-MC no 1391/DF, a qual suspende a eficácia do art. 35-E da Lei no 3656/98, não se pode aplicar o reajuste de 11,75% estipulado pela ANS na Resolução no 74/04. 3. No que concerne a alegação da abusividade das cláusulas de reajuste do prêmio, esta restou prejudicada a partir do momento em que o apelante não requer a inversão do ônus da prova, bem como a realização de perícia, que é necessária para a solução da lide. 4. Nega-se seguimento ao recurso (CPC, art. 557, caput). (Apelação Cível 0092589-96.2006.8.19.0001 (2007.001.33956, Rel. DES. MARIO GUIMARAES NETO - Julgamento: 13/11/2007 – 1ª Câmara Cível TJERJ)

Do Reajuste por Transposição de Faixa Etária:

O artigo 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso – veda expressamente a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.

O contrato de plano de saúde é cativo e de longa duração, protraindo seus efeitos durante o período de execução do contrato e sofrendo os influxos das alterações legislativas, sobretudo quando disponham em benefício da parte vulnerável.

O idoso é um consumidor duplamente vulnerável e que necessita de uma tutela diferenciada e reforçada, não sendo constitucionalmente razoável a discriminação com esteio na data da celebração do negócio jurídico.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, independentemente da data da celebração do contrato, é abusivo o reajuste por alteração de faixa etária, sob o fundamento de que o contrato, além de evidenciar a continuidade na prestação, também possui como característica a “catividade” consubstanciada no vínculo existente entre consumidor e fornecedor, baseado na manutenção do equilíbrio econômico, na qualidade do serviço prestado e no alcance da segurança e da estabilidade (REsp 1.098.804-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 2/12/2010).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em 18.4.2011, em recurso sob a relatoria da Ministra Ellen Gracie, manifestou-se, à unanimidade, pela existência de repercussão geral de tema contido no Recurso Extraordinário (RE) 630852, interposto no Supremo Tribunal Federal (STF), na forma definida no parágrafo 1º do artigo 543-A do Código de Processo Civil.

De qualquer sorte, deve-se ter, pois, como nula, por abusiva, a cláusula que estabelece a majoração da mensalidade em razão da mudança de faixa etária, por ofender o disposto nos artigos 51, IV e § 1º, II, do CDC, bem como o Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/2003) - artigo 15, § 3.º.

2. CONCLUSÃO

O inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal estabelece que o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor. E, nesse passo, a Lei 8.078/90, em diálogo com a Lei 10.741/2003, se destina a conferir maior proteção aos consumidores que se encontram na situação

apta a merecer proteção.

Nesse sentido, no caso de contratos de prestação de serviços de assistência médica e hospitalar, são admitidos somente os reajustes anuais ou os chamados reajustes de aniversário do contrato.

Os índices de reajuste de mensalidades dos contratos individuais de prestação de serviços médicos e hospitalares são fixados pela Agência Nacional de Saúde, ao passo que os reajustes dos contratos coletivos se submetem ao índice previsto no contrato de natureza coletiva, limitando-se a atuação da agência reguladora à monitoração dos percentuais com o objetivo de coibir eventuais abusos.

O reajuste por transposição de faixa etária, de qualquer sorte, qualquer que seja a modalidade de formação do contrato (individual ou coletivo) é expressamente vedado pelas normas de regência - artigo 15, § 3º, da Lei 10.741/2003 e artigo 51, IV e § 1º, II, da Lei nº 8.078/90. ◆

Mediação como Método de Solução Alternativa de Conflito

Luiz Eduardo Cavalcanti Canabarro¹

Resumo

O presente trabalho objetiva o estudo dos meios alternativos de solução de conflitos, com ênfase na mediação judicial, apresentando suas características básicas e comparação com outros métodos, às vantagens e expectativas de sua utilização e os desafios a serem superados. O estudo fará uma abordagem da utilização da mediação nas relações de consumo, além de abordar os benefícios de sua utilização em relações que tenham como parte a Administração Pública. Os resultados do estudo revelam que a mediação tem como objetivo a transformação e a cultura de pacificação, o que vem sendo alcançado.

Palavras-chave: Mediação; Resolução de Conflitos; Cultura da Paz; Restabelecimento do Diálogo.

Introdução

Desde o início da civilização, organizada em sociedade, surgiu a necessidade de defesa dos interesses individuais e coletivos, que conflitavam quando a satisfação da necessidade de um se sobrepunha ao interesse do outro.

Segundo orientação de Schnitman:

¹ Juiz de Direito - Titular do III Juizado Especial de Fazenda Pública - Comarca da Capital.

[...] os conflitos são inerentes à vida humana, pois as pessoas são diferentes, possuem descrições pessoais e particulares de sua realidade e, pós-consequente, expõem pontos de vista distintos, muitas vezes colidentes. A forma de dispor tais conflitos mostra-se como questão fundamental quando se pensa em estabelecer harmonia nas relações cotidianas. Pode-se dizer que os conflitos ocorrem quando ao menos duas partes independentes percebem seus objetivos como incompatíveis; por conseguinte, descobrem a necessidade de interferência de outra parte para alcançar suas metas.²

As medidas, adotadas para a solução de conflitos foram evoluindo de acordo com os reclames da sociedade. Surgiu, a princípio, a autotutela e a autocomposição que se revelaram meios ineficientes. Desta forma, o Estado passou a deter o poder de aplicar o direito ao caso concreto, objetivando resguardar a ordem jurídica e a autoridade da lei e solucionando os conflitos.

Diante da necessidade de reestruturação do processo, buscando maior eficiência da tutela jurisdicional e sua adequação como instrumento de pacificação social, passou-se a adotar métodos alternativos para a solução de conflitos, a saber: a conciliação, a arbitragem e a mediação. A conciliação se faz com a interferência de um terceiro, conciliador, que conduz as partes à solução do conflito. A arbitragem constitui forma de jurisdição não estatal, sendo meio autônomo de solução de conflito, estando regulamentada pela Lei nº. 9307/ 1996, aplicável a conflitos que envolvam direitos disponíveis.

A mediação, método que será abordado no presente estudo, é uma técnica não adversarial de resolução das controvérsias, cujo objetivo é restabelecer o diálogo entre as pessoas envolvidas, facilitando a comunicação e a reconstrução da relação, com propostas de mudanças culturais e reconhecimento das diferenças.

2 SCHNITMAN, Dora Fried, LITTLEJOHN, Stephen (orgs.). **Novos Paradigmas em Mediação**. Porto Alegre: Ed. Artmed, 1999, p.170.

Cuida-se de uma técnica em que os envolvidos têm a possibilidade de encontrar a melhor solução para suas diferenças, contando com a atuação do mediador que facilitará o restabelecimento da comunicação. Na verdade, o poder de decisão é das pessoas que estão vivenciando o conflito; o mediador, somente, facilitará o diálogo sem qualquer poder decisório.

A mediação valoriza o diálogo e estimula os envolvidos à transformação de uma “cultura de conflito” para uma “cultura da comunicação pacífica”, conferindo-lhes a condição de responsáveis, - atores principais na solução da controvérsia.

Busca-se o ajuste que atenda as expectativas de todos os envolvidos. É a cultura do “ganha-ganha”, em que as partes são estimuladas a praticar a escuta e o entendimento e levadas a ter uma visão positiva do conflito como forma de possibilitar mudanças e transformações, uma vez que as divergências fazem parte da essência humana.

Conforme definição de Christopher W. Moore, a mediação é:

[...] interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa. Além de lidar com questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer ou fortalecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e danos psicológicos. (O processo de mediação – Estratégias práticas para resolução de conflitos).

O diálogo propicia o conhecimento do conflito real, uma vez que naturalmente as divergências que se revelam constituem apenas a questão aparente e para a eficácia da resolução mister se faz a identificação dos reais interesses das partes, ocultos por sentimentos e influências externas. Necessário que a resolução atinja o conflito real, afastando a possibilidade de novas divergências.

A mediação pode ser judicial e extrajudicial. A mediação judicial ocorre quando há uma causa proposta perante o Poder Judiciário. A segunda ocorre fora do âmbito judicial, podendo ser particular ou pública.

Em relação ao mediador, importa observar que se trata de terceiro capacitado, que atua como facilitador do processo de retomada de um diálogo rompido no decorrer da relação conflituosa. De forma diversa do árbitro e do conciliador, o mediador colabora com as partes na comunicação das necessidades, esclarecendo seus interesses e possibilidades. Para tanto, necessita dominar as técnicas do procedimento e utilizá-las adequadamente, sem interferir na decisão, atuando com neutralidade, imparcialidade, diligência e prudência, zelando pela igualdade das partes envolvidas.

Desta forma, através da atuação de um terceiro a mediação constitui técnica mais célere, menos onerosa, mais coparticipativa e facilitadora de diálogo, gerando possibilidades de solução do conflito de forma a atender os interesses das partes envolvidas na divergência.

Observa-se, em especial nas relações continuadas, ser a mediação a técnica mais apropriada, por identificar interesses reais e sentimentos, aos quais é conferida dimensão muitas vezes inteiramente dissociada da realidade. Entretanto, inexistente óbice em sua utilização para outros tipos de conflitos tais como aqueles que envolvam discussão de natureza consumista ou relação com a Administração Pública.

Pode-se afirmar que o mediador utiliza o denominado método socrático, consistente em uma técnica de investigação que busca conduzir o indivíduo a um processo de reflexão e descoberta dos próprios valores. Para tanto, adota o questionamento simples e quase ingênuo, objetivando evidenciar contradições e auxiliar redefinições de valores, aprendendo a pensar por si mesmo. Verifica-se em tal método, a denominada maiêutica que se constitui na forma de induzir uma pessoa a encontrar por si mesmo a solução para seus questionamentos.

A Mediação e as Relações de Consumo

A Constituição da República consagra a defesa do consumidor,

como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII) e princípio da ordem econômica (art. 170, inc. V).

A política de proteção aos direitos do consumidor tem como princípio norteador a efetividade, através da cultura da educação e informação visando à transformação de conceitos retrógrados em nova concepção objetivando a melhoria do mercado de consumo.

Evidencia-se que os princípios que regem a relação de consumo, em especial princípio da harmonização, da boa-fé, da informação, transparência e da educação, são considerados basilares para o estabelecimento da paz social, buscada pela mediação.

A Mediação e Administração Pública

Não se observa vedação legal à utilização da Mediação, como método alternativo de solução de conflitos, que tenha como parte a Administração Pública, eis que o princípio da eficiência trazido pela EC 19/1998, objetiva a prestação de serviços públicos, adequados às necessidades da sociedade, sendo a pacificação social, por excelência, integrante do interesse público protegido.

Ademais, os meios alternativos de solução de conflitos se coadunam com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, buscando dar efetividade aos direitos fundamentais e oferecer a sociedade serviços onde se preze menos a burocracia e mais a celeridade visando sempre à satisfação do interesse público.

É certo que a Administração Pública está autorizada a celebrar acordos somente em caso de permissão legal. Todavia, hodiernamente, a doutrina entende ser cabível e recomendável à utilização da via consensual para a solução de conflitos surgidos entre a Administração Pública e o particular.

Conclusão

Analisando as medidas alternativas de solução dos conflitos, conclui-se pela releitura da realidade, eis que inaugurada uma nova fase do

direito brasileiro.

A visão contemporânea não comporta mais ausência de celeridade na solução de conflitos envolvendo valores tão caros à sociedade, como a saúde humana.

A cultura da pacificação social envolve a conscientização do indivíduo em relação a seus direitos como forma de alcançar o verdadeiro Estado Democrático de Direito, onde cada um se torna protagonista da própria história, construindo uma sociedade realmente livre, justa e solidária. ♦

Referência Bibliográfica

MOORE, Cristopher W. **O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**; trad. Magda França Lopes - 2º edição - Porto Alegre: Ed. Artmed. 1998.

SCHNITMAN, Dora Fried, LITTLEJOHN, Stephen (orgs.). **Novos Paradigmas em Mediação**. Porto Alegre: Ed. Artmed, 1999.

Mediação – Alternativa à Solução de Conflitos

Maria Paula Gouvêa Galhardo¹

Introdução

A mediação é forma alternativa de solução de conflitos de interesses, na qual o mediador conduz as partes a buscarem elas próprias a solução mais adequada ao conflito de interesses.

A mediação é uma forma de solução consensual de conflitos, desenvolvida, tal como a conhecemos hoje, na segunda metade do século XX, nos Estados Unidos. No Brasil, a partir da década de noventa, surgiram entidades voltadas para a prática e sistematização da teoria da mediação, que passou também a ser estudada em algumas instituições de ensino superior.

1 – Desenvolvimento

O Projeto de Lei nº 4.827/98², que versa sobre a mediação de conflitos, dispõe, em seu art. 3º, que a mediação poderá ser judicial, sem, no entanto, esclarecer suficientemente o que seria o instituto da “mediação

1 Juíza de Direito Titular da 4ª. Vara da Fazenda Pública.

2 O Projeto de Lei nº 4.827/98, em seus arts. 3º e 4º, dispõe, *in verbis*:

Art. 3º - A mediação é judicial ou extrajudicial, podendo versar sobre todo o conflito ou parte dele.

Art. 4º - Em qualquer tempo ou grau de jurisdição, pode o juiz buscar convencer as partes da conveniência de se submeterem a mediação extrajudicial, ou, com a concordância delas, designar mediador, suspendendo o processo pelo prazo de até 3 (três) meses, prorrogável por igual período.

Parágrafo único. O mediador judicial está sujeito a compromisso, mas pode escusar-se ou ser recusado por qualquer das partes, em cinco dias da designação. Aplicam-se-lhe, no que caibam, as normas que regulam a responsabilidade e a remuneração dos peritos.

Art. 5º - Omissis

Art. 6º - Antes de instaurar o processo, o interessado pode requerer ao juiz que, sem antecipar-lhe os termos dos conflitos e de sua pretensão eventual, mande intimar a parte contrária para comparecer à audiência de tentativa de conciliação ou mediação. A distribuição do requerimento não previne o juízo, mas interrompe a prescrição e impede a decadência.

judicial”. Diante da atualidade e necessidade de uma adequada regulamentação do tema, neste trabalho tentaremos demarcar os contornos da mediação judicial e analisar sua viabilidade e necessidade no sistema processual brasileiro.

Na doutrina, encontramos a seguinte definição para mediação:

*“A mediação representa uma forma consensual de resolução de controvérsias, na qual as partes, por meio de diálogo franco e pacífico, têm a possibilidade, elas próprias, de solucionar seu conflito, contando com a figura do mediador, terceiro imparcial que facilitará a conversação entre elas”.*³

A mediação prima pela informalidade, constituindo alternativa de solução de conflito, dentre outras formas, como a arbitragem, a conciliação, o minitrail e outros.

Aproxima-se da conciliação, mas dela difere em muitas características. A mediação não pode ser feita pelo juiz da causa, o qual deve preservar a sua imparcialidade para julgar o caso, na hipótese de frustrada a mediação. A conciliação, ao contrário, pode ser feita pelo juiz. Na mediação, a decisão não vem de fora, vem das próprias partes, que são incentivadas a recuperarem o entendimento perdido. Na conciliação, as partes são conduzidas a um meio termo.

A mediação utiliza os padrões das próprias partes, isto é, os valores das próprias partes. O mediador tenta estimular as pessoas a falarem com maturidade, tranquilidade, restabelecendo o diálogo perdido. É a denominada “escutatória”.

Consta no Michaelis: oratória: sf (lat oratoria) 1 Arte de orar ou falar em público.

“Pois escutatória é a arte de ouvir. Tão somente ouvir!”

³ Sales, Lília Maia de Moraes. **Dicionário de Direitos Humanos.**

“A mediação possibilita a transformação da “cultura do conflito” em “cultura do diálogo” na medida em que estimula a resolução dos problemas pelas próprias partes. A valorização das pessoas é um ponto importante, uma vez que são elas os atores principais e responsáveis pela resolução da divergência.

A busca do “ganha-ganha”, outro aspecto relevante da mediação, ocorre porque se tenta chegar a um acordo benéfico para todos os envolvidos. A mediação de conflitos propicia a retomada do diálogo franco, a escuta e o entendimento do outro.

*A visão positiva do conflito é considerada um ponto importante. O conflito, normalmente, é compreendido como algo negativo, que coloca as partes umas contra as outras. A mediação tenta mostrar que as divergências são naturais e necessárias pois possibilitam o crescimento e as mudanças. O que será negativo é a má-administração do conflito”.*⁴

A Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça aponta a mediação como política pública a ser perseguida no âmbito do Poder Judiciário, como forma de solução alternativa de conflito, que auxilia na consecução de uma melhor prestação jurisdicional.

In verbis:

Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010

Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

(Publicada no DJ-e nº 219/2010, em 01/12/2010, pág. 2-14 e republicada no DJ-e nº 39/2011, em 01/03/2011, pág. 2-15)

⁴ Obra citada.

RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010

O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais,

CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República;

CONSIDERANDO que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009;

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios;

CONSIDERANDO que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais;

CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública, respeitadas as especificidades de cada segmento da Justiça;

CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria;

CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 117ª Sessão Ordinária, realizada em de 23 de 2010, nos autos do procedimento do Ato 0006059-82.2010.2.00.0000;

RESOLVE:

Capítulo I

Da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses (grifamos)

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Art. 2º Na implementação da Política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico.

Art. 3º O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas.

(...)

Art. 7º Os Tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras:

I – desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida nesta Resolução;

II – planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas;

III – atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos arts. 5º e 6º;

IV – instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;

V – promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos;”

A Resolução n. 125/2010 estabelece como meta a cultura da pacificação social, atuando a mediação como elemento capaz de desconstruir o conflito e construir a solução em coautoria.

As partes se tornam responsáveis por construir uma solução em coautoria. Para se alcançar este objetivo, é imprescindível a intervenção do mediador, o qual, provido do treinamento adequado, conduzirá as partes a estabelecerem um diálogo qualificado, de modo a conhecerem as reais razões do conflito.

É preciso alteridade para compreender as razões que estimulam a conduta da outra parte; ética no sentido de compreensão ampliada do outro, a diferença a pluralidade; compreensão do que é melhor para todas as partes em conflito e não apenas para uma das partes.

A qualificação do mediador deve atentar para o despreparo das pessoas, especialmente na vida moderna, orientada por noções extremadas do individualismo e vitimização. O mediador, portanto, necessita de uma formação multidisciplinar, que o torne apto a levar as partes envolvidas a um diálogo maduro em busca da melhor solução para todos.

A solução de conflitos configura o objetivo mais evidente da mediação. O diálogo é o caminho seguido para se alcançar essa solução. O diálogo deve ter como fundamento a visão positiva do conflito, a cooperação entre as partes e a participação do mediador como facilitador dessa comunicação.

O segundo objetivo da mediação é a prevenção de conflitos. A mediação, como um meio para facilitar o diálogo entre as pessoas, estimula a cultura da comunicação pacífica. Quando os indivíduos conhecem o processo de mediação e percebem que essa forma de solução é adequada e satisfatória, passam a utilizá-la sempre que novos conflitos aparecem.

Merece destaque o trabalho que vem sendo desenvolvido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro de fornecer treinamento aos policiais militares que atuam nas Unidades de Polícia Pacificadora para atuar como mediadores nas comunidades em que estão em exercício.

2 – Conclusão

Conclui-se, pois, que a mediação, como forma de solução de conflitos, é medida que deve ser incentivada e trabalhada, eis que acaba por restabelecer o prestígio da Jurisdição, reservando-lhe os casos em que efetivamente não haja a possibilidade de uma solução pacífica de conflitos. ♦

Referências

SALES, Lília Maia de Morais. **Dicionário de Direitos Humanos.**

Ação Civil Pública – Revisão dos Contratos de Plano de Saúde, por Nulidade de Cláusula e a Preservação do Equilíbrio Contratual

Marisa Simões Mattos Passos¹

Diante da massificação das relações de consumo, e o conseqüente acúmulo do Judiciário para a solução de seus conflitos, a priorização dos meios mais céleres e eficazes tem sido uma constante. E as ações coletivas previstas no Código de Defesa do Consumidor se mostram, cada vez mais, como grande instrumento de composição de um litígio que poderia se transformar em inúmeros litígios individuais.

Ademais, há determinadas situações em que o ingresso individual do consumidor em Juízo se torna temerário, em razão do valor da causa, como por exemplo, numa situação em que um grande fornecedor esteja vendendo sacos de açúcar que deveriam conter um quilo, porém os mesmos só possuem 900 gramas. Tal situação, ínfima, tendo em vista o prejuízo individual do consumidor, se torna quantificada e vultosa em virtude do número de pessoa atingidas, o que viabilizaria uma ação coletiva.

A Lei 8078/80, em seu artigo 81, estabeleceu três espécies distintas de tutelas coletivas:

Os interesses ou direitos difusos – ocorrem sempre que haja uma indeterminação de titulares, não existindo entre eles qualquer relação jurídica anterior à lesão, além de que o próprio bem jurídico a ser tutelado seja

¹ Juíza de Direito da 20ª Vara Cível - Capital.

indivisível. Como exemplo, podemos destacar uma publicidade enganosa veiculada por uma emissora de rádio. Afinal, não há como determinar as pessoas lesadas pela publicidade, sendo certo que não havia nenhum vínculo anterior entre essas pessoas, além de que não há como calcular o dano individual do consumidor, ao menos neste momento inicial.

Os interesses ou direitos coletivos – caracterizam-se quando os titulares desses direitos compõem um grupo, uma categoria ou uma classe de pessoas, havendo entre elas uma relação jurídica subjacente anterior à lesão, sendo indivisível o bem jurídico tutelado. Como exemplo, podemos citar o caso de o grupo de usuários do telefone “livre” da finada Vésper, que foram prejudicados com a restrição do uso dos telefones, ou seja, há a determinação de um grupo de consumidores, porém ainda não quantificamos o prejuízo individual de cada um.

Os interesses ou direitos individuais homogêneos – assim entendidos como sendo aqueles decorrentes de origem comum - na verdade, são aqueles em que o interesse é individualizado na pessoa de cada um dos prejudicados, fazendo com que as pessoas sejam determináveis. Ou seja, no exemplo acima o grupo é indeterminável, mas se naquela mesma situação estivessem os usuários daquele plano de telefonia, adquirido através de um convênio com uma Cooperativa, ficam caracterizados os interesses individuais homogêneos, cuja criação ocorreu com o advento do Código de Defesa do Consumidor.

Pela análise dos direitos que podem ser protegidos pelas ações coletivas, é possível constatar a necessidade de sua criação e a importância de sua utilização. Afinal, diante de um número muito grande de ações sobre o mesmo assunto, a possibilidade de decisões contraditórias, e o conseqüente descrédito no Poder Judiciário, é incontestável.

O fato é que as ações coletivas permitem a uniformização das decisões judiciais, trazendo a tão almejada paz social para uma grande, ou mesmo indefinida, parcela de litigantes, de uma só vez. Com a massificação das demandas que, como a industrialização e a globalização vêm provocando, as ações coletivas viabilizam a segurança jurídica, além de uma Justiça mais célere e efetiva.

Por todas essas razões, a doutrina classifica os processos das ações coletivas como uma espécie de “processo de interesse público”, *in verbis*:

“Os processos coletivos servem à litigação de interesse público; ou seja, servem às demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade. Interesses de uma parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida, a exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural, bem como na defesa dos interesses dos necessitados e dos interesses minoritários nas demandas individuais clássicas (não os dos habituais pólos destas demandas, credor/devedor). Melhor dizendo, não interesses ‘minoritários’, mas sim interesses e direitos ‘marginalizados’, já que muitas vezes estes estão representados em número infinitamente superior aos interesses ditos ‘majoritários’ na sociedade, embora não tenham voz, nem vez”.

(in DIDIER JR., Fredie, e ZANETI JR., Hermes, Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo – Volume 4, 3ª edição. Salvador (BA): Editora Jus Podivm, 2008.)

E é justamente nessa seara que se enquadram os conflitos que envolvem contratos de planos de saúde/seguro saúde, até porque constituem uma das relações jurídicas com maior cunho social na sociedade moderna.

Afinal, indiscutivelmente, contratos, como o presente, dizem respeito ao bem jurídico de maior relevância para o consumidor, qual seja, a saúde, pressuposto natural da existência do próprio indivíduo, que inclusive encontra proteção em sede constitucional.

A atividade explorada pelas operadoras de planos ou seguros privados de assistência saúde tem enorme repercussão social, ante a situação caótica que se encontra o sistema público de saúde, atraindo dessa forma a adesão de milhões de indivíduos em busca de proteção e segurança contra os riscos que envolvem sua saúde e de sua família, através de prestação de

assistência médica hospitalar em serviços próprios, ou de rede credenciada, ou ainda, reembolso das despesas decorrentes de eventos cobertos pelo seguro.

Na verdade, as relações contratuais ligadas à prestação de assistência à saúde devem ter como base fundamental a confiança entre os contratantes, sobretudo, por parte do consumidor que depende do fornecimento do serviço de natureza essencial.

O sistema contratual baseado no Código de Defesa do Consumidor impõe a observância inarredável dos princípios básicos que o informam, em especial boa-fé objetiva, transparência e confiança. Sendo certo que tais princípios prevalecem independentemente da vontade dos contratantes.

Ora, isso porque a atividade prestada pelas empresas tem uma importância fundamental para o desenvolvimento social. Saúde é o segundo maior valor, depois da própria vida, para o ser humano; é direito fundamental reconhecido em sede constitucional, sendo que o poder público garante que assegurará a todos a proteção desse direito.

Na verdade, os planos de saúde e seguradoras de saúde acabaram por se colocar na posição do próprio Estado, diante da natureza do serviço que se dispuseram a prestar. Mesmo sem assumirem uma concessão pública, a deficiência do serviço público ajudou a alavancar a corrida da sociedade, que hoje ultrapassa 43%, para contratar com essas empresas.

Não raras vezes em que tomamos conhecimento de que alguém compromete boa parte de seus rendimentos, até mesmo passando por privações, para poder continuar a pagar seu plano de saúde.

Por todos esses fatores, as ações coletivas são instrumentos de harmonização social em casos de nulidade de cláusula contratual de um determinado plano de saúde, em que se torna indispensável a revisão dos contratos para se preservar o equilíbrio contratual.

Tanto na formação, quanto na execução desses contratos, as partes devem observar os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, evitando abusos e reequilibrando as prestações às contraprestações dos sujeitos contratuais.

A liberdade de contratar recebe no art. 421 do Código Civil, refor-

çado em seu art. 2.035, Parágrafo Único, uma razão e um limite para o seu exercício, qual seja, a função social do contrato. Esse princípio representa o destaque que a coletividade merece na relação com as pessoas que a constituem e a prevalência dos interesses do grupo sobre os dos indivíduos que o compõem.

A boa-fé objetiva, por sua vez, se traduz em verdadeira solidariedade entre os participantes contratuais. Por esse princípio, não basta que os contratantes deixem de prejudicar o outro parceiro, e apenas cumpram sua obrigação contratual. Mas eles devem ir além, colaborando com o outro, de forma que este também possa desenvolver sua parte do contrato.

Um dos maiores exemplos de cláusula contratual abusiva, e conseqüentemente nula, nos termos do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, é a que permite o aumento indiscriminado das prestações mensais dos planos de saúde, ou mesmo apresentem percentuais injustificados.

Tais disposições contratuais importam na verdadeira extinção da relação jurídica, posto que o usuário não poderá mais pagar a mensalidade com o aumento imposto.

Diante de uma situação que acarrete vantagem demasiada para uma das partes, enquanto a outra se submete a excessiva onerosidade, a revisão do contrato se impõe para, após o reconhecimento da abusividade e nulidade da cláusula, poder-se fazer a integração do pacto, com vistas ao reequilíbrio da relação jurídica.

Aliás, a jurisprudência de nossos tribunais é uníssona nesse sentido, ex vi:
CONTRATO – CLÁUSULA ABUSIVA – PLANO DE SAÚDE – CARÊNCIA – PERÍODO MUITO EXTENSO - DESVANTAGEM EXAGERADA E ONEROSIDADE EXCESSIVA AO CONSUMIDOR – AÇÃO ANULATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO – FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO – INVALIDADE - RECURSO NÃO PROVIDO

Sabe-se que uma das finalidades do Código de Defesa do Consumidor é assegurar o equilíbrio entre as partes, pelo que possível do ponto de vista da equidade a revisão do contrato adesivo, não havendo que prevalecer sempre a tese do pacta sunt servanda.

As cláusulas que limitam ou restringem procedimentos médicos, especialmente limitando as internações hospitalares, a permanência em UTIs e similares, presentes nos contratos antigos e excluídos expressamente pelos arts. 10 e 12, da Lei 9.656/98, são nulas por contrariarem a boa-fé, como esclarece a própria lei, pois criam uma barreira à realização da expectativa legítima do consumidor, contrariando prescrição médica.

O contrato, na relação de consumo, deve ser visto em razão de sua função social, não mais sendo atribuído primado absoluto à autonomia da vontade.

Em decorrência da função social, revela-se abusiva a cláusula que, em contrato de plano de saúde, exclui de cobertura as próteses necessárias ao restabelecimento da saúde.

(TJMG, 01/10/2002, Juiz Gouvêa Rios – Relator)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE CLÁUSULA EM CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE QUE EXCLUI A COBERTURA DE PRÓTESES, ÓRTESES E MATERIAIS DIRETAMENTE LIGADOS AO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO AO QUAL SE SUBMETE O CONTRATADO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS TIDOS POR VIOLADOS. NÃO-CONHECIMENTO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 284 DA SÚMULA DO STF. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. A FALTA DO PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO NÃO PREJUDICA O EXAME DO RECURSO ESPECIAL, UMA VEZ QUE A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE É UNÍSSONA EM ADMITIR O PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. O DIREITO À VIDA E À SAÚDE SÃO DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS, MOTIVO PELO QUAL O MINISTÉRIO PÚBLICO

É PARTE LEGÍTIMA PARA AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA VISANDO DECLARAR A NULIDADE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS CONSTANTES EM CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE QUE DETERMINAM A EXCLUSÃO DA COBERTURA FINANCEIRA DE ÓRTESES, PRÓTESES E MATERIAIS DIRETAMENTE LIGADOS AO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO AO QUAL SE SUBMETE O CONSUMIDOR. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

(AgRg no Ag 1088331 / DF AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008/0185480-4 Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140), T4 - QUARTA TURMA, 18/03/2010).

Recurso especial. Processual Civil e Civil. Ministério Público. Legitimidade. Ação Civil Pública. Contratos de Seguro-Saúde. Prêmio. Reajustamento de Valores. Ato administrativo. Desconformidade com as regras pertinentes. Segundo as áreas de especialização estabelecidas em razão da matéria no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça compete à Segunda Seção processar e julgar feitos relativos a direito privado em geral. O debate sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em favor dos consumidores do serviço de saúde prejudicados pela majoração ilegal dos prêmios de seguro-saúde situa-se no campo do Direito Privado. É cabível ação civil pública para requerer a suspensão de cobrança a maior de prêmios de seguro-saúde. Em tal caso, o interesse a ser defendido não é de natureza individual, mas de todos os consumidores lesados que pactuaram com as empresas de seguro-saúde. O Ministério Público Estadual tem legitimidade para propor a ação porquanto se refere à defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, em que se configura interesse social relevante, relacionados com o acesso à saúde.

*(REsp 286732 / RJ RECURSO ESPECIAL 2000/0116464-3
Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI T3 - TERCEIRA
TURMA 09/10/2001. ◆*

Bibliografia:

DIDIER JR., Fredie, e ZANETI JR., Hermes, **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo** – Volume 4, 3ª edição. Salvador (BA): Editora Jus Podivm, 2008.

TEPEDINO, Gustavo, **Obrigações – Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional**, Rio de Janeiro (RJ): Editora Renovar, 2005.

MARQUES, Cláudia, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo Regime das Relações Contratuais**, 4ª edição. São Paulo (SP): Editora RT, 2002.

A Cláusula de Carência em Contratos de Planos de Saúde como Fundamento para Limitação de Cobertura dos Casos de Emergência

Renata Palheiro Mendes de Almeida¹

I – INTRODUÇÃO

A saúde, como um direito fundamental indelével, encontra-se prevista no rol dos direitos sociais do artigo 6º da Constituição Federal Brasileira, tratando-se, pois, de cláusula pétrea, por força do artigo 60, §4º, IV da Carta Magna. Enfatizando a envergadura desse direito que pressupõe a própria vida, no mesmo corpo constitucional assentou-se a saúde como direito de todos e dever do Estado (artigo 196).

Apesar dos contornos éticos da saúde, no Brasil autorizou-se a exploração econômica de serviço de saúde pela iniciativa privada (art. 197, CRFB), a partir de regulamentação concentrada no Estado.

Tem-se, portanto, que a saúde, na sua acepção de serviço, pode ser caracterizada como pública ou privada.

Nos últimos anos, tem-se visto um aumento significativo do volume de ações judiciais envolvendo a questão da saúde, consequência do aumento do número de beneficiários dos planos de saúde e da notória insuficiência do sistema público de saúde. Tal fenômeno vem sendo conhecido como “judicialização da saúde”.

Confirmando tal tendência, nos últimos meses, em atuação no Plantão Judiciário Noturno da Capital, tenho verificado um grande número de

¹ Juíza de Direito Titular da 2ª Vara de Miracema.

ações ajuizadas em face de operadoras de planos de saúde, com pedidos de antecipação de tutela *inaudita altera pars*. Dentre tais demandas, grande parte se refere a situações de emergência em contrato de assistência hospitalar, em que a negativa ou limitação de cobertura pela empresa se apoia na cláusula de carência.

II – CARÊNCIA X URGÊNCIA/EMERGÊNCIA

Entende-se por carência o prazo pactuado no contrato de seguro para que o segurado tenha direito à determinada garantia em face de riscos previstos. Em outras palavras, é o “período corrido e ininterrupto, contado a partir da data da vigência do contrato do plano privado de assistência à saúde, durante o qual o consumidor paga as contraprestações pecuniárias, mas ainda não tem acesso a determinadas coberturas previstas no contrato”². Decorrido, assim, o prazo de carência e estando em dia com o pagamento dos prêmios, adquire o segurado direito à cobertura contra os riscos contratados. Tem como função, a meu ver, evitar que o consumidor se inclua no plano exclusivamente quando necessitar de tratamento, abandonando-o em seguida, o que transformaria o seguro em puro financiamento de despesas médico-hospitalares, desfazendo-se o mutualismo necessário entre os beneficiários saudáveis e doentes.

Os prazos de carência, além de previstos expressamente no contrato, devem seguir os balizamentos e limitações impostos na lei reguladora dos planos de saúde – Lei nº 9656/98.

Os prazos máximos de carência estão previstos no inciso V do artigo 12 da lei citada. São eles:

- I – Prazo máximo de 300 dias para partos a termo;
- II – Prazo máximo de 180 dias para os demais casos;

² Gregori, Maria Stella, **Planos de Saúde: A Ótica da Proteção do Consumidor**. 2ª Ed.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 224.

III – Prazo máximo de 24 horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência.

De acordo com o artigo 35-C da mesma lei:

É obrigatória a cobertura do atendimento em casos:

I - de emergência, como tal definidos os que implicarem risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para o paciente, caracterizado em declaração do médico assistente;

II - de urgência, assim entendidos os resultantes de acidentes pessoais ou de complicações no processo gestacional.

Como se vê, a lei traça diferença marcante entre os conceitos de urgência e emergência, embora diversas decisões não raro os confundam.

Vale trazer o conceito de acidente pessoal, segundo a Agência Nacional de Saúde:

Acidentes pessoais são eventos ocorridos em data específica, provocados por agentes externos ao corpo humano, súbitos e involuntários e causadores de lesões físicas não decorrentes de problemas de saúde, como por exemplo, acidentes de carro, queda e inalação de gases.³

De qualquer forma, em ambos os casos, o tratamento legal é o mesmo: ainda que o consumidor esteja em período de carência, a cobertura é total e ilimitada, até que cesse o estado de urgência ou emergência.

No que tange às situações de urgência, na prática as operadoras não vêm oferecendo significativa resistência à eventual internação ou cirurgia. O problema surge, porém, quando se está diante de situações de emergência e por isso é em torno destes casos que pretendo aprofundar este trabalho.

³ “Carência, doenças e lesões preexistentes, urgência e emergência: prazos de carência, cheque-caução, preenchimento da declaração de saúde.” 3. ed., Rio de Janeiro: ANS, 2005, p. 22.

Estando o consumidor, portanto, em período de carência e ocorrendo uma situação de emergência (por exemplo, um infarto), tenho constatado que os planos de saúde vêm adotando duas posturas: a primeira é a negativa de cobertura, normalmente por discordar da declaração do médico assistente de que se trata de caso de emergência ou por entender que a doença é preexistente à contratação; a segunda é a limitação da cobertura em 12 horas.

III - DA LIMITAÇÃO DA COBERTURA EM DOZE HORAS

É bem verdade que a limitação de internação em 12 horas nos casos de emergência em planos com cobertura hospitalar está baseada na Resolução do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU – nº 13/1998, art. 3º, §1º c/c Art. 2º, abaixo transcritos:

Art. 2º O plano ambulatorial deverá garantir cobertura de urgência e emergência, limitada até as primeiras 12 (doze) horas do atendimento.

Parágrafo único. Quando necessária, para a continuidade do atendimento de urgência e emergência, a realização de procedimentos exclusivos da cobertura hospitalar, ainda que na mesma unidade prestadora de serviços e em tempo menor que 12 (doze) horas, a cobertura cessará, sendo que a responsabilidade financeira, a partir da necessidade de internação, passará a ser do contratante, não cabendo ônus à operadora.

Art. 3º Os contratos de plano hospitalar devem oferecer cobertura aos atendimentos de urgência e emergência que evoluírem para internação, desde a admissão do paciente até a sua alta ou que sejam necessários à preservação da vida, órgãos e funções.

§1º. No plano ou seguro do segmento hospitalar, quando o atendimento de emergência for efetuado no decorrer dos períodos de carência, este deverá abranger cobertura igualmente àquela fixada para o plano ou seguro do segmento ambulatorial, não garantindo, portanto, cobertura para internação.

Analisando tais artigos em conjunto, verifica-se que o §1º do art. 3º, ao tratar do atendimento de emergência (não menciona urgência), ocorrido no período de carência em planos com cobertura hospitalar (não somente ambulatorial), afirma que a cobertura será igual à fixada para o plano do segmento ambulatorial, este por sua vez previsto no art. 2º da mesma resolução.

Consultando, então, o art. 2º, vê-se a regra de que a cobertura estará limitada às primeiras 12 horas de atendimento.

Vale ressaltar que o art. 3º, §1º não trata das situações de urgência, sendo, nesses casos, segundo a própria resolução, a cobertura ilimitada, daí porque não se encontra grandes problemas na prática.

É claro que a limitação de cobertura por si só já pressupõe o reconhecimento por parte da operadora de que o caso é de emergência, pois, do contrário, haveria a negativa de atendimento em razão da carência.

Pois bem: a questão aqui demanda necessariamente a análise da validade da Resolução nº 13/98 da CONSU, em seus artigos 3º, §1º c/c 2º, que, como dito acima, limitam o atendimento de emergência em 12 horas.

O texto constitucional brasileiro, em seu art. 5º, II, expressamente estatui que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

O princípio da legalidade estampado na norma constitucional invoca a ideia de supremacia da lei, dentro da estrutura hierarquizada do ordenamento jurídico, situando-a num patamar imediatamente inferior ao da Constituição, que figura no ápice do sistema normativo, e superior a todos os demais atos do Estado, particularmente aqueles produzidos pelo Poder Executivo, como regulamentos e atos administrativos.

Nesse sentido, em razão do princípio da legalidade, as normas infralegais, meramente regulamentares, não podem incluir no ordenamento jurídico regra geradora de direito ou obrigação novos e jamais podem contrariar a lei ou ditar restrições a ela, ainda que a pretexto de esclarecê-la.

No caso em análise, a Resolução nº13/98 do CONSU, ao limitar o atendimento em 12 horas durante o período de carência, restringe fla-

grantemente o conteúdo do art. 35-C, I da Lei nº 9656/98, que prevê a cobertura total, sem qualquer limitação temporal, sempre que o médico assistente atestar que o caso é de emergência.

Como se vê, para a lei, basta que o médico assistente declare que o paciente sofre risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis para a cobertura integral ser devida. É, portanto, ilegal a limitação do atendimento em 12 horas e, por consequência, inválida a resolução neste ponto.

Não se poderia nem argumentar que as 12 horas arbitradas pela resolução seriam suficientes para retirar o paciente da situação de emergência, pois sabe-se que isso dependerá do caso concreto, havendo hipóteses em que o estado do paciente pode até ser agravado após as primeiras 12 horas, quando então haverá necessidade de continuidade do atendimento. Daí porque somente o médico, de acordo com cada caso, pode dizer se há risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis.

Logo, como regra, tendo o consumidor contratado o plano há mais de 24 horas e a situação sendo de emergência - assim declarada pelo médico assistente - será obrigatória a cobertura, sem limitações de tempo.

Assim vem julgando nosso egrégio Tribunal de Justiça, como se vê no acórdão, in verbis:

Apelação cível. Obrigação de fazer. Custeio de cobertura médica de emergência. Plano de saúde. Período de carência. Risco de vida. Internação necessária. Art. 12, V, "c" c/c art. 35-C, I, ambos da Lei nº 9.656/98. Tratamento isonômico para situações de urgência e emergência. Resolução que extrapola os limites da lei. Quantum indenizatório razoavelmente fixado. Acerto da sentença. Recurso manifestamente improcedente e contrário à jurisprudência deste Tribunal, a que se nega seguimento na forma do art. 557, caput, do CPC.⁴

⁴ Processo n.º 0039467-63.2009.8.19.0002 – APELACÃO; 1ª Ementa; DES. WAGNER CINELLI - Julgamento: 09/11/2011 - SEXTA CÂMARA CÍVEL

O Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, vem declarando nula a cláusula de carência em situações de urgência ou emergência.

*AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INEXISTÊNCIA - PLANO DE SAÚDE - CARÊNCIA - TRATAMENTO DE URGÊNCIA - COBERTURA DEVIDA - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - AGRAVO IMPROVIDO.*⁵

*CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PLANO DE SAÚDE. CARÊNCIA. TRATAMENTO DE URGÊNCIA. RECUSA. ABUSIVIDADE. CDC, ART. 51, I. I. Não há nulidade do acórdão estadual que traz razões essenciais ao deslinde da controvérsia, apenas por conter conclusão adversa ao interesse dos autores. II. Irrelevante a argumentação do especial acerca da natureza jurídica da instituição-ré, se esta circunstância não constituiu fundamento da decisão. III. Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida. IV. Recurso especial conhecido em parte e provido.*⁶

⁵ AgRg no Ag 1322204/PA, Relator o Ministro MASSAMI UYEDA, DJe de 20.10.2010

⁶ REsp 466667/SP, RECURSO ESPECIAL, Relator o Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJ de 17.12.2007

IV – CONCLUSÃO

O diminuto esboço dessa problemática inserta no complexo emaranhado de situações jurídicas relativas à saúde privada que diuturnamente batem às portas da justiça mostra a necessidade do tema ser sumulado por nosso tribunal, em vista da grande quantidade de ações iguais versando exatamente sobre essa questão.

De qualquer sorte, aguarda-se a urgente revogação por parte do Conselho de Saúde Suplementar da regra limitativa de direitos por ele editada, já que flagrantemente ilegal.

Muito embora até se compreenda preocupações do setor de saúde suplementar com a seleção adversa (pessoas que já contratam o seguro saúde doentes) e declarações médicas viciadas, o fato é que tais problemas devem ser combatidos de outras formas lícitamente previstas, e não impondo aos seus consumidores limitações abusivas aos seus direitos legítimos.

Talvez valesse aqui uma bem-vinda intervenção da Agência Reguladora do setor – ANS –, a fim de guiar as empresas ao cumprimento da lei.

Há de se levar em conta, afinal, que “o serviço que se opera neste mercado afeta um bem constitucionalmente indisponível: a vida, a qual só pode caminhar pelos trilhos da saúde.”⁷ ♦

V- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

GREGORI, Maria Stella. **Planos de Saúde: A Ótica da Proteção do Consumidor**. 2ª Ed.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo** – 16ª Ed. – São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

LOPES, Maurício Caldas. **Judicialização da Saúde** - Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

⁷ **Planos de Saúde**. cit., p. 214.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. **Público e Privado na Política de Assistência à Saúde no Brasil: atores, processos e trajetórias** – 1ª reimpressão - Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2011.

Site da Agência Nacional de Saúde – *www.ans.gov.br*

Seminário

“Ética no Setor de Saúde”

Rodrigo José Meano Brito¹

A Constituição da República de 1988 prevê a saúde como direito fundamental dos indivíduos (art. 196), cabendo a todas as entidades federadas o desenvolvimento de ações nesse sentido (art.23, inciso II), sob forma de um conjunto encadeado de órgãos e atividades, denominado Sistema Único de Saúde (art.200).

Destarte, um mínimo existencial de serviço universal, garantidor do princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser oferecido pelo Poder Público; no mais, foi a própria Constituição de 1988 – e não os programas de Reforma implementados a partir de 1995 – que reconheceu a superação do Estado Bem-Estar. Ali já se falava na saúde pública e na necessidade da saúde privada; o mesmo ocorreu com a educação e com a previdência, reconhecendo-se o papel suplementar (de algo que era suficiente), atribuído a iniciativa privada. Também já se falava na função reguladora do Estado.

Dada a realidade existente, de insuficiência de quantidade e qualidade do sistema público, ao lado da responsabilidade estatal pela prestação de serviço universal, é reconhecida a possibilidade de o setor privado atuar em caráter suplementar (CR, art. 199). Tendo em vista o interesse geral sobre essa atividade econômica, o Estado, além de executor dos serviços públicos (universais) de saúde, atua, também, como regulador dos serviços econômicos (privados) de saúde.

O legislador constituinte preocupou-se em disciplinar que “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos

¹ Juiz de Direito da 31ª Vara Criminal - Capital.

e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”, nos moldes do que prescrevem os arts. 6º e 196 da Constituição da República, sendo as ações e serviços públicos desenvolvidos em uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único (art. 198, CR).

Tal cometimento estatal não afasta o exercício dessa atividade por terceiros, sob seu controle direto, enquanto responsável, como se observa dos comandos do próprio art. 197 do mesmo diploma constitucional.

Acompanhando esse raciocínio, o legislador infraconstitucional cuidou de desenvolver ações por meio de órgãos e entidades públicas, bem como instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS (Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos seus serviços correspondentes), com a participação da comunidade na sua gestão e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde (Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990).

Porém, o marco regulatório da saúde privada parte de outro fundamento constitucional, consagrado no art. 199 da Constituição, que dispõe que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, o que remete à matéria do art. 174 da Constituição da República, que trata da regulação das atividades econômicas.

Nesse contexto, aliado aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência gravados no art. 170, *caput*, e inciso IV da Constituição, é que as operadoras de plano privados de assistência à saúde, pessoas jurídicas de direito privado, ingressaram nesse segmento.

Partindo-se da premissa de que existem pessoas jurídicas de direito privado convivendo de modo suplementar com a saúde pública prestada pelo Estado ou por quem dele receber tal incumbência, cumpre igualmente distinguir os sujeitos vinculados a cada modelo de prestação de saúde.

Daí porque a própria Constituição cuidou de caracterizar distintamente as figuras do usuário e do consumidor, estando o primeiro vinculado à execução pública da saúde, sujeito, pois, ao art. 196 da Constituição,

ao passo que o consumidor relaciona-se à execução privada, porém adstrito a uma regulação pública, conformando-se ao art. 199.

Tais indicações encontram, igualmente, base constitucional, desta vez prevista no art. 5º, inciso XXXII, no qual se verá que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, advindo daí a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para a qual “consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis seja, que hajam a intervindo nas relações de consumo (art. 2º e parágrafo único).

De outra parte, a imagem do usuário é alicerçada no art. 37, § 3º, da Constituição, que prevê que “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta...”.

Com o tratamento de determinadas matérias sob a ótica da economia globalizada, surgiu a necessidade de se repensar, à luz do princípio da subsidiariedade, a distinção entre papéis do Estado e da sociedade, fazendo com que determinados temas antes tratados como serviços públicos fossem revistos à luz de uma nova maneira de julgar e de um novo enfoque de prestação dessa atividade.

Isto porque a cada nova definição de serviço público dada pelo Estado excluía-se uma liberdade de iniciativa, haja vista que tal serviço público só seria desenvolvido pelo Estado ou por quem dele recebesse uma delegação para tanto. A Constituição, aliás, apresenta essa distinção entre serviço público e atividade econômica no seu art. 175. Portanto, ao se definir um serviço como público integrante de um ordenamento jurídico, urge se dimensionar, igualmente, até onde o conceito de serviço público pode restringir a liberdade de iniciativa.

A ideia que se traz de serviço público é a daquele prestado de forma universal, a preços módicos, atendendo a toda uma camada geográfica. Isso, contudo, não pode excluir que outros serviços mais aprimorados ou mais céleres, considerando outra faixa econômica, sejam desenvolvidos em regime de liberdade, sem afastar a atividade fiscalizadora do Estado: a liberdade econômica não afasta a regulação estatal, supondo-se que seja

relevante aquela atividade para o desenvolvimento da sociedade.

Daí surgir, na União Europeia, o conceito de Serviço de Interesse Geral, como gênero do qual são espécies o serviço público (geral) e o serviço de interesse econômico geral, este último também objeto da regulação estatal, dada a sua relevância. É onde se situam os serviços de saúde privada.

O marco delimitador do estudo regulatório da atividade de gestão de planos de saúde privada foi a edição da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre planos privados de assistência à saúde, estabelecendo em seu art. 1º que se submetem aos seus comandos: “as pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência á saúde, sem prejuízo do cumprimento da legislação específica que rege a sua atividade...”.

Como forma de aplicar os comandos ali emoldurados, em 28 de janeiro de 2000 foi editada a Lei nº 9.961, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, autarquia de regime especial vinculada estruturalmente ao Ministério da Saúde, com atuação em todo o território nacional, como entidade de normatização e controle das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar atua, desta forma, criando mecanismos e implementando as técnicas que melhor se ajustam aos comandos políticos do segmento de saúde privada. Frise-se que, nesse contexto, o papel da entidade reguladora é manter-se equidistante dos polos em tensão, promovendo tanto a defesa do mercado como a defesa do consumidor, com o máximo de aproveitamento dos interesses envolvidos.

No tocante à defesa do mercado, a garantia que se deve dar é a de criação de mecanismos que importem na defesa do livre ingresso, permanência e saída num mercado livre de quaisquer dominações e submetido à competição.

Já no que diz respeito à defesa do consumidor, o que se preza é a defesa do destinatário final da cadeia de consumo, por ser intelectualmente mais frágil (não se desconhece que, na maioria dos casos, a assimetria também é econômica; porém, a razão fundamental que autoriza o dirigismo contratual é a assistência intelectual).

Para tanto, como as demais Agências, a ANS é dotada de carac-

terísticas como a independência técnica e autonomia orçamentária e financeira, garantida pela administração de sua receita própria, oriunda da arrecadação da Taxa de Saúde Suplementar – TSS.

Considerando que as taxas podem ser cobradas em razão do exercício regular da polícia administrativa, em conformidade com o art. 77 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996 (Código Tributário Nacional), a ANS se vale de tal tributo face à função fiscalizatória exercida sobre o mercado privado de assistência à saúde, limitando e disciplinando os interesses daqueles que desejam ingressar e permanecer nesse segmento.

Com fundamento no art. 18 da Lei nº 9.961, de 2000, a TSS tem como fato gerador a polícia administrativa, sendo devida (1) por plano de assistência à saúde e (2) por registro de produto, registro de operadora, alteração de dados referentes ao produto, alteração de dados referentes a operadora, e pedido de reajuste de contraprestação pecuniária, conforme valores predefinidos pela ANS (art. 20, inciso I e II da Lei nº 9.961, de 2000).

A ANS se vale, ainda, de um contrato de gestão, que serve como instrumento de disciplina de sua autonomia, seja gerencial, seja orçamentária e financeira, nos moldes do que estabelece o art. 37, § 8º, da Constituição da República, celebrado com o Ministério da Saúde com vistas a fixar as metas de desempenho para posterior controle sobre a entidade.

Na prática, resgata-se com esse instrumento o modelar controle finalístico dos atos da Administração reguladora, eis que por ele são estabelecidos os standards para a gestão da ANS, assim como os indicadores que permitam avaliar, de forma objetiva, a sua atuação administrativa e o seu desempenho em face de seus propósitos institucionais. ♦

“X Seminário – Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde”

Silvia Regina Portes Criscuolo¹

Introdução

O X Seminário – Ética nos Relacionamentos do Setor de Saúde, que aconteceu em Búzios/RJ, de 17 a 20 de novembro de 2011, foi extremamente proveitoso para incentivar uma atuação mais consciente do Judiciário.

Traçando um panorama sobre a saúde no Brasil, a regulamentação do serviço, a intervenção do legislador, a dimensão das decisões judiciais na esfera da saúde, seus reflexos sobre a atividade pública e privada e a mediação como meio alternativo para a solução dos conflitos, o seminário despertou a atenção dos participantes para a complexidade do tema e seu impacto social.

Os painéis contaram com a participação de proeminentes palestrantes dos mais variados setores ligados ao tema, sendo dada especial atenção à mediação e à atuação do Judiciário na revisão dos contratos por nulidade de cláusula contratual por meio de ação civil pública.

Foram momentos de troca de experiências e interação, fundamentais para uma compreensão abrangente da questão da saúde no Brasil e seus desafios. Momentos de rara importância que enfatizaram a necessidade de uma atuação pronta, rápida e eficiente do Judiciário.

¹ Juíza de Direito do 20º Juizado Especial Cível - Capital.

Mediação Pré-Judicial

(Palestrantes: Des. Marilene Melo Alves e Dra. Angélica Carlini)

Abrindo os trabalhos, a Desembargadora Marilene Melo Alves e a advogada Angélica Carlini abordaram o tema da mediação, lembrando-a como eficiente mecanismo de resolução de conflitos prévio à judicialização deste.

Foi lembrado que, com a edição da Resolução nº 125 do CNJ, em 29/11/2010, a mediação foi galgada ao status de política pública, na medida em que a referida resolução institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, visando a assegurar a todos o direito a solução dos conflitos pelos meios adequados à sua natureza e à peculiaridade de cada caso. Dentre esses meios, a mediação e a conciliação ganham destaque especial, já que retiram do Judiciário o ônus de solucionar questões pelo método invasivo das decisões impostas pelo Julgador, decisões que privam as partes da possibilidade de participarem da construção da solução.

Através da Resolução nº 125, o CNJ demonstra que está em sintonia com os novos tempos, optando por incentivar a cultura da pacificação social participativa, concitando cada membro em conflito à atuação eficiente e próativa. Assim, valoriza o indivíduo, tornando-o parte do processo de construção de soluções, não o alienando, mas integrando-o, valorizando-o.

Desenvolvendo o tema, a mediação foi conceituada como meio alternativo de solução de conflitos, assim como a conciliação. Meio em que as próprias partes são chamadas a construir a solução para o conflito, sem que tenham que ceder, sem que tenham que perder, lastreadas na técnica de acomodação de interesse.

Técnica mais moderna do que a conciliação, a mediação concita os contendores a entenderem, pela via da alteridade, o que os levou ao conflito. Fomentando o senso de ética, conduz as partes a uma compreensão ampliada do outro. É a ética da plenitude que permite aos contendores terem empatia uns com os outros. Ao se colocarem no lugar do próximo,

estimula-os a uma atitude fraternal em meio a qual são capazes de construir soluções que os integre ao invés de desagregá-los.

A cultura da mediação, assim, difere da cultura da conciliação porque, enquanto esta insiste no método do cada um deve perder um pouquinho para o bem de todos, a mediação busca demonstrar que todos podem ganhar quando forem - eles próprios – capazes de construir a solução.

A mediação, assim, é técnica de construção de entendimento, de conscientização de que não se está só na sociedade e, portanto, deve haver lugar para todos na sociedade e, havendo interesses em conflito, há que se buscar compreender as razões do outro, colocando-se no lugar do outro, sentindo empatia por este, para se ser capaz de valorizá-lo como pessoa humana e membro do mesmo corpo social. Alcançando-se a dimensão do outro, a mediação propõe a união e a integração. Unidas e integradas, as partes de um conflito são capazes de esquecer desavenças e alcançar a pacificação através de soluções por elas construídas.

O mediador, portanto, não dita soluções. É um profissional que domina a investigação do problema, treinado que é na arte da escuta e da condução das partes a uma reflexão objetiva e abrangente da questão. Sem perder a imparcialidade, concita as partes a uma análise dos pontos fortes e fracos de suas posições, levando-as a perceber o que as une e, ao descobrir o que as aproxima, leva-as a repensar posições e a construir soluções de consenso, calcadas na valorização do outro enquanto pessoa humana e detentor de direitos iguais. O mediador, portanto, é um facilitador, auxiliando as partes, sem as obrigar, a perceber, de forma cooperativa, as suas responsabilidades, e, percebendo-as, facilita-lhes a criação de uma solução justa e equilibrada para os seus problemas. Desse modo, a mediação respeita plenamente todas as expectativas em jogo, averiguando os interesses das partes que vão para além dos meramente econômicos e materiais, já que busca criar laços ou preservar laços existentes entre os contendores. É, portanto, um meio de resolução cooperativa de problemas, que busca, acima de tudo, pôr as partes lado a lado, cooperando uma com a outra na construção do consenso como parceiros e não como adversários.

O mediador de conflitos não tem autoridade sobre o encaminha-

mento da solução, são as partes que têm total domínio da decisão, o mediador apenas formula perguntas para além do senso comum. O mediador é um profissional capacitado especificamente em técnicas de comunicação e gestão de conflitos, treinado na capacitação das partes a encontrarem saída para a situação de impasse, ajudando-as a ampliar horizontes e visões, assim, naturalmente, nasce das partes as alternativas para resolver o conflito de forma justa e equilibrada.

Na área da saúde, o mediador deve ter, ainda, conhecimento técnicos para que seja capaz de formular perguntas adequadas.

Conclusão

Diante da grandeza e satisfação trazida às partes pela mediação, devemos repensar o papel do advogado na condução do conflito, visto que os advogados são adestrados para o litígio, para a briga, para a defesa egoística dos interesses de seus clientes sem serem capazes de ver o outro, compreendê-lo, integrá-lo. Logo, nesses novos tempos, de novas habilidades, as faculdades de direito devem esmerar-se na formação dos bacharéis com novas cadeiras, estimulando os alunos a desenvolverem a arte da mediação, arte tão cara ao ser humano e tão esquecida nos bancos acadêmicos.

Ao mesmo tempo em que os novos tempos chamam o homem a uma atitude colaborativa, a uma conscientização de que é indispensável que as soluções dos conflitos nasçam dos próprios contendores, o mundo moderno também é demarcado pelo crescimento do conflitos e da impaciência do homem e total intolerância às frustrações. Nossa sociedade é marcada pela vitimização. Todos se sentem vítimas de algo e, assim se sentindo, buscam ressarcimento e não entendimento.

O desafio é construir um campo propício à mediação em uma sociedade individualista, em uma sociedade do “espetáculo” como bem lembrou a palestrante, Dra. Angelica Carlini, sociedade que evoluiu na crença de que tudo se pode comprar; compra-se segurança, conforto, bem-estar, amor, saúde.

Como fazer conciliação em uma sociedade sem facilidade para con-

ciliar, em uma sociedade despolitizada que confunde cidadão com consumidor?! Há que se fazer um esforço para se construir a alteridade da dimensão do outro. Ingressamos na era da compreensão de que não há direitos não absolutos porque a cada direito corresponde um dever; muitas vezes, o dever é o de compreensão do direito alheio, do espaço alheio, do respeito ao entendimento contrário, ao interesse contrário, ao pensamento que, embora diferente, não signifique um inimigo, mas uma pluralidade, uma diversificação, um engrandecimento do horizonte social.

Dialogar com qualidade é o que se requer de um mediador. Mediadores que conduzam as partes à compreensão de que o conflito pode ser uma grande oportunidade de crescimento e enriquecimento.

Com a Resolução nº 125 do CNJ, a mediação se coloca como uma questão de Estado, e não de governo, já que governos passam com seus pensamentos transitórios, mas o Estado se sobrepuja a tudo isso no interesse do cidadão e do respeito a seus direitos sociais e da personalidade.

A mediação foi abordada pelas palestrantes com um toque magistral. Abrindo o seminário, o tema estimulante brilhantemente conduzido trouxe aos participantes um alento ao coração e a ânsia pelo mergulho na arte da mediação, já que, guiados pelo senso de Justiça, somos forçados a concluir que a melhor solução para um conflito é, inegavelmente, aquela que nasce dos próprios litigantes.

Um projeto utópico a mediação?! Não, um projeto que busca resgatar no homem seus melhores sentimentos, sua justiça inata, sua ética mais refinada.

Assim, abriram-se os trabalhos do seminário e o clima de união e integração apoderou-se dos presentes que, certamente, voltaram a seus lares enriquecidos com a experiência. ♦

Mediação Pré-Judicial (Mediação Prévia)

Vânia M. N. Gonçalves¹

Modernamente o estudo do direito iniciou uma nova fase, com olhos voltados para a segurança jurídica, a celeridade, a informalidade, entre outros aspectos, em função da mudança do paradigma que norteia o pensamento jurídico mundial, que é o da valorização do princípio da dignidade da pessoa humana.

No direito brasileiro não foi diferente. O Estado, que detém o monopólio da jurisdição, entendeu a necessidade de renovação e com a preocupação focada na celeridade, informalidade, diante disso, começaram a surgir alterações legislativas de direito processual civil e penal em vários países, como também chamou a atenção para formas alternativas de composição de conflitos, sejam judiciais e extrajudiciais.

É de sabença que as soluções de conflitos podem advir da própria vontade dos interessados, como expressão de sua autonomia pessoal, ou provir do Estado em razão de exigências sociais.

Quando falamos em forma alternativa de conflitos obrigatoriamente temos que nos referir à legislação dos Estados Unidos, que é extremamente avançada, pois prevê formas visando à celeridade, uma vez que a cultura norte-americana sempre foi voltada para o pragmatismo, despindo-se ao máximo das formalidades jurídico-processuais; estas deixadas para os casos que realmente vão a julgamento.

Em nosso país, assim como em outros, não foi diferente a adesão ao princípio da celeridade processual, a ponto do Código de Processo Civil passar, e ainda está passando, por várias modificações, desde inovações até

¹ Juíza de Direito da 2ª Vara de Família de Teresópolis.

alterações da legislação, que já se faziam necessárias, não só em virtude da mudança de pensamento dos estudiosos, como também, pela defasagem do texto legal em relação à vontade social.

Como exemplo, temos o Projeto de Lei 94/2003, originariamente Projeto de Lei nº 4.827-b/1998 de autoria da deputada Zulaiê Cobra, em que se pretende regulamentar o instituto da mediação, sendo certo que o Instituto de Brasileiro de Direito Processual – IBDP apresentou substitutivo àquele projeto com melhor explicação e regulamentação no que concerne ao instituto da mediação no direito brasileiro, prevendo, inclusive, a mediação extrajudicial como forma alternativa de conflito.

Enquanto isso, vimos surgir no direito brasileiro, mais precisamente nos juízo de família, a conciliação prévia; no juízo cível, os juizados de pequenas causas que posteriormente foram denominados juizados especiais cíveis e criminais, mas todas essas são formas judiciais de resolução de conflitos, mas de uma forma geral a legislação brasileira parece caminhar ao encontro da permissão do surgimento de outras formas extrajudiciais de solução de conflito.

Como exemplo de tentativa de solução pacificadora, enquanto juíza da vara de família de São João de Meriti, antes de iniciar as audiências, apresentava fita contendo manifestações, explicações e aconselhamentos por parte da equipe interdisciplinar.

Após, iniciava a conciliação explicando o que é a conciliação. Esclarecendo que é a possibilidade de eles (Autor e Réu) solucionarem o impasse surgido fazendo um acordo, tentando conscientizá-los e informá-los da importância de que ambos podem e devem ter por si sós na solução do processo, tendo em vista que eles próprios são os melhores para saber o que podem ou não “abrir mão” do que desejam para chegarem à solução do conflito.

Mas, com o decorrer dos anos, verifiquei da necessidade de profissionais mais técnicos agirem antes de começarem os conflitos. Assim, encaminhei, através de ofício ao Presidente, projeto de implantação de mediação em São João de Meriti, que ora transcrevo por ser autoexplicativo.

Senhor Presidente:

Tenho a honra de encaminhar a V.Exa. o Projeto de Mediação a ser implantado na 1ª Vara de Família desta Comarca, a fim de requerer a aprovação e o apoio necessários para implantação do referido projeto (em anexo).

A proposta tem como objetivos à conscientização das partes envolvidas em processos de Vara de Família, e a dinamização da atividade jurisdicional, considerando o elevado número de processos tramitando em Varas desta competência.

Para tanto se propõe a criação e consequente implantação de Mediação no âmbito da 1ª Vara de Família, sob a coordenação da Dra. Giane Quinze Dia, tendo em vista que a mesma foi convidada a apresentar um Projeto à AMAERJ, EMERJ e ESAJ do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro por consequência do Concurso de Monografias Evandro Lins e Silva em que o tema Mediação: solução para agilização e modernização da justiça ganhou em primeiro lugar na categoria Alunos da Emerj em 2003.

Ademais, Giane tem um tema pronto **“PROJETO PARA A IMPLANTAÇÃO DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA JUSTIÇA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO”**.

A equipe seria formada por profissionais com visão interdisciplinar, constituída por psicólogos, assistentes sociais, conciliadores e mediadores.

A iniciativa que ora se exhibe traduz parte de um complexo de providências a ser complementado oportunamente, tais como: a) local, solicitando, desde já, a atual estrutura utilizada pela Vara de Infância e Juventude, tendo em vista a inauguração do prédio anexo; b) psicólogo e assistente social; c) ajuda de custo para os mediadores.

A relevância da função jurisdicional para a solução dos conflitos torna imperativa a conscientização das partes envolvidas nestes conflitos, para uma solução mais participativa.

Daí a presente proposição da implantação da Mediação neste Juízo.

Aproveito a oportunidade para apresentar meus protestos de elevado apreço e distinta consideração.

ANEXO

1 - Introdução

As observações e proposta que se seguem resultam da experiência de trabalho na Vara de Infância e Juventude e na Vara de Família que, apesar das especificidades de cada uma, guardam afinidades com o trabalho desenvolvido nas demais Varas de Família, que de certo, sofrem com as mesmas carências e dificuldades enfrentadas.

2 - Características

Trata-se de uma comarca localizada na Baixada Fluminense densamente povoada e com uma população de baixo poder aquisitivo, do que resulta alto nível de desinformação, resultando esses fatores numa gama de problemas de natureza familiar altamente diversificado gerando situações, não raras graves, de natureza social, diversa da natureza jurídica.

A maior parte dos processos das Varas de Família desta Comarca advém do núcleo da Defensoria Pública, que, como é de sabença, não pode, em razão do número elevado de serviço, atender com a devida presteza e fazer um trabalho social com as partes. Apresenta um trabalho técnico, sem, contudo, um prévio trabalho para tentar dirimir e solucionar o conflito apresentado. Além do que, não pode fazer um trabalho de aconselhamento e acompanhamento junto aos jurisdicionados que assiste.

3 - Deficiências em razão da situação atual

Em razão do exposto acima, os conflitos apresentados à Vara de Família, que trazem em seu bojo uma profunda carga emocional, de certo, não são solucionados, com a devida profundidade apenas com a prestação jurisdicional desenvolvida pelo Magistrado.

Como comprovação de tal fato, temos que as demandas nestas Varas

são intermináveis, posto que, ao se solucionar o problema de plano, tais como com a fixação de alimentos, com a prolação das sentenças, as demandas, constantemente, retornam ao Juízo com problemas coligados.

Isto porque, ao se prestar à jurisdição, solucionando a questão de direito, não se soluciona, de fato, a questão de fundo, que na maioria das vezes diz respeito ao aspecto emocional das partes litigantes nestes processos. De certa forma porque as partes não aceitam ou não entendem a prestação jurisdicional; de outra parte não possuem assistência anterior para compreensão da questão posta em juízo, nem tampouco posterior para dar continuidade ao entendimento e aceitação da questão solucionada no plano do direito material.

Assim, como resultado dessa deficiência, os processos retornam ao magistrado com conflitos, tais como regulamentação de visitas não cumpridas, guarda de filhos, busca e apreensões, execuções, para solução.

De fato cabe ao magistrado solucionar tais questões postas em juízo, porém sabemos que não é solução fácil, porque, na verdade trata-se de desestruturação de uma família, com consequências, quase sempre profundas nas crianças, que são a parte mais fraca.

4 - Experiências

A ideia de implementação de uma equipe interdisciplinar com o trabalho de Mediação na vara de Família, tem razão de ser pelo fato de esta magistrada ter assistido a uma palestra da Ministra Fátima Nancy Andrighi sobre o Juizado Especial de Família (constante da Revista Especial da Emerj, parte II, julho/02 abril/03, pág. 102/106), em que foi explanada a experiência do Tribunal de Justiça de Pernambuco, no Fórum de Recife, onde os casais são conduzidos a uma sala especial, chamada de “sala de sensibilização”.

Nessa sala os casais encontrarão uma equipe de facilitadores com visão interdisciplinar, formada por psicólogos, assistentes sociais, terapeutas familiares, que agilizam e otimizam a atuação do Judiciário da seguinte forma: os Juízes das Varas de Família marcam audiências para um deter-

minado dia da semana e todos esses casais, em vez de serem encaminhados ao respectivo Juízo, são conduzidos à “sala de sensibilização” devidamente preparada para recebê-los, sendo então apresentados ao psicólogo, ao terapeuta e ao assistente social.

A palestra tem início com a participação da psicóloga, que trabalha a parte de conscientização do casal no sentido de que os problemas familiares sejam por eles resolvidos sem a interferência de outras pessoas, ao mesmo tempo em que explora o aspecto de estarem frente a frente e poderem conversar com o auxílio de um mediador. Ali, eles também recebem informações concernentes à morosidade e à complexidade do processo judicial e são incentivados, de várias formas, à conciliação.

Também há o enfoque na exploração do desgaste físico provocado pelo ato de reviver situações conflituosas, que pode acontecer por ocasião de eventual audiência futura de colheita de provas, ou seja, o trabalho técnico desses profissionais procura demonstrar que os erros e queixas do passado devem ser deixados de lado, viabilizando ainda mais a hipótese de conciliação, necessariamente pela conscientização de que cada um tem que recuar um pouco para ambos avançarem.

Com essa modalidade de atendimento, o casal é conduzido a priorizar a relação pai e mãe em lugar da relação marido e mulher, com o fito de valorizar o bem-estar dos filhos e garantir-lhes o direito a uma convivência tranquila com ambos.

Insta salientar o fato de que as causas apresentadas nas Varas de Família encontram-se lastreadas de interesses psíquicos, alguns até, por sua natureza, inacessíveis, tornando-se imprescindível a disponibilidade de informações técnico-científicas capazes de possibilitar um julgamento justo e adequado e conseqüentemente balizar o comportamento dos profissionais que atuam nessas Varas, como o Juiz e o Advogado, no sentido de que estes adotem uma postura mais precisa na posição de pacificador, conciliador, mediador, serenador das almas.

Como dito acima esta magistrada foi titular da Vara de Família e Infância e Adolescência, na qual funcionava a Equipe Interdisciplinar, formada por 03 assistentes sociais e 01 psicóloga, atualmente formada por 05

assistentes sociais e 01 psicóloga, que desenvolvia trabalhos junto à Vara de Família, notadamente, no que diz respeito à guarda, tutela, busca e apreensão, e demais conflitos a envolver crianças, bem como nas separações Judiciais, com resultados positivos.

Até porque, cumpre a quem lidar com problemas de família e, principalmente das crianças, ser extremamente cauteloso, pois, qualquer mudança na vida de uma criança pode trazer repercussões funestas na sensibilidade infantil.

Destarte as partes envolvidas em litígio por vezes necessitam de apoio psicológico para solucionar problemas graves, tais como violência doméstica, alcoolismo.

Por diversas vezes, em audiência, o Juízo conseguiu convencer o (a) alcoólatra a participar do AA por um tempo; suspenso o feito, e, não raro, as partes desistiam do feito, após o prazo da suspensão, tendo em vista terem conseguido solucionar a causa da separação no caso o alcoolismo.

Isto porque, não muitas das vezes as partes não conseguem enxergar a violência cometida e, também, não possuem pessoas aptas com quem falar e a orientá-las, e quando encontram ambiente próprio para isto, falam e tem chances de recuperação.

Porém, esse tipo de conversa informal para os juízes às vezes torna-se difícil, pois via de regra tem-se uma pauta sobrecarregada, além do que, se os magistrados, com todos os problemas inerentes ao acúmulo de serviço, consegue alguns resultados na prática, decerto, os resultados diante da técnica da Equipe Interdisciplinar seriam indubitavelmente melhores e certos.

5 – Finalidade

Possibilitar que as pessoas tenham acesso à equipe para que possam tirar dúvidas, canalizar os conflitos e discriminar responsabilidade entre os genitores a respeito de seus filhos, e após a decisão judicial, ajudar na compreensão da nova situação apresentada.

De outra forma, agilizará a entrega da prestação jurisdicional, na

medida em que as partes se conscientizarem da importância da formulação de um acordo.

6 – Conclusão

Neste sentido, acredita-se que a existência de uma sala de conscientização, junto à equipe interdisciplinar em cada Juízo de Família, possibilitaria o enfrentamento das questões sociais e emocionais.

Para finalizar encampamos as palavras de Waldyr Grisard Filho :²

*“Enquanto alternativa inovadora às formas tradicionais de resolução de conflitos, a mediação oferece ao casal em fase de separação ou divórcio um contexto adequado à negociação, possibilitando a sua autodeterminação para garantir a continuidade das relações paterno-filiais, fomentar a co-parentalidade, prevenir os inadimplementos de acordos de regulação do exercício do poder familiar e alterar formas de comunicação disfuncionais ao reforçar a capacidade negocial do casal. É um técnica interdisciplinar, subsidiária e complementar ao Judiciário, que deve reconhecer nas pessoas interessadas a capacidade e responsabilidade na resolução de seus próprios conflitos, intrinsecamente pessoais, cujas intimidade e vida privada são direitos fundamentais seus. A intervenção estatal, dizem Antônio Farinha e Conceição Lavadinho, é reservada à salvaguarda do interesse do menor (...). A desjudiciarização das questões familiares tem, assim, apenas como limites a justiça e a equidade”.*³ ◆

2 FILHO, Waldyr Grisard, “O Recurso da Mediação nos Conflitos de Família”, **Revista Brasileira de Direito de Família**, n 14, Jul.Ago.Set/2002

3 FARINHA, A. H. L. Lavadinho, **Mediação familiar e responsabilidade parentais**. Coimbra, Almedina, 1997, p. 35, in obra citada de Waldyr Grisard.

X Seminário – Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde (A Mediação Pré-Judicial)

Viviane Vieira do Amaral Arronzenzi¹

1º tema abordado: A Mediação Pré-Judicial

A mediação se apresenta como uma possibilidade de resolução de conflito sem a judicialização. Uma das fontes de estudo deste instituto são os chamados ADR (alternative dispute resolution), que se trata de forma de mediação de origem norte-americana.

As soluções dos conflitos podem ser adjudicadas, seja pela via heterônima através de uma sentença, ou realizadas pelas próprias partes.

Deve ser destacado que o instituto da mediação não tem paralelo com a conciliação, posto que sejam formas muito distintas de composição de conflito.

Enquanto na mediação tem que haver um afastamento quanto ao tema por parte do mediador, o que implica a não atuação do magistrado, na conciliação não há este impedimento. Em regra, o próprio magistrado realiza a conciliação.

Na conciliação existe uma espécie de condução das partes para que, através de concessões, se obtenha uma solução.

Já na mediação as partes encontram através de indagações e reflexões formuladas pelo mediador e por elas próprias, um entendimento das razões alheias e pacificam a questão inicialmente proposta.

No Estado do Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça, através de parcerias com o Poder Público e o Privado tem realizado projetos piloto de

¹ Juíza de Direito da 38ª Vara Cível - Capital.

formação de mediadores, junto a instituições de ensino, policiais com participação nas unidades de polícia pacificadora e outros.

Busca-se desta forma uma paz social há muito perdida na vida da sociedade hodierna.

A evolução cultural e social tornou inviável a existência da mediação, diante da distorção de valores, como supervalorização do consumismo e hipersensibilidade as negativas.

Não existe mais espaço para a reflexão e os valores de pessoas mais experientes não são considerados. A utilização da mediação para a composição de conflitos implicará uma modificação da postura social.

A Resolução 125 do CNJ de 29/10/10 traz uma política pública de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, sendo certo destacar que desta forma se fixa o dever do Poder Público em custear esta referida política pública.

Deve ser realizado um incremento da cultura de pacificação social, em que ocorra a desconstrução do conflito (aspecto subjetivo) e a construção da solução em coautoria (aspecto objetivo).

Desta forma as partes em conflito são responsáveis por construir a solução em coautoria, em que será realizado um diálogo qualificado pela alteridade. As razões do outro serão entendidas e não relevadas.

A ética nos processos de mediação é no sentido da compreensão ampliada do outro, observa-se que o outro não é um opositor e sim, alguém que tem suas razões.

É redundante dizer que a mediação é a melhor solução; nesta não há sensação de perda, no sentido de ceder um pouco para ganhar um pouco, mas sim de uma construção de resolução, em que ocorre um verdadeiro “ganha-ganha”.

O mediador não exerce maior autoridade do que as próprias partes, sua função é formular questões corretas. Assim sendo, necessita de formação multidisciplinar, para indagar questões além do senso comum.

Idealmente deve ter a sua disposição uma equipe multidisciplinar para dar suporte nas questões técnicas.

Neste tópico a Palestrante Dra. Angélica destaca sua convicção de

que nos setores de saúde pública e privada deve haver uma qualificação específica para o mediador.

Ressalta, ainda, que a formação dos advogados no Brasil não tem características de mediação, posto que a ênfase do estudo é no direito processual e instrumentos referentes à judicialização dos conflitos. Deste modo, assevera que este fator é mais um entrave para a disseminação da mediação no Brasil.

Não olvida os padrões sociais em que todos se consideram vítimas e possuem baixíssima resistência às frustrações. Destacando que a atual sociedade é individualista e de espetáculo. Visa-se ao consumo de amor, bens, saúde,...

Assevera que existem diferenças pontuais entre o consumidor e o cidadão e que o fato de o CDC ter surgido no ordenamento jurídico em época tão próxima à CRFB, causou distorções de valores.

Desta forma, os direitos não podem mais ser absolutos e os deveres devem ser observados. Destaca que o doutrinador Norberto Bobbio declarou ao final de sua vida que deveria escrever também sobre os Deveres Absolutos.

Coloca o conflito como uma oportunidade para o incremento da mediação. Afirma que esta forma de composição deveria ser um programa de Estado e não de Governo, assegurando assim a continuidade do mesmo, independentemente do gestor público em exercício.

O Judiciário não pode ser o *locus* para a resolução de questões de saúde. Necessária a existência de núcleos de assessoria de medicina, baseada em evidência, ocorrendo um debate político e social para a solução das questões de saúde.

Considerando que a mediação é fase pré-judicial e como bem asseverou a palestrante também prejudicial à ação judicial, não há qualquer tipo de jurisprudência para colacionar no presente resumo.

2º tema abordado: Ação Civil Pública – Revisão dos Contratos por Nulidade de Cláusulas e Preservação do Equilíbrio Contratual

Discorre-se sobre a função social dos contratos, assegurando que não se visa mais à super proteção dos direitos subjetivos, mas sim, a função social envolvida no contrato em questão.

Destaca-se o art. 421 do CC, bem como o art. 2035, parágrafo único do mesmo diploma, que trazem uma noção de ordem pública para o direito contratual.

Assevera-se que há contratos de consumo que têm função social, bem como outros em que a função é meramente patrimonial. Os contratos de saúde, por excelência se enquadram na primeira classificação.

Assim sendo, quando ocorre uma violação desta função social, há necessidade da intervenção judicial.

O equilíbrio do contrato e sua revisão serão observados sempre com respeito à comutatividade do mesmo. Destacando que esta característica é essencial ao contrato em questão.

Deve haver uma relativa equivalência dos valores entre as prestações das partes. Afirma o Palestrante que “Quando houver a revisão do contrato, a decisão deve observar o equilíbrio do contrato.”

Conclui-se sua exposição assegurando que é possível a utilização da ação civil pública na revisão do contrato de plano de saúde, posto que se almeja a tutela de interesses coletivos *stricto sensu*.

Colaciona-se que, em São Paulo, já houve julgado no Tribunal de Justiça no sentido de que não seria possível o manejo da ACP. Contudo destaca que doutrinadores como Pedro Lenza e Watanabe admitem a utilização desta ação constitucional.

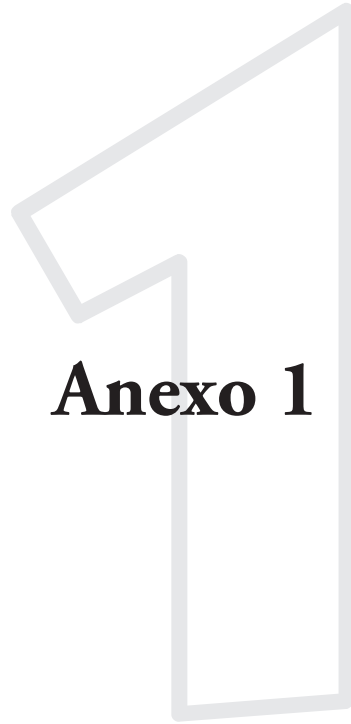
Por fim, enfatiza-se que nas decisões judiciais deve ser preservada a isonomia dos demais consumidores no exemplo dos contratos com coberturas diversas e valores também diversos. Posto que, se na decisão judicial se determinar a abrangência de sinistro não coberto, ocorrerá a lesão por via transversa de direito de outro consumidor que pagava mais caro por um contrato de cobertura mais ampla à toa.

Trago à colação ementa de acórdão em que se admite a legitimidade do Ministério Público para ingressar com ACP na tutela de interesses de consumidores de plano de saúde.

Julgado pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na Apelação Cível 19211/2003, relatora Des. Valéria G. da Silva Maron.

Ação civil pública proposta pelo Ministério Público visando coibir aumentos irregulares dos planos de seguro saúde. Legitimação concorrente do Parquet para a defesa dos direitos individuais homogêneos. Acolhimento integral do parecer. Provimento do recurso, para, afastada a preliminar de ilegitimação, ser decidido o mérito. ◆





Anexo 1



Programação do Curso

X Seminário – Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde

1º dia – 5ª feira – 17 de novembro de 2011

Cerimônia de Abertura:

Dr. José Carlos Abrahão

Des. Henrique Carlos de Andrade Figueira

Des. Antonio Saldanha Palheiro

Dr. José Cechin

2º dia – 6ª feira – 18 de novembro de 2011

17h/18h

Painel 1 – Mediação Pré-Judicial

Participantes:

Des. Marilene Melo Alves

Dr^a Angélica Carlini

18h/19h

Painel 2

Ação Civil Pública – Revisão dos Contratos por Nulidade de Cláusula e a Preservação do Equilíbrio Contratual.

Participantes:

Des. Alexandre Câmara

Dr. Henrique Freire

19h/20h

Painel 3 – A Visão do Banco Mundial sobre os Impactos da Judicialização no Brasil

Participante:

Dr. André Médici

3º dia – Sábado – 19 de novembro de 2011

17h/18h

Painel 1 – Regulação pelo Serviço Público e Intervenção

Legisferante

Participantes:

Dr Gustavo Binenbojm

18h/19h – Painel 2

O Relacionamento Público Privado no Âmbito da Saúde

Participantes:

Dr. Regis Fichner Pereira

Dr. Hans Dohmann

Dr. Dr. Paulo Lins

Dr. Francisco Balestrin

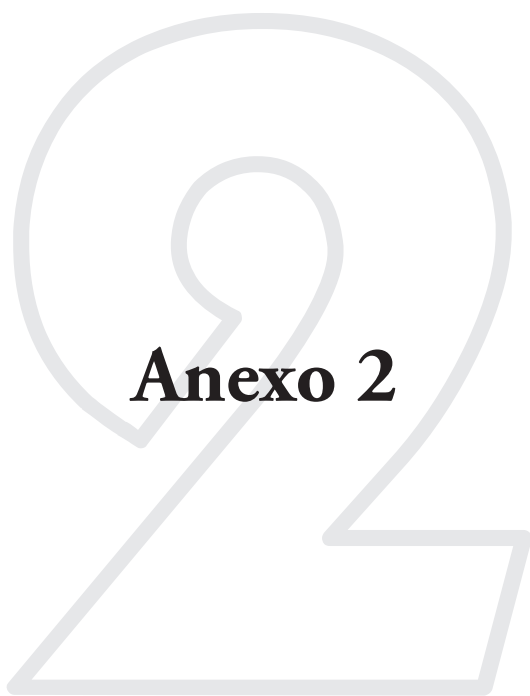
19h/20h

Palestra sobre Mecanismos e Solução Rápida de Conflitos

Participante:

Ministro Fux

20h – Cerimônia de Encerramento



Anexo 2



EMERJ

**PROCESSO Nº 2011309****PARECER Nº 2011309 – 0012011****INTERESSADA: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ****CURSO: Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde**

Senhora Coordenadora de Ensino,

I – Relatório

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, encaminha a esta Enfam, através do Sisfam, em 27 de setembro de 2011, para fins de credenciamento, o projeto do curso denominado “Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde”, oferecidas 95 (noventa e cinco) vagas.

O curso, ora em exame, sob a modalidade presencial, com carga horária de 10 (dez) horas-aula, será realizado no período de 17 a 20 de novembro de 2011.

Em sua justificativa assim aduz a escola:

“O curso surge como uma necessidade de discussão acerca dos avanços e perspectivas para o aperfeiçoamento de instrumentos que possam promover a solução mais rápida dos conflitos em Saúde Suplementar. A alta intensidade deste tipo de demanda judicial gera novas dificuldades, em especial a de se atender de forma efetiva e segura estas demandas. Convergência importante em todos os estudos e discussões acerca da temática é a necessidade da ampla interlocução entre os diferentes atores sociais envolvidos na efetivação do direito à saúde. A necessidade desta interlocução foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que realizou em maio de 2009, uma audiência pública com tal finalidade. Pode-se concluir das apresentações na referida Audiência, que os caminhos para a efetiva prestação jurisdicional e de saúde devem ser construídos por meio de iniciativas conjuntas, inclusive buscando-se medidas extrajudiciais de solução de conflitos, de acordo com as realidades nos diferentes locais onde surgem as demandas.”.

O curso tem como objetivo geral sistematizar e debater a evolução das políticas públicas de humanização dos serviços de saúde no Brasil. Considerando o aumento das ações judiciais relativas ao sistema de saúde, faz-se necessária uma ampla discussão com e entre os Órgãos de Execução do Governo, do Poder Judiciário, Operadoras

Superior Tribunal de Justiça
Superior Tribunal de Justiça

2

de Saúde e Instituições Reguladoras de Saúde a fim de se tentar soluções capazes de atender não apenas as vicissitudes da sociedade mas também de possibilitar melhor desempenho dos participantes neste processo.

Especificamente, pretende a Escola proporcionar uma reflexão sobre os benefícios da mediação para a população e para o próprio Poder Judiciário, em todos os âmbitos e setores da sociedade. Transformar o ouvinte em um agente divulgador e incentivador da mediação pré-judicial.

Quanto ao que diz respeito à abordagem pedagógica, o “Curso Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde” desenvolver-se-á por meio de um trabalho interativo, com aulas expositivo-dialogadas, voltadas para o desenvolvimento de habilidades e competências atinentes à profissão da clientela-alvo, no âmbito do cotidiano forense. Nesse viés, o trabalho pedagógico assumirá, com o foco escolhido, uma formação baseada na interação entre teoria e prática, desde o início do curso, com vistas ao aprimoramento de magistrados já experientes, buscando, desta forma instrumentalizá-los para as decisões adequadas e pertinentes ao tema proposto.

A avaliação dos cursistas está condicionada aos seguintes critérios: relacionamento interpessoal, pontualidade, interesse, postura, participação nas atividades presenciais da classe, além de frequência mínima de 75% (setenta e cinco por cento) das aulas do curso na modalidade presencial; essa aferição é feita mediante lista de presença. A avaliação de aproveitamento e a certificação no curso abrangerão o aferimento do conhecimento intelectual nas disciplinas teóricas, por meio de atividades práticas, trabalhos ou outras atividades acadêmicas propostas pelo professor no decurso da disciplina ou do módulo ministrado, além do aproveitamento no trabalho de conclusão do curso. O trabalho de conclusão do curso tem o propósito de estimular a produção científica na área jurídica, com ênfase na temática dos Novos Direitos, o estudo aprofundado da doutrina jurídica e da legislação brasileira, o desenvolvimento da técnica de interpretação e análise de dados e o desenvolvimento do pensamento crítico. A esse trabalho será atribuído conceito muito bom, bom, regular ou insuficiente, segundo avaliação a cargo do coordenador do curso. No intuito de uniformizar os trabalhos acadêmicos a Escola da Magistratura do Rio de Janeiro padronizou a formatação dos mesmos, seguindo as normas da ABNT.

Superior Tribunal de Justiça
Superior Tribunal de Justiça

3

Os cursistas deverão avaliar o curso através do preenchimento de folha própria de avaliação, considerando critérios elencados no projeto.

O conteúdo programático está assim esquematizado:

Carga horária total: 10 horas-aula

TEMA I – PROCESSO CIVIL	CARGA HORÁRIA
MEDIAÇÃO PRÉ-JUDICIAL	1 horas-aula
EMENTA	
Aplicação da Lei nº.9.307/96 em seus diferentes âmbitos.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
Expansão das relações sociais e conseqüente aumento do grau de litigiosidade da sociedade brasileira. Demandas do Poder Judiciário. Formas de administração da Justiça. Ampliação da resolução de conflitos através da mediação e conciliação. Iniciativas dos tribunais, empresas, agências reguladoras e associações de classes. A aplicação da Lei nº.9.307/96.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Proporcionar uma reflexão sobre a utilidade do manuseio da Ação Civil Pública como instrumento de justiça e equilíbrio contratual.	

TEMA II – PROCESSO CIVIL	CARGA HORÁRIA
AÇÃO CIVIL PÚBLICA - REVISÃO DOS CONTRATOS POR NULIDADE DE CLÁUSULA E A PRESERVAÇÃO DO EQUILÍBRIO	2 horas-aula
EMENTA	
A interpretação extensiva sobre a propositura de Ação Civil Pública.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
Âmbito de aplicação da Ação Civil Pública. Os Contratos de adesão. A função social do contrato e o pacto <i>sunt servanda</i> . Efeito da declaração de nulidade de cláusula sobre o contrato como um todo.	
OBJETIVO ESPECÍFICO	
Proporcionar uma reflexão sobre a utilidade do manuseio da Ação Civil Pública como instrumento de justiça e equilíbrio contratual.	

TEMA III – PROCESSO CIVIL	CARGA HORÁRIA
A VISÃO DO BANCO MUNDIAL SOBRE OS IMPACTOS DA JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL	2 horas-aula
EMENTA	
Política, judicialização da política e das instituições.	
CONTEÚDO PROGRAMÁTICO	
A separação dos poderes. O fenômeno da judicialização no Brasil. Conseqüências. Parâmetro para a intervenção do Poder Judiciário nas decisões políticas. A judicialização racionalizada em busca da efetividade dos direitos fundamentais constitucionais.	

Superior Tribunal de Justiça
Superior Tribunal de Justiça

4

OBJETIVO ESPECÍFICO

Proporcionar ao ouvinte uma reflexão sobre os problemas oriundos do fenômeno da judicialização e as soluções surgidas no Direito Comparado.

TEMA IV – DIREITO ADMINISTRATIVO**CARGA HORÁRIA****RELACIONAMENTO PÚBLICO PRIVADO NO ÂMBITO DA SAÚDE****2 horas-aula****EMENTA**

O poder regulador do Estado sobre as ações e os serviços de saúde.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO

Regulação dos serviços privados de saúde pelo Poder Público. Contratação de serviços em hospitais com intuito lucrativos e filantrópicos. O fenômeno da contratualização. Contratos de gestão e convênios. Parcerias público-privadas. Licitações.

OBJETIVO ESPECÍFICO

Proporcionar uma reflexão sobre as vantagens e desvantagens dos modelos de saúde públicos, privados e filantrópicos, os avanços em cada setor e os destinos da saúde no Brasil.

TEMA V – PROCESSO CIVIL**CARGA HORÁRIA****MECANISMOS E SOLUÇÃO RÁPIDA DE CONFLITOS****2 horas-aula****EMENTA**

A expressão das competências do Poder Judicial.

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO

Instrumentos de pacificação social clássicos: a figura do Estado - juiz e asfixia do Poder Judiciário. Razões do incremento do grau de litigiosidade da sociedade brasileira. Instrumentos alternativos para a solução mais rápida dos conflitos. A conciliação, a mediação e arbitragem. Vantagens dos meios alternativos.

OBJETIVO ESPECÍFICO

Proporcionar ao magistrado os instrumentos para o acesso do consumidor à Justiça: os interesses metaindividuais, interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. As práticas ilícitas nas relações de consumo. Repressão penal do fornecedor. Crimes de consumo. Crimes em espécie. Agravantes e atenuantes dos crimes de consumo. A atuação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais dando efetividade ao comando constitucional quanto à garantia da celeridade na tramitação do processo (art.5º, LXXVIII, CRFB).

TEMA VI – DIREITO ADMINISTRATIVO**CARGA HORÁRIA****REGULAÇÃO PELO SERVIÇO PÚBLICO E INTERVENÇÃO LEGIFERANTE****1 horas-aula****EMENTA**

Apanhado da doutrina e jurisprudência a respeito das Agências Reguladoras, suas características e função normativa.

Superior Tribunal de Justiça
Superior Tribunal de Justiça

5

CONTEÚDO PROGRAMÁTICO

Contextualização histórica das agências reguladoras. Modelo de regulação tradicionalmente adotado. Direito de concorrência. Poder normativo das agências reguladoras. "Asfixia regulatória." "Intervenção legiferante".

OBJETIVO ESPECÍFICO

Proporcionar uma reflexão sobre a necessidade de melhoria da regulação feita pelo Estado e os excessos da intervenção legiferante.

A indicação dos ministrantes veio acompanhada da síntese dos respectivos currículos. Foi apresentada a bibliografia básica que será sugerida aos cursistas, assim como os meios de acesso a essa bibliografia.

É o Relatório.

II – Fundamentação

Trata-se de curso de aperfeiçoamento de magistrado para fins de promoção por merecimento. A matéria encontra-se disciplinada na Enfam, através da Resolução nº 01, de 6 de junho de 2011, - mantidas, no que couber, a Resolução nº 2/2009 e respectivas Instruções Normativas.

De acordo com o inciso II do art. 13 da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011.

“O pedido de credenciamento para a execução dos cursos de aperfeiçoamento deverá ser feito, impreterivelmente, até 30 (trinta) dias antes de seu início”.

O curso terá seu início em 17 de novembro de 2011, já o pedido de credenciamento foi recebido nesta Enfam no dia 27 de setembro de 2011. Tempestivo, portanto, o pedido.

O tema que compõe o projeto do curso em tela, se insere no conteúdo previsto nos incisos II e III do art. 8º da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011, que fala dos conteúdos programáticos.

Superior Tribunal de Justiça
Superior Tribunal de Justiça

6

Art. 8º O conteúdo programático dos cursos incluirá, no mínimo, estudos relacionados com os itens seguintes:

I – (...);

II – situações práticas da atividade judicante; e

III – temas teóricos relativos a matérias jurídicas e disciplinas afins.....”.

O conteúdo programático e a carga horária se mostram compatíveis entre si, porquanto o tema “**Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde**” - com foco em assuntos como: Mediação pré-Judicial; Ação Civil Pública, Revisão dos contratos por nulidade de cláusula e preservação do equilíbrio contratual; A visão do Banco Mundial sobre os impactos da Judicialização no Brasil; regulação pelo serviço público e intervenção legisferante; relacionamento público privado no âmbito da saúde; e Mecanismos e Solução rápida de conflitos - serão estudados em 10 (dez e duas) horas-aula, distribuídas em 06 (seis) Temas.

Pela análise dos currículos, vê-se que os ministrantes são devidamente qualificados para ministrar o curso, pois são especializados em áreas concernentes ao conteúdo programático a ser examinado.

Quanto à avaliação do cursista, convém lembrar o disposto no anexo 2 da Resolução nº 2/2009: “*torna-se importante que haja, para qualquer evento de formação e aperfeiçoamento, **instrumento de avaliação uniforme e adequado**, observadas as diretrizes estabelecidas pela Enfam para toda a ação formativa, ou seja, esta deverá contar, no mínimo, com processo e instrumentos de avaliação, entre os quais, **obrigatoriamente, um estudo de caso em que possam ser aplicados os conteúdos programáticos**”.*

No presente caso, a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, traz a informação que a avaliação de aproveitamento do curso será feita diante de um trabalho onde os alunos/magistrados aplicarão a um caso concreto o conhecimento ministrado no curso.

O curso será avaliado pelos participantes, através de preenchimento de folha própria de avaliação.

Superior Tribunal de Justiça
Superior Tribunal de Justiça

7

III – Conclusão

Diante do exposto, preenchidos os requisitos dos atos normativos que regem a matéria (Resolução nº 01, de 6 de junho de 2011, Resolução nº 2 de 16 de março de 2009 e respectivas Instruções Normativas), opino pelo deferimento do pedido de credenciamento do curso “**Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde**”, a ser realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ, como requerido.

À superior consideração.

Brasília, 03 de outubro de 2011.

Nely van Boekel
Analista Judiciário - Enfam

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS**PORTARIA Nº 301 DE 03 DE OUTUBRO DE 2011.**

Credencia o curso de aperfeiçoamento denominado **Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde**, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

O DIRETOR-GERAL DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS, usando de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Resolução nº 1 da Enfam, de 6 de junho de 2011,

RESOLVE

Credenciar, para efeitos do disposto na mencionada resolução, o curso de aperfeiçoamento denominado **Ética nos Relacionamentos do Setor Saúde**, com carga horária total de 10 (dez) horas-aula, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), nos termos do Processo nº 2011309 - Credenciamento.

Ministro Cesar Asfor Rocha
Diretor-Geral

- **IV Jornada Médico-Jurídica
de Saúde Suplementar**



Composição Alternativa dos Conflitos em Saúde

Marisa Simões Mattos Passos¹

A atividade explorada pelas operadoras de planos ou seguros privados de assistência à saúde tem enorme repercussão social, ante a situação caótica em que se encontra o sistema público de saúde, atraindo dessa forma a adesão de milhões de indivíduos em busca de proteção e segurança contra os riscos que envolvem sua saúde e de sua família, através de prestação de assistência médico-hospitalar em serviços próprios, ou de rede credenciada, ou ainda, reembolso das despesas decorrentes de eventos cobertos pelo seguro.

Indiscutivelmente, contratos como os que envolvem a saúde suplementar dizem respeito ao bem jurídico de maior relevância para o consumidor, qual seja, a saúde, pressuposto natural da existência do próprio indivíduo, que inclusive encontra proteção em sede constitucional.

As operadoras de planos e seguros de saúde exercem serviços relacionados com a assistência à saúde, sendo, portanto, nos termos do art. 197 da Constituição da República, serviços de relevância pública. Ressalte-se que o nosso legislador constituinte se preocupou não apenas em regradar a estruturação e limitação do poder e as garantias fundamentais, mas também com os mais variados aspectos da ordem social e econômica, tanto que evidenciou a preservação da dignidade da pessoa humana, a proteção do consumidor (art.170, inc.V da CF) e os direitos sociais.

Vale lembrar que o fundamento do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana, nos termos do art.1º, inc.III da Lei Maior, sendo certo que os direitos fundamentais estão dispostos nos arts. 5º e 6º, aí incluída a saúde, dentro dos direitos sociais. Dessa forma, o

¹ Juíza de Direito da 32ª Vara Cível - Capital.

CDC estabelece princípios que devem reger a interpretação de qualquer nova regra sobre relações de consumo, inclusive aquelas constantes da Lei nº 9.656/98, que regulamenta e dispõe sobre os planos e seguros de saúde, sendo perfeitamente possível e até recomendável uma harmonização da citada lei com as regras do CODECON.

Como se sabe, os consumidores contratam as empresas de saúde a fim de obterem a proteção de seus familiares e empregados contra riscos futuros e incertos quanto à ocorrência concreta de doenças e à necessidade de amparo médico-hospitalar, haja vista a precariedade da rede pública, havendo um contrato com previsão de serviço de trato sucessivo entre as partes, podendo ou não ocorrer o sinistro.

Ressalte-se que a Profa. Cláudia Lima Marques caracteriza este tipo de contrato pela posição de “catividade” ou “dependência” dos usuários/consumidores, sendo duradoura as obrigações de ambas as partes, pois, com o fim de obterem proteção à saúde, os consumidores permanecem em contínua relação de dependência com as empresas fornecedoras deste tipo de serviço, depositando “expectativas” quanto à manutenção do vínculo contratual por anos, sendo assegurado ao consumidor, antes mesmo da Lei nº 9.656/98, o direito à renovação automática de seu contrato e à não alteração unilateral do mesmo pela empresa, em desacordo com os seus interesses.

Considerando se tratar de relação de consumo, cujo sistema contratual impõe a observância inarredável dos princípios básicos que o informam, em especial boa-fé a objetiva, a transparência e a confiança, tais princípios prevalecem independentemente da vontade dos contratantes.

Isso porque esses contratos se caracterizam como sendo de adesão, cuja tutela ao consumidor é ostensiva, face à sua condição de vulnerabilidade. Por tal razão, o artigo 47 do CDC permite ao julgador fazer uma interpretação do contrato, e de todos os seus desdobramentos, mais favorável ao consumidor.

Diante dessas premissas, podemos concluir que dificilmente as situações que chegam ao Judiciário, que envolvam assistência à saúde, sejam passíveis de qualquer conciliação entre as partes. Isso porque o Judiciário,

a princípio, não poderia permitir que o consumidor viesse a renunciar a parte de seus direitos para celebrar um acordo com a operadora de seu plano de saúde.

Afinal, se o desenvolvimento dessa relação contratual exige aplicação obrigatória daqueles princípios, não se poderia admitir, em tese, que o usuário do serviço de assistência médica aceitasse uma transação que prejudicasse seus direitos, como dito acima, constitucionalmente reconhecidos como fundamentais.

Ocorre que a experiência profissional não deixa dúvidas de que um processo judicial é muito penoso para as partes envolvidas, e às vezes o deslinde da questão demora tanto que a solução não consegue trazer ao lesado a tão esperada reparação, ao menos não com os efeitos que deveria, caso a solução fosse contemporânea ao evento. Isso quando o consumidor não morre antes mesmo de ver seu direito reconhecido.

Por tal razão, cada vez mais vêm ganhando força as iniciativas de composição desses conflitos, através de mutirões de conciliação e mediação.

Não que essas medidas importem em prejuízo ao tratamento de saúde do consumidor, mas apenas buscam que, por exemplo, pagamentos sejam parcelados ou mesmo compensações pecuniárias sejam reduzidas ou renunciadas, mediante o pronto atendimento do serviço.

A verdade é que é muito comum, em audiência, que a parte autora diga que não tinha interesse algum em propor o processo ou mesmo em receber indenizações por dano extrapatrimonial, caso a operadora de plano de saúde simplesmente acatasse a liminar concedida, já que não tomou aquela providência em sede administrativa. Mas infelizmente, por vezes o acordo não é celebrado em razão das empresas insistirem no prosseguimento do processo, com requerimentos de produções demoradas de provas periciais e orais.

Seja como for, a exemplo dessa IV Jornada Médico-jurídica de Saúde Suplementar, é possível constatar que a mentalidade das empresas prestadoras desse serviço está mudando.

Afinal, nos dias atuais, todos os operadores do direito não têm dúvida quanto à relevância da conciliação, que viabiliza o acesso à justiça,

servindo como principal método alternativo de solução de conflitos, que têm como principais atores as próprias partes controversas, fomentando o ideal de pacificação social.

Como bem ensinam os professores Cintra, Grinover e Dinamarco:

“A primeira característica dessas vertentes alternativas é a ruptura com o formalismo processual. A desformalização é uma tendência, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de celeridade. Depois, dada a preocupação social de levar a justiça a todos, também a gratuidade constitui característica marcante dessa tendência. Os meios informais gratuitos (ou pelo menos baratos) são obviamente mais acessíveis a todos e mais céleres, cumprindo melhor a função pacificadora. Por outro lado, como nem sempre o cumprimento estrito das normas contidas na lei é capaz de fazer justiça em todos os casos concretos, constitui característica dos meios alternativos de pacificação social também a delegalização, caracterizada por amplas margens de liberdade nas soluções não jurisdicionais (juízos de equidade e não juízos de direito, como no processo jurisdicional).” (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2008, p. 32.)

Corroborando essa linha de pensamento, o professor Cândido Rangel Dinamarco ensina:

“Melhor seria se não fosse necessária tutela alguma às pessoas se todos cumprissem suas obrigações e ninguém causasse danos nem se aventurasse em pretensões contrárias ao direito. Como esse ideal é utópico, faz-se necessário pacificar as pessoas de alguma forma eficiente, eliminando os conflitos que as envolvem e fazendo justiça. O processo estatal é um caminho possível, mas outros existem que, se bem ativados, podem ser de muita utilidade.” (DINAMARCO, 2005, p. 138.)

O certo é que a realização de acordos facilita a estratégia estatal de diminuir substancialmente o tempo de duração da lide, reduz o número de processos que se avolumam no Poder Judiciário, e conseqüentemente diminui as altas despesas com os litígios judiciais. A crescente busca pela adoção de mecanismos concernentes ao método de composição de conflitos traz como consequência inegável a ampliação, mesmo que parcial, do acesso à ordem jurídica justa.

Segundo dados divulgados pelo CNJ no dia 23.08.2006, no lançamento do Movimento pela Conciliação, a taxa de conciliação nos países desenvolvidos chega a 70%, enquanto no Brasil oscila entre 30% e 35%. Por tal razão, os tribunais vêm buscando fomentar a conciliação, sobretudo na fase pré-processual.

A conciliação extraprocessual tem como princípio básico a solução de conflitos por meio de acordo elaborado entre as partes antes de se instaurar a lide, ou seja, antes de se efetivar a ação que comina na ativação de órgãos jurisdicionais. Nesse sentido, as partes interessadas na solução da controvérsia, juntamente com agentes específicos (juízes leigos e conciliadores, por exemplo), tentarão resolver a insatisfação de suas pretensões por meio da composição, sem que o Judiciário seja instado a prestar a jurisdição.

Assim vem atuando o Tribunal de Justiça de nosso Estado, obtendo sucessos consideráveis, com promoção de encontros entre os interessados, nos quais um conciliador buscará obter o entendimento e a solução das divergências por meio da composição e ainda antes de deflagrada a ação.

Obtido o acordo em sede de conciliação pré-processual (informal), lavra-se o instrumento particular de composição do conflito, que pode se constituir, desde logo, quando for o caso, em título executivo extrajudicial (art. 585, II, do CPC, com a assinatura de testemunhas), ou ainda seja encaminhado à homologação judicial.

Seja após a instauração de um processo judicial ou previamente a ele, o que verdadeiramente importa na conciliação é a construção pelas partes da solução para os seus próprios problemas, eliminando, desta forma, o estigma de vencedores ou perdedores processuais. Ou seja, as partes

tornam-se responsáveis pelos compromissos que venham a assumir, reduzindo a animosidade característica da “derrota judicial”, e consequentemente a resistência própria das demoradas execuções de sentenças.

Nesse sentido, indiscutível é a importância da conciliação para a ampliação do acesso à justiça, diminuindo a vulnerabilidade do indivíduo aos processos judiciais intermináveis, transferindo para ele mesmo a resolução das suas próprias insatisfações, das suas próprias controvérsias, permitindo soluções mais céleres e eficientes. ◆

Composição Alternativa dos Conflitos em Saúde

Juiz Rodrigo Moreira Alves¹

Introdução

Trata-se de estudo elaborado como requisito para validação das horas obtidas em curso de aperfeiçoamento de magistrados, nos termos da regulamentação estabelecida nas Resoluções nº 02/2007 e nº 02/2009, ambas da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM.

Deve-se ressaltar que o curso em questão teve como conteúdo programático a “Composição Alternativa dos Conflitos em Saúde”, tema de extrema relevância prática, na medida em que parte considerável das demandas consumeristas atualmente submetidas à apreciação do Poder Judiciário tem como objeto as relações jurídicas desenvolvidas no mercado de Saúde Suplementar.

Portanto, pode-se afirmar seguramente que qualquer magistrado, ainda que amante de outros ramos do Direito, deve se dedicar com afinco ao estudo de métodos alternativos de composição desses conflitos, a fim de propor formas extrajudiciais de solução das demandas e, assim, reduzir a enorme massa de ações judiciais que abarrotam as prateleiras das serventias.

Objetivo do Trabalho

O escopo deste trabalho é viabilizar a avaliação daquilo que foi apreendido pelo autor durante as palestras ministradas, por meio da aplicação

¹ Juiz de Direito da Vara Criminal de Macaé.

dos conhecimentos técnicos transmitidos pelos expositores a um caso concreto, especialmente selecionado, pertinente ao tema objeto do curso.

Caso Concreto:

TEMA CENTRAL: Mecanismos extrajudiciais de soluções de conflitos oriundos das relações de consumo na área de saúde suplementar. Falta de canal de comunicação eficiente entre o consumidor e o fornecedor de serviços para reclamações e efetivação de direitos

Ao longo das apresentações dos expositores, foi possível observar o discurso uníssono de que um dos maiores fatores de geração de conflitos e, por via de consequência, de disputas judiciais entre usuários e prestadores de serviço de saúde suplementar consiste na falta de diálogo, isto é, de comunicação adequada entre os contratantes.

Não são raras as situações em que os segurados necessitam de determinados exames ou procedimentos médicos plenamente cobertos pelo plano contratado, mas se veem alijados do serviço oferecido simplesmente porque desconhecem ou não conseguem atender aos trâmites burocráticos estabelecidos pelas operadoras. Em consequência, os usuários acabam se socorrendo do Judiciário para a resolução de questões que seriam facilmente solucionadas na esfera administrativa.

Obviamente, a forma mais simples de se combater essa desinformação lesiva ao relacionamento entre seguradoras e segurados é o estabelecimento de um programa eficiente de informação dos usuários sobre seus direitos e deveres, o que pressupõe, necessariamente, a ampliação e melhoria dos canais de atendimento.

A título de ilustração, parece-nos de todo interessante trazer à baila uma situação concreta que nos foi submetida à apreciação quando do exercício da judicatura em um juízo com competência cível.

Cuidava-se na hipótese de um segurado com problemas cardíacos que necessitava da colocação urgente de “stent” como parte do procedimento coberto pelo plano de desobstrução de uma de suas artérias.

Diante da comprovada necessidade da órtese para o sucesso do delicado procedimento cirúrgico, o usuário e seus familiares procuraram os canais de atendimento oferecidos pela seguradora contratada a fim de obter a devida cobertura do custo desse material. Apresentaram, então, toda a documentação exigida e passaram a aguardar que a operadora lhes desse uma resposta, o que, contudo, decorridos vários dias, não ocorreu.

Em consequência, considerando a evidente urgência do caso, o consumidor e seus familiares ligaram insistentemente para os números de telefone disponibilizados pela seguradora para pedidos e reclamações, sendo, nessas ocasiões, obrigados a esperar horas pelo atendimento. Paradoxalmente, quando ligaram para o número de telefone informado nas peças de propaganda distribuídas pela seguradora para venda de planos, foram atendidos em apenas alguns poucos segundos por um preposto da operadora que, porém, se recusou a prestar qualquer informação sobre o requerimento de cobertura, alegando não ter acesso ao sistema em que seria possível visualizar o andamento do pleito.

Desesperado e naturalmente combatido pelo grave problema de saúde que o acometia, o usuário, então, resolve ajuizar uma ação condenatória com pedido de antecipação de tutela contra a seguradora, no intuito de vê-la constrangida a promover, coercitivamente, a cobertura do “stent”.

Deferida a tutela antecipada, e após sua citação e intimação, a ré vem aos autos arguindo preliminar de ausência de interesse em agir, visto que já teria deferido ao autor a cobertura do “stent” administrativamente.

No caso em apreço, verifica-se, inicialmente, que o fornecedor de serviços claramente concentra a maior parte dos seus investimentos na contratação e manutenção de funcionários encarregados de vendas, e não dispõe de um serviço minimamente eficiente de atendimento àqueles que já são seus clientes.

Embora não seja o foco principal deste estudo, não podemos deixar de mencionar que a conduta da operadora de não providenciar o pronto custeio de órtese necessária ao sucesso do procedimento cirúrgico urgente de desobstrução de artéria coronariana constitui ilícito contratual e extracontratual gravíssimo.

Trata-se de questão facilmente solucionável em termos jurídicos pela aplicação do entendimento já inclusive sumulado pelo Egrégio TJRJ (vide Súmula 112, TJRJ).

Em verdade, é possível afirmar-se que o Brasil possui, em matéria de consumo, uma das mais modernas legislações do mundo. Em função disso, não é mesmo difícil definirem-se, abstratamente, as soluções adequadas às mais diversas situações que se apresentam nas relações consumeristas.

O desafio maior, sem sombra de dúvida, é garantir a efetivação, a concretização dos direitos básicos que a Constituição e a Lei asseguram ao consumidor, especialmente aqueles dispostos no art. 6º no CPDC.

Na hipótese sob exame, é claro que o consumidor pode recorrer ao Judiciário para ver assegurada a cobertura contratada junto à operadora do plano de saúde.

Entretanto, não podemos fechar os olhos para a existência de outros mecanismos, de natureza extrajudicial, legalmente contemplados para a solução de conflitos desse jaez. Infelizmente, é justamente a subutilização desses instrumentos que vem gerando o atual estado de absoluto abarrotamento em que se encontra o Poder Judiciário.

Malgrado o hercúleo esforço individual empreendido por cada magistrado, é evidente que o aparato judiciário não tem condições de absorver toda a gama de litígios verificados no mercado de consumo, especialmente na área de saúde suplementar.

Nesse contexto, soa-nos de todo interessante investigar como os próprios atores da relação de consumo, especialmente os fornecedores de produtos e serviços, podem e DEVEM contribuir para a redução dessas demandas.

A nosso ver, o caso concreto trazido à análise revela-se emblemático pela sua simplicidade. Como visto, o segurado/consumidor, possui o direito de exigir o cumprimento da cobertura pactuada. Para se chegar a tal conclusão, não é preciso ter amplos conhecimentos técnicos na área jurídica. Basta recorrer-se ao simplório método silogístico de aplicação de normas jurídicas.

Em função disso, pergunta-se: Por que o exercício desse direito mos-

tra-se, na prática tão difícil? Por que é preciso ajuizar uma ação judicial para ver reconhecido esse direito?

A resposta a essas indagações é simples: Falta aos fornecedores de produtos e serviços que atuam no mercado de consumo brasileiro disposição para fazer valer as normas do CPDC.

Para infortúnio dos consumidores deste país, muitas empresas ainda tratam o tema sob o enfoque puramente econômico. É mais barato enfrentar ações judiciais de uma minoria de consumidores conscientes de seus direitos, do que investir na eficiência de sua atividade empresarial, de modo a reduzir os danos causados aos clientes.

É claro que essa equação somente se afigura possível no Brasil em razão da ineficiência dos órgãos reguladores que parecem ignorar os mecanismos sancionatórios previstos no Capítulo VII da Lei 8.078/1990 (artigos 55 e seguintes), bem como da falta de uma cultura jurídica, inclusive do Poder Judiciário, de atuação em nível coletivo, por meio de ações civis pública, coletivas e etc.

Nada obstante, é certo que os fornecedores de produtos e serviços não podem se escorar na ineficiência do Estado para justificar o desrespeito às garantias individuais.

Convém salientar que todo sistema nacional de proteção e defesa do consumidor estrutura-se sobre o Princípio da Vulnerabilidade (art. 5º, XXXII, da CRFB e art. 4º, I, do CPDC), que nada mais é do que o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor diante dos grandes conglomerados e das práticas comerciais cada vez mais agressivas.

Desse princípio maior decorrem outros como os da Transparência, Lealdade, Boa-fé, Eficiência, Cordialidade, entre outros, igualmente importantes.

Atento a essas premissas, pode-se asseverar que *é dever legal do fornecedor de produtos e serviços que se proponha atuar no mercado de consumo a disponibilização para o consumidor de um canal eficiente de comunicação por meio do qual possa se informar sobre produtos e serviços contratados, além de exigir e fazer valer seus direitos.*

Esse canal é comumente designado de “Serviço de Atendimento ao

Cliente (SAC)” e, no Brasil, ainda não atingiu o grau de desenvolvimento necessário.

Prova disso é o fato de que o Governo Federal foi obrigado a editar o Decreto nº 6.523/2008, de 31 de julho de 2008, na tentativa de assegurar a concretização dos direitos básicos do consumidor de “obter informação adequada e clara sobre os produtos e serviços que contratar e de manter-se protegido contra práticas abusivas ou ilegais impostas no fornecimento desses produtos e serviços”.

O diploma normativo em questão estabelece, por exemplo, que as ligações para os SAC’s serão gratuitas (art. 3º) e que o consumidor deverá ter a opção, logo no primeiro menu eletrônico e em todas as suas subdivisões, de falar diretamente com o atendente, sem ter que fornecer seus dados anteriormente (art. 4º). Além disso, os SAC’s deverão funcionar todos os dias durante 24 horas, regra que também pode ter exceção.

Contudo, as normas que nos parecem mais importante são aquelas que obrigam os fornecedores de produtos e serviços a (I) processarem imediatamente os pedidos de cancelamento feitos pelos consumidores (art. 18) e a (II) resolverem as reclamações no prazo máximo de cinco dias úteis a contar da data do registro (art. 17).

É interessante notar, ainda, que a norma do art. 18, §1º, do Decreto nº 6.523/2008, determina que o SAC garanta ao consumidor a veiculação de seu pedido de cancelamento pelos mesmos meios disponíveis para a contratação do serviço.

Como se pode perceber, o diploma normativo citado contempla importantíssimas normas voltadas à efetivação dos direitos básicos do consumidor e estão especificamente dirigidas aos setores regulados pelo Governo Federal, como os serviços de telecomunicações, instituições financeiras, companhias aéreas, transportes terrestres, planos de saúde, serviços de água e energia elétrica.

Voltando ao caso concreto em exame, observaremos que se o fornecedor de serviços tivesse observado as normas contidas no decreto, certamente a questão se resolveria no âmbito interno da relação consumerista, e não haveria necessidade de movimentação do aparato judiciário para a

solução desse conflito de interesses.

Convém lembrar que o consumidor, nesse caso, não teve um canal de comunicação eficiente com o fornecedor do serviço para informar-se sobre o andamento de seu pedido de cobertura e tomar conhecimento de que ele havia sido deferido pela operadora.

Essa situação, por evidente, deixa o consumidor em estado de absoluta angústia, diante da incerteza gerada pela falta de informação.

Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que além do inadimplemento contratual propriamente dito, decorrente da inobservância de prazo razoável para resposta ao pedido de cobertura, o fornecedor ainda descumpriu os deveres anexos de transparência, lealdade e boa-fé, ao não disponibilizar ao consumidor insatisfeito um canal rápido e eficiente de comunicação por meio do qual pudesse se informar e efetivar seus direitos básicos.

A solução para o caso, assim, seria judicialmente assegurar ao consumidor a cobertura pactuada, bem como condenar o fornecedor do serviço ao pagamento de indenização destinada a reparar os danos de ordem patrimonial e extrapatrimonial experimentados pelo consumidor.

Além disso, seria de todo recomendável que o magistrado oficiasse aos órgãos de defesa do consumidor para que, administrativamente, compelissem o fornecedor do serviço a regularizar a situação de seu serviço de atendimento ao cliente, adequando-o às disposições do Decreto 6.523/2008. ♦

O alcance do dispositivo da sentença de medicamentos

Simone Lopes da Costa¹

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) assegurou a todos os indivíduos o direito à saúde, que se traduz em desdobramento do princípio da dignidade da pessoa humana. O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. Nesses termos, o direito fundamental está contido na Carta Magna:

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

De igual relevância é a disposição prevista no art. 198 da Constituição da República, por meio da qual se determinou a principal diretriz de efetivação do dever constitucional de zelar pela saúde pública, estabelecendo-se o atendimento integral do cidadão, além da criação do Sistema Único de Saúde (SUS):

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

II. atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

¹ Juíza de Direito da 10ª Vara de Fazenda Pública da Capital.

§1º O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Desta maneira, tratando sobre o direito a saúde, o mestre José Afonso da Silva destaca: “A Constituição o submete ao conceito de seguridade social, cujas ações e meios que se destinam, também, a assegurá-lo e torná-lo eficaz”. Assim, o direito a saúde assume um viés negativo, pois obriga que o Estado se abstenha de qualquer ato que prejudique a saúde e um positivo que consiste em prevenir as mazelas existentes, bem como tratá-las. São as considerações de Gomes Canotilho e Vital Moreira. Vamos nos fixar a obrigação positiva do Estado de proporcionar um tratamento digno, em conformidade com o estágio de avanço da medicina. A mesma CRFB fixa o meio pelo qual o Estado cumprirá a obrigação. O artigo 198 cria o Sistema Único de Saúde e impõe competência indeclinável, concorrente e solidária aos entes federativos para garantir à população o acesso à saúde.

A pedra de toque do sistema foi a solidariedade na prestação do direito à saúde, que impõe à União, Estados e Municípios o dever de prestar a saúde, devendo as competências ser resolvidas em âmbito interno entre os coobrigados.

Aliados à facilitação do acesso ao Judiciário, os pleitos visando a obtenção de medicamentos para tratamentos de doenças, passaram a ser uma constante, sendo que os entes federativos alegavam que a responsabilidade de alguns medicamentos seria da União, o que deslocaria a competência de julgamento para a Justiça Federal. O argumento era contundente, mas contrário à solidariedade determinada pela CRFB, o que levou o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro sumular a questão:

“Súmula n. 65: Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6º e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.080/90, a res-

ponsabilidade solidária da União, Estados e Municípios garantindo o fundamental direito à saúde e consequente antecipação da respectiva tutela.”

Superada a questão de que a cada ente caberia a prestação de determinada lista de medicamentos, os pedidos formulados nas ações condenatórias passaram a ser cada vez mais amplos e genéricos, considerando que as doenças são mutáveis e que, por mais das vezes, um doente finda por necessitar de outros medicamentos ou de alterar seu tratamento no bojo do trâmite do processo judicial. Mais do que comuns, praticamente “padrões” os pedidos nos seguintes termos:

*“Seja julgado procedente o pedido, confirmando a antecipação da tutela, a fim de condenar os réus, solidariamente, a fornecerem o medicamento pleiteado, conforme prescrito por profissional da área médica, **inclusive todos aqueles resultantes de futuras alterações de prescrição, ... grifei**”*

Em um primeiro momento, as sentenças passaram a ser proferidas acolhendo a procedência do pedido, uma vez que o laudo médico deixava inequívoca a necessidade da utilização do medicamento para salvaguardar a saúde da parte autora, aliado ao fato de ser impossível saber qual o tratamento adequado e útil nos momentos que se sucederiam no tempo, posteriores ao trânsito em julgado. Desta maneira acreditava-se estar minorando a dor do indivíduo, que doente não precisaria recorrer ao Poder Judiciário sempre que houvesse um agravamento ou melhora de sua saúde. Estar-se-ia atendendo a um ditame constitucionalmente assegurado e ao princípio da economia processual e eficiência. Nesse diapasão, mais um verbete de súmula foi colacionado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Súmula 116 - MEDICAMENTO NECESSÁRIO AO TRATAMENTO DE DOENÇA. GARANTIA CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. NÃO INFRINGÊNCIA.

“Na condenação do ente público à entrega de medicamento necessário ao tratamento de doença, a sua substituição não infringe o princípio da correlação, desde que relativa à mesma moléstia”.
Referência: Súmula da Jurisprudência Predominante nº 2006.146.00004 – Julgamento em 09/10/2006 – Votação: unânime – Relator: Desembargador Marcus Tullius Alves.

Sendo assim, inúmeras sentenças foram proferidas facultando livremente a troca ou acréscimo de medicamentos, pois desta maneira acreditava-se estar contendo o ingresso de nova ação, de novo processo em relação a mesma parte autora. Em nome da economia processual e do sentimento de justiça, o pedido da ação tornava-se “dinâmico”.

Em que pese a intenção de todos os envolvidos, o Código de Processo Civil (CPC) é claro no que concerne ao regramento que trata do pedido. O artigo 286 deste diploma legal determina que o pedido seja certo e determinado, admitindo pedido genérico apenas nas ações universais, e, ainda assim se o autor não puder individualizar os bens demandados; quando não for possível determinar as consequências do ato ou fato ilícito ou quando a determinação do valor da condenação depender de ato que deva ser praticado pelo réu.

Ao ajuizar a demanda, pede o autor ao órgão judicial que tome alguma providência, que deve ser certa e determinada, conferindo a parte contrária o direito de conhecer os exatos limites da pretensão autoral, no momento em que se forma a relação processual, fato que se dá com a citação. Tanto é assim, que só é admissível a ampliação do pedido antes da citação, pois o réu ainda não foi chamado a compor a relação processual. *A contrario sensu* é possível a redução do pedido, apenas até momento anterior à decisão saneadora e irá importar em desistência parcial, renúncia parcial ou transação parcial.

No caso dos medicamentos se pretende em sede inicial pedido indeterminado, genérico ou não raro de ocorrer o pedido de acréscimo de medicamentos e insumos a qualquer momento do processo, sem a anuência da outra parte. O objetivo da regra processual relativa ao pedido é que

a parte que corre o risco de ser condenada, conheça exatamente a extensão de sua condenação. Acrescente-se ao fato de que o condenado é ente estatal e que as despesas decorrentes do tratamento deverão estar incluídas no orçamento público.

A jurisprudência remansosa deste Egrégio Tribunal de Justiça é no sentido de que o pedido para fornecimento de medicamentos e insumos de que a parte precise – pois indicados no laudo médico – ou que venha a precisar, não seria determinado mas determinável, sendo possível identificar quais remédios poderão ser necessários no caso da parte autora, de modo a afastar a formalidade processual em detrimento de um dos direitos que tem como objetivo a manutenção da vida do cidadão.

A problemática enfrentada cinge-se às execuções em virtude de tais condenações - genéricas ou determináveis - que, por mais das vezes, fazem com que o processo rume ao infinito, ou até o óbito da parte autora. A prática mostra que, após o trânsito em julgado, outras mazelas se sobrepõem e acrescentam àquela já existente no momento da propositura do processo. Essas outras mazelas precisam de outros medicamentos e insumos que são acrescentados à listagem anterior, não podendo ser contestados pela parte contrária.

Por outro lado, nem sempre o réu presta adequadamente sua obrigação. Deixa de cumprir com o dispositivo da sentença, o que leva a pedidos de busca e apreensão dos medicamentos e insumos, sucedidos de bloqueio de valores nas contas públicas e levantamentos destes montantes para compra direta do remédio pela parte autora. Deve-se acrescentar que a parte autora pode se valer deste instrumental a qualquer momento, de modo a encontrarmos processos com sucessivos levantamentos de valores. A problemática se dá no que tange a comprovação pela parte autora de que de fato custeou medicamentos e insumos com dinheiro público, o que nem sempre acontece.

Na prática tem sido difícil lidar com os processos que contêm permissivos de inclusão de medicamentos e insumos de modo ilimitado, para qualquer mazela que venha a acontecer após a propositura da demanda e durante a vida da parte, acrescentados por sucessivos saques de montantes pela parte autora que teve sua obrigação, muitas vezes transitada em julgado, descumprida. Nesse diapasão, impõe-se ao magistrado de primeiro grau

mais uma obrigação, a de fiscalizar toda e qualquer compra realizada diretamente pela parte, fato incompatível com função de julgar e impraticável com a infraestrutura de trabalho oferecida ao primeiro grau.

Tocados com a situação em comento, já há julgamentos que consideram o pedido de condenação de prestação de medicamentos e insumos determináveis, mas que se restrinjam ao tratamento da moléstia indicada na inicial.

Conclusão

Com acerto o entendimento que impõe pedido determinável em relação a mazela mencionada na petição inicial, pois se de um lado a necessidade de medicamentos pode variar de acordo com a evolução do estado de saúde do paciente e até mesmo de acordo com o progresso da ciência médica, não sendo razoável compelir a parte ajuizar uma nova ação a cada mudança de prescrição médica, de outro lado não se pode eternizar a execução do processo, impondo ao magistrado a função de fiscalizar o destino dos valores levantados quando da ocorrência de sucessivos descumprimentos da ordem judicial. ◆

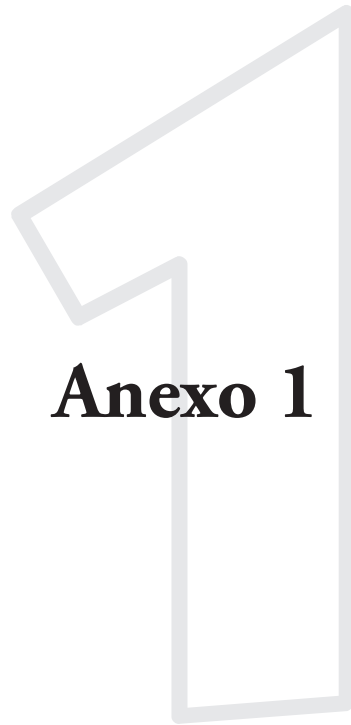
Referências Bibliográficas

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 23ª edição, Editora Malheiros, p. 308.

MARINONI, Luiz Guilherme e Sérgio Cruz Azenhart, **Processo de Conhecimento**, 6ª Edição, Editora Revista dos Tribunais.

MOREIRA, José Carlos, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 18ª edição, Editora Forense.





Anexo 1



Programação do Curso

IV Jornada Médico-Jurídica de Saúde Suplementar

“Composição Alternativa dos Conflitos em Saúde”

Dia 04 de maio de 2012 (sexta-feira)

9h – 9h30

Recepção dos convidados e Café de boas-vindas

9h30 – 10h

Cerimônia da abertura

Desembargador Manoel Alberto Rebêlo dos Santos

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Desembargadora Leila Maria C. Cavalcante Ribeiro Mariano

Diretora-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Desembargador Antonio Saldanha Palheiro

Presidente da Comissão Estadual dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais - COJES

Dr. Wadiah Nemer Damous Filho

Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Estado do Rio de Janeiro

Dr. Maurício Ceschin

Diretor-Presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS

Dra. Marcia Rosa de Araújo

Presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro - CREMERJ

Dr. José Ramon Varela Blanco

Presidente da Sociedade Médica do Estado do Rio de Janeiro - SOMERJ

Dr. Euclides Malta Carpi

Presidente da Federação das Unimeds do Estado do Rio de Janeiro

Dr. Celso Correa de Barros

Presidente da Unimed-Rio

Dr. Abdu Kexfe

Vice-Presidente e Diretor Médico da Unimed-Rio

Dra. Ana Maria Mola

Superintendente Médica da Unimed-Rio

Dr. Alfonso Caruso Maselli

Superintendente Jurídico da Unimed-Rio

Dr. Peter Eduardo Siemsen

Representante do Instituto Dannemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnicos - IDS

10h – 11h

1º PAINEL:

“AS INICIATIVAS DO NUDECON E DA UNIMED-RIO”.

Palestrante 1

Dra. Larissa Davidovich

Defensora Pública Coordenadora do Nudecon

Palestrante 2

Dr. Vicente Menezes

Gerente do Contencioso da Unimed-Rio

Composição da mesa:

Presidente – Des. Marilene Melo Alves

Desembargadora da 11ª Câmara Cível do TJ-RJ.

Moderador – Dr. Alfonso Caruso Maselli

Superintendente Jurídico da Unimed-Rio

11h – 12h30

2º PAINEL: “AS INICIATIVAS DO JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO”.

TEMA: COMITÊ ESTADUAL DA SAÚDE

Palestrante 1

Dra. Maria Paula Gouvêa Galhardo

Juíza de Direito - Representante do Comitê Executivo do Rio de Janeiro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde – Fórum da Saúde.

TEMA: EXPERIÊNCIA DOS MUTIRÕES DE CONCILIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E DA CORREGEDORIA

Palestrante 2

Dr. Flavio Citro Vieira de Mello

Juiz de Direito - Coordenador do Centro Permanente de Conciliação dos Juizados Especiais Cíveis

Composição da mesa:

Presidente – Desembargador Antonio Saldanha Palheiro

Presidente da Comissão Estadual dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais - COJES

Moderadora

Dra. Valéria Pachá Bichara

Juíza de Direito – Juíza Auxiliar da Corregedoria Geral de Justiça

12h30 – 14h30

Almoço

14h30 – 15h30

3º PAINEL:

“A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS COMO AGENTE MEDIADOR NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS”.

Palestrante 1

Dr. José Cláudio Ribeiro de Oliveira

Assessor Jurídico da Unimed do Brasil

Palestrante 2

Dr. Mauricio Ceschin

Diretor-Presidente da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS

Composição da mesa:

Desembargadora Leila Maria C. Cavalcante Ribeiro Mariano

Diretora-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Moderador – Dr. Abdu Kexfe

Vice-Presidente e Diretor Médico da Unimed-Rio

15h30 – 16h30

CONFERÊNCIA: “A BUSCA DE MEIOS ALTERNATIVOS PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS”

Ministro Luis Felipe Salomão

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Composição da mesa:

Desembargador Manoel Alberto Rebêlo dos Santos

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Desembargadora Leila Maria C. Cavalcante Ribeiro Mariano

Diretora-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Dr. Celso Correa de Barros

Presidente da Unimed-Rio

16h30 – 17h

Cerimônia de Encerramento

Desembargador Manoel Alberto Rebêlo dos Santos

Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Desembargadora Leila Maria C. Cavalcante Ribeiro Mariano

Diretora-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Dr. Celso Correa de Barros

Presidente da Unimed-Rio

17h

Coquetel de Encerramento

Realização:

EMERJ e UNIMED-RIO

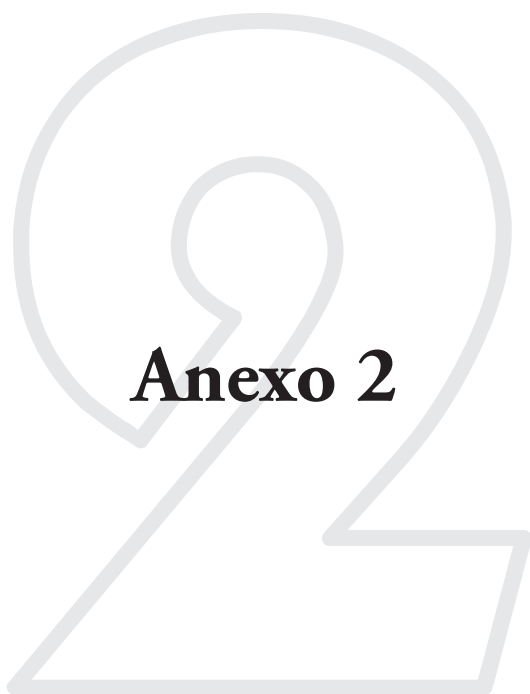
Apoio:

COJES

Organização:

IDS – Instituto Dannemann Siemsen de Estudos Jurídicos e Técnicos





Anexo 2





PROCESSO Nº 2012157
PARECER nº 2012157 – 0022012
ESCOLA: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro
CURSO: Composição Alternativa dos Conflitos em Saúde

Senhor Coordenador de Ensino,

I – Relatório

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 02 de maio de 2012, solicitou o credenciamento do curso intitulado “**Composição Alternativa dos Conflitos em Saúde**”, sob a modalidade presencial, com carga horária de 10 (dez) horas-aula, oferecidas 150 (cento e cinquenta) vagas. O curso foi ministrado no dia 04 de maio de 2012.

Examinado o pedido, verificou-se que, com exceção ao prazo para solicitação do credenciamento, foram atendidas as determinações normativas da Enfam.

Obedecendo aos ditames do Art. 13, da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011, o Processo foi concluso ao Excelentíssimo Senhor Ministro Diretor-Geral da Enfam, que assim decidiu:

“ Trata-se de pedido de credenciamento de curso, sob a modalidade presencial, com duração de 10 (dez) horas-aula, solicitado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

O pedido de credenciamento do curso em análise, embora atenda a quase totalidade das disposições exigida pela Enfam (Resolução nº 1, de 8 de junho de 2011 e Resolução nº 2, de 16 de março de 2009), foi apresentado intempestivamente.

A Senhora Diretora-Geral da EMERJ justificou a extemporaneidade informando sobre as dificuldades de obtenção de informações necessárias ao cadastramento do curso.

Acolho a justificativa apresentada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Determino o processamento do feito.

Comunique-se”.

II – Conclusão

Diante do exposto, sanada a pendência e preenchidos os requisitos dos atos normativos que regem a matéria (Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011 e Resolução nº 2, de 16 de março e 2009), opino pelo deferimento do pedido de credenciamento do curso denominado “**Composição Alternativa dos Conflitos em Saúde**”, a ser realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

À superior consideração.

Brasília 16 de agosto de 2012.

Nely van Boekel
Analista Judiciário-ENFAM

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS**PORTARIA Nº 297 DE 28 DE AGOSTO DE 2012.**

Credencia o curso de aperfeiçoamento denominado “**Composição Alternativa dos Conflitos em Saúde**”, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

O DIRETOR-GERAL DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS, usando de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Resolução nº 1 da Enfam, de 6 de junho de 2011,

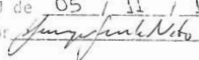
RESOLVE

Credenciar, para efeitos do disposto na mencionada resolução, o curso de aperfeiçoamento denominado “**Composição Alternativa dos Conflitos em Saúde**”, com carga horária total de 10 (dez) horas-aula, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), nos termos do Processo nº 2012157 - Credenciamento.

Ministro Cesar Asfor Rocha
Diretor-Geral

Ante a informação do Sr. Antonio Matoso Filho, no sentido de que a presente portaria se encontrava pendente de assinatura desde a gestão anterior, adoto as razões expostas no Parecer nº 1/2012 e assino a presente portaria de credenciamento, com vigência retroativa à data de início do curso nela explicitado.
Brasília, 24 de outubro de 2012.


Ministra Eliana Calmon
Diretora-Geral

EnfamPortaria de credenciamento nº 297 de 28 / 08 / 12Publicada no DJ de 05 / 11 / 12.Conferido por 



- **Seminário de Direito Sanitário**



EMERJ

Aplicação dos Princípios e Diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS) Diante da Constituição Federal de 1988 e Legislação em Vigor

Danielle Coutinho Cunha Gomes¹

INTRODUÇÃO

1-Considerações Iniciais

No Seminário de Direito Sanitário, presenciamos relevantes contribuições para a efetividade do direito fundamental à saúde no Brasil, pelo que impõe consignar algumas considerações, devido à importância do tema.

Sem dúvida, é extremamente relevante para o Estado de Direito a participação de diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para a sociedade.

Deste modo, tivemos a honra de escutar médicos, advogados, defensores públicos, procuradores, professores, magistrados, técnicos em saúde, gestores em saúde pública e usuários do Sistema Único de Saúde – SUS.

Essa diversidade de opiniões e as diferentes “ótimas” do assunto saúde pública nos permite ter uma visão mais ampla das implicações político-jurídicas e da repercussão das decisões afetas ao tema, o que é fundamental, já que o juiz tem como função precípua a guarda da Constituição.

¹ Juíza de Direito Titular da 4ª Vara de Família da Comarca de Duque de Caxias.

Restou claro, após o encerramento dos trabalhos, a dificuldade e complexidade do tema e a importância da atuação consciente do Poder Judiciário, bem como a necessidade de se programarem soluções compartilhadas, inclusive pelas vias administrativa e legislativa.

De certo que a ausência de marcos legais, em matéria sanitária, muitas vezes obriga o Poder Judiciário a preencher o vazio deixado pelo legislador. Na luta legislativa para regular a matéria, surgiu a Lei 12.401/2011, que buscou, dentre outros, tangenciar problema muito frequente, que é a existência de protocolos e listas do SUS descumpridas pelo gestor.

O reflexo mais recente desse espaço deixado pelo administrador e legislador está na judicialização das demandas envolvendo a saúde pública, eis que o Estado, ao se omitir sobre a proteção dessa demanda, põe em risco a vida do indivíduo, sendo indicado pelos debatedores que, na ausência de melhores informações, há uma tendência de se decidir pelo princípio da precaução, protegendo o indivíduo do risco de violação de seu direito à saúde.

2 - Do direito à saúde

A valorização do direito à saúde se deu de forma ampla apenas na Constituição Federal de 1988, que conferiu o merecido destaque aos direitos sociais, entre eles, o da saúde e criou o Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado pelas Leis ns. 8.080/1990, 8.142/1990 e 12.401/2011.

Deste modo, a saúde é para a Constituição Federal de 1988 um bem fundamental e um direito de todos.

Das formulações constitucionais e das legislações mencionadas derivam os princípios em matéria sanitária, adiante abordados.

A Lei 8.080/1990, no seu §1º, determina o dever do Estado de garantir a saúde através da formulação e da execução de políticas econômicas e sociais e do estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e ao serviço de saúde. No seu artigo 7º elenca os princípios e diretrizes do SUS, conforme a Constituição Federal de 1988, artigo 198.

3- Os princípios em matéria sanitária

Os princípios próprios do direito sanitário orientam todo o sistema e são o fundamento e guia do intérprete.

Da ação do gestor público, tem-se como princípios informadores, os previstos no artigo 37, da Constituição Federal de 1988, quais sejam, a **legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência**, sendo, por conseguinte, norteadores de todo o direito sanitário, eis que os atos das autoridades públicas sanitárias desfrutam dos mesmos atributos dos atos administrativos em geral, como a presunção de veracidade, no que tange aos fatos, a imperatividade e a auto-executoriedade, podendo ser executados pela própria Administração quando se tratar de medida urgente que, caso não adotada, ocasione prejuízo ou risco maior.

De grande contribuição ao tema, as lições de Di Pietro², ao enumerar os princípios informadores do Direito Administrativo, demonstrando sua grande importância e permitindo ao intérprete estabelecer o necessário equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.³

Dentre os princípios em matéria sanitária, vários têm que ser destacados. Em primeiro lugar, o da **proteção da dignidade da pessoa humana**, que vem insculpido no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal de 1988, um dos fundamentos da República e do Estado Democrático do Direito e na Lei 8.080/1990 tem sua proteção e previsão no artigo 7º, inciso III.

Outro princípio que se evidencia é o da **saúde como direito fundamental** do ser humano, incluído entre os direitos sociais e dele resulta para o Poder Público, a responsabilidade de elaborar programas concretos para garantir a saúde pública, enquanto para o cidadão, traz o direito sub-

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

3 Sobre o exame dos atos administrativos: STJ, REsp n. 4938811/SP, 2ª. Turma, Relatora: Ministra Eliana Calmon, julgado em 11.11.2003, DJU de 15.03.2004, p. 236; STJ, REsp n. 577836/SC, 1ª Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 21.10.2004, DJU de 28.02.2005, p. 200.

jetivo de exigir a prestação de serviços de saúde pelo Estado, individual ou coletivamente. Por fim, confere ao Poder Judiciário, a responsabilidade de fazer implementar as ações e os serviços no sentido de promover e proteger a saúde da coletividade.

De acordo com o artigo 197, da Constituição Federal de 1988, temos como princípio que os serviços de saúde pública são além de um direito, um dever fundamental. Assim, os serviços de saúde são considerados de relevância pública, quer sejam prestados pelo Estado, quer por particulares, que têm seus atos sujeitos ao Ministério Público.

O **princípio da unicidade do sistema SUS**, por sua vez, vem expresso no artigo 199 da Constituição Federal de 1988 e no art.7º, inc. XIII, da Lei n. 8.080/1990.

Diante desse princípio passou a vigorar um sistema diferente do vigente até 1988, pois antes as ações e serviços eram operados por uma grande quantidade de órgãos e diante do disposto no artigo 198 da Constituição Federal de 1988, que se refere a um “sistema único”, implantou-se a unicidade como princípio, de modo que o serviço deve ser prestado pelos três entes da federação de maneira indiferenciada para todos.

A concretização da possibilidade de todos terem acesso igual aos serviços de saúde, decorre do **princípio da universalidade**, inscrito nos artigos 194, inciso I e 196 da Constituição Federal de 1988 e no artigo 7º da Lei 8.080/1990.

De suma importância ainda, o **princípio da integralidade do atendimento**, que confere ao cidadão desde o atendimento básico, como simples consulta, até o de grande complexidade e tem amparo no artigo 198, inciso II, da Constituição Federal de 1988 e no artigo 7º, inciso II, da Lei n. 8.080/1990.

Esse princípio não confere ao usuário do sistema o direito a todo e qualquer medicamento, produto ou insumo, mas tão somente àquele capaz de atingir o seu fim.

A guiar os intérpretes e aplicadores do direito, releva-se o **princípio da preservação da autonomia das pessoas**, baseado no artigo 7º, inciso III, da Lei 8.080/1990, pelo qual o paciente tem o direito de ser informa-

do, orientado e conscientizado e o Poder Judiciário tem o dever de, por exemplo, autorizar a transfusão de sangue recusada por motivos religiosos. Outro exemplo histórico no Brasil foi o episódio da Revolta da Vacina, quando em 31.10.1904, o Congresso aprovou a lei que tornou obrigatória a vacinação contra a varíola, causando revolta no Rio de Janeiro, em razão da falta de consciência da necessidade de esclarecimento das pessoas, situação bem diversa dos dias atuais, onde as campanhas de vacinação, incentiva a população a desfrutar espontaneamente do serviço e preservar a própria saúde.

Já o direito do cidadão de ser informado sobre o diagnóstico, o tratamento e o prognóstico, decorre do **princípio do direito à informação às pessoas assistidas**, previsto no artigo 7º, inciso V, da Lei 8.080/1990. A defesa em juízo do prestador do serviço e do próprio paciente, exige que ambos guardem tais registros.

A orientar os gestores, destaca-se não somente o **princípio da solidariedade no financiamento**, descrito no artigo 195 da Constituição Federal de 1988, como também o **princípio da vinculação de recursos orçamentários**, decorrente do disposto nos artigos 198, § 2º; 35, inc. III; e 198, §1º, da Constituição Federal de 1988 e Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n.101/2000.

Assim, não deve o gestor ignorar, ao menos em tese, o direito do SUS de ressarcimento nas hipóteses de atendimentos decorrentes de doenças causadas por agentes econômicos.⁴

4- Conclusão

De todo o exposto, no amplo debate que vem sendo travado sobre a saúde pública, não somente no Seminário em epígrafe, como também e antes de tudo, na Audiência Pública n. 4, do Supremo Tribunal Federal,

⁴ BASILE, Juliano. LDO prevê indenização ao SUS por indústria de tabaco. Valor Econômico, Rio de Janeiro, 28 de jun.2010. A indústria do fumo está sendo apontada como causadora de males aos usuários. A previsão de ressarcimento consta da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). São bilhões de reais e a indústria do fumo diz ser medida inconstitucional.

cuja abertura se deu em 28 de abril de 2004, por iniciativa do Ministro Gilmar Mendes, resulta como opinião unânime a necessidade de maiores esclarecimentos sobre o tema aos operadores do direito, mormente diante da excessiva judicialização das questões pertinentes ao serviço público da saúde. Neste sentido, a Recomendação n. 31/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que teve a finalidade de melhor orientar os magistrados e assegurar maior segurança e efetividade na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde.

Recomenda-se assim, aos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, a celebração de convênios para assegurar apoio técnico aos magistrados na formação de um juízo de valor sobre as questões clínicas apresentadas pelas partes; aos magistrados, que evitem autorizar medicamentos não registrados pela Anvisa, ou em fase experimental; a oitiva pelos magistrados, sempre que possível, dos gestores, antes da apreciação de medidas urgentes; que os magistrados verifiquem junto à CONEP (Comissão Nacional de Ética em Pesquisa) se os autores fazem ou fizeram parte de pesquisas com novos medicamentos; que, no momento de concessão de alguma providência abrangida por política pública existente, seja determinada a inscrição do beneficiário no respectivo programa. ◆

Referências Doutrinárias

1- Audiência Pública n. 4, do Supremo Tribunal Federal.

2- Tessler, Marga Inge Barth. “As recomendações do Conselho Nacional de Justiça em face das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde”. **Revista do Tribunal Regional Federal**, 4ª Região, n. 79-2011.

Trabalho de Conclusão do Curso de Direito Sanitário

Débora Maria Barbosa Sarmiento¹

DIREITO À SAÚDE – INTRODUÇÃO

Apesar de o homem desde a Antiguidade reconhecer a importância da saúde, o Estado Moderno, na consagração das declarações de direitos, limitou-se a garantir aqueles direitos relacionados à noção de liberdade e igualdade formal, representando a saúde, neste contexto, apenas a preservação da vida.

Com o surgimento do Estado Social, foram incorporados pelo direito positivo os denominados direitos sociais, cuja efetivação depende da adoção de políticas públicas pelo Estado.

Propugnava-se uma maior intervenção do Estado no domínio público bem como a prestação de serviços públicos que viabilizassem a fruição dos direitos sociais, como a saúde.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 reconheceu o “direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir” e estabeleceu, ademais, medidas a serem adotadas pelos Estados para assegurarem tal direito.

No Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde foi incluída no rol de direitos sociais, sendo espécie de direito fundamental, consagrando o artigo 196 os princípios do acesso universal, igualdade e integralidade.

Estabelece o art. 196 da Constituição da República:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de do-

¹ Juíza de Direito da 1ª Vara Cível de Madureira.

ença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Por se tratar de direito subjetivo, tem eficácia plena, direta e imediata, não dependendo da edição de outras normas para que produza efeitos. Dessa forma, doutrina e jurisprudência reconhecem a possibilidade da exigência de prestações materiais do Estado pelo indivíduo.

Dado seu caráter fundamental, tal direito não pode ser subtraído da Constituição, nem pela via de emenda constitucional, o que exige do Poder Público a adoção de políticas para que possa ser efetivado.

Tanto o Poder Legislativo como o Executivo devem atuar de modo a garantir ao cidadão, de modo igualitário, o gozo do direito à saúde.

De igual modo, o Poder Judiciário deve atuar para garantir ao cidadão os direitos subjetivos decorrentes da norma fixada no art. 196 da CF, nas hipóteses em que o Legislativo e Executivo forem omissos.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Universalidade

Segundo o princípio constitucional da universalidade nas políticas públicas de saúde, a prestação de serviço público de saúde deve alcançar a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país (artigo 5º, *caput* da CF/88).

Formulado como garantia de “acesso universal e igualitário” às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde (CF/88, artigo 196), tal princípio também se encontra inserido no inciso I, do artigo 194, da Carta Magna, que dispõe sobre a universalidade da cobertura e do atendimento pela seguridade social.

No direito brasileiro, à universalidade se relaciona a gratuidade no acesso aos serviços, configuração expressamente atribuída à política pública instituída por meio do Sistema Único de Saúde, englobados a cobertura e o atendimento, inclusive assistência farmacêutica.

Igualdade

O acesso à saúde, além de universal, deve ser igualitário, o que importa respeitar e observar as diferentes situações experimentadas pelos indivíduos e grupos quando do desenvolvimento das políticas públicas.

Numa sociedade plural, para se cumprir a obrigação de propiciar acesso universal igualitário significa, na medida do possível, considerar a diversidade cultural, social, econômica, geográfica, etc., presentes nos indivíduos e grupos destinatários das políticas públicas de saúde, tornando o sistema de fornecimento de bens e serviços pertinentes à saúde, capaz de atendê-los, de modo a garantir igualdade material e não meramente formal.

Integralidade

O art. 7o. da Lei 8.080/90 definiu integralidade “como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Em razão da integralidade, os serviços de saúde pública devem oferecer tratamento efetivo para todas as moléstias.

O princípio da integralidade encontra-se insculpido no inciso II, do art. 198 da CF, que determina:

*Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
...II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;*

A integralidade da assistência à saúde foi expressamente consagrada, ainda, no recente Decreto 7.508/11, que regulamentou a Lei 8.080/90, o que demonstra sua relevância na prestação eficaz do serviço de saúde.

CONCEITO DE DIREITO SANITÁRIO

Para permitir a eficácia da norma fixada no art. 196 e dos princípios nela estabelecidos, através da efetivação de políticas públicas, a Constituição Federal instituiu o Sistema Único de Saúde – SUS, que posteriormente veio a ser regulamentado pelas Leis 8.080/90 e 8.042/90 e por diversas Portarias, Decretos e Resoluções.

Tal normatização, destinada a garantir a eficácia do art. 196 da CF, gerou o aprofundamento do estudo do tema, fazendo surgir um novo ramo do Direito, denominado, Direito Sanitário, que pode ser conceituado como o conjunto de princípios e normas que regulam a proteção, promoção e recuperação tanto da saúde individual como da pública.

Sueli Dallari, por sua vez, em sua festejada obra “**Direito Sanitário**”, ressalta que:

“O direito sanitário se interessa tanto pelo direito à saúde, enquanto reivindicação de um direito humano, quanto pelo direito da saúde pública: um conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a promoção, prevenção e recuperação da saúde de todos os indivíduos que compõe o povo de determinado Estado, compreendendo, portanto, ambos os ramos tradicionais em que se convencionou dividir o direito: o público e o privado.”²

O novo ramo do Direito tem como escopo garantir a efetivação do direito social à saúde, viabilizando o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

CASO CONCRETO

Cumprindo sua missão constitucional, o Poder Judiciário tem garantido a eficácia da norma fixada no art. 196 da CF.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do AgRg no Recur-

² Sueli Dallari, **Direito Sanitário**, Ed. Verbatim, p. 148.

so Extraordinário nº 271.286-8, DJU 24.11.2000, em que foi relator Ministro Celso de Mello, ao interpretar o conteúdo do art. 196 da CF, reconheceu que não se trata de norma de natureza programática, mas sim direito público subjetivo, que gera efeitos independente da edição de norma infraconstitucional.

Em recentíssimo voto, proferido no julgamento do AgR-STA 175, o Ministro Gilmar Mendes, em consonância com a hodierna jurisprudência do STF, ratificou o caráter fundamental dos direitos sociais, ressaltando que, ao contrário do que ocorre em outros países, a Constituição de 1988 não deu a estes regime jurídico diverso de outros direitos fundamentais. Apesar da necessidade do cauteloso exame do caso concreto e de ter o constituinte conferido prioridade *prima facie* à concretização do direito à saúde em sua dimensão coletiva e mediante políticas públicas, reconheceu-se a possibilidade de sua efetivação pelo Poder Judiciário em demandas específicas. Lembrou-se, ademais de que a dimensão individual do direito à saúde já havia sido destacada pelo STF no AgR-RE nº 271.286, que teve por relator o Ministro Celso de Mello, em que se reconheceu o direito à saúde como direito público subjetivo:

“AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA 175 CEARÁ

EMENTA. Suspensão de Segurança. Agravo Regional. Saúde Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 96 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas Públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação dos Poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde; Responsabilidade solidária dos entes da Federação em material de saúde. Fornecimento de medicamento : Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade

de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 12.401/2011

Em uma clara tentativa do Governo Federal de reduzir a intervenção do Poder Judiciário no tema, fenômeno conhecido como “Judicialização da Saúde”, foi editada a Lei no. 12.401/11, que introduziu modificações na Lei 8.080/90.

Estabelece a Lei no. 12.401 em seu art. 19-M, item I, que a assistência médica integral constitui o fornecimento de medicamentos e produtos de interesse para saúde “cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta de protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P”.

A despeito de tal norma objetivar a otimização dos recursos públicos, privilegia o custo como condição para inclusão de novos medicamentos, produtos e procedimentos na lista do SUS, importando inobservância do princípio da integralidade e a liberdade de prescrição médica.

Tal norma só contribuirá para o melhoramento da saúde pública se os marcos foram eficientes, de modo que o Judiciário venha a ser o último poder a definir o que deve ser financiado pelo Sistema Único de Saúde, o que hoje ocorre por sua própria ineficiência e reiteradas fraudes nos processos de aquisição de insumos.

A regra de dispensação de medicamentos e produtos constantes na tabela do SUS só poderia ser considerada constitucional se não eximisse o Poder Público de fornecer outros medicamentos não listados, quando não há tratamento eficaz incorporado no SUS. Nas hipóteses em que haja tratamento eficaz para a doença, regulamentado através de protocolo, não se vislumbra qualquer ilegitimidade na observância de tais protocolos.

Do modo como foi editada, a lei assegura a prestação sanitária pública apenas nas hipóteses em que existam tabelas e prescrição de acordo com diretrizes terapêuticas instituídas em protocolo clínico elaborados

pelo gestor do SUS.

Além disso, a incorporação, exclusão ou alteração de novos medicamentos, produtos e procedimentos, protocolo ou diretriz é atribuição do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia do SUS. Vedou-se, ainda, expressamente, que o SUS pague por medicamentos, produtos ou procedimentos clínicos e cirúrgicos experimentais ou não autorizados ou não registrados pela ANVISA.

Oportuno salientar, por sua vez, que o sistema jurídico brasileiro não permite que o Judiciário seja impedido de intervir nas hipóteses em que verificar ofensa ou inobservância de direito social.

Consoante destacou o Ministro Gilmar Mendes no julgamento do STA 175, antes da edição de tal norma, *“a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação do princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre (...) rede pública e (...) rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais, como coletivas”*.

Ressalta, ainda, o Ministro que *“o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos Excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis”* (STA 371).

As normas contidas na Lei 12.401/2011 representam verdadeira limitação ao direito de saúde, importando inobservância da regra fixada no art. 196 da CF.

CONCLUSÃO

A Constituição de 1988 não se contentou em definir um estatuto de organização do Estado. Ao revés, o texto constitucional impôs programas,

metas e fins que devem ser buscados pelo Estado objetivando a implementação de uma nova ordem econômica e social. Seu conteúdo é vinculante para o Estado e toda a sociedade, que devem se orientar pela busca dos objetivos constitucionais.

A fruição do direito à saúde é condição indispensável para o desenvolvimento econômico e social do país, cabendo ao Estado implementar ações e serviços de saúde, buscando construir a nova ordem.

Nas ações em que se busca o fornecimento de medicamentos, o provimento jurisdicional deve confirmar a eficácia do direito à saúde, obrigando a Administração a prestar medicação além daquilo definido e previsto nas listas oficiais de medicamentos.

Sustentar diversamente, negando qualquer possibilidade de eficácia originária do direito à saúde, implica ofensa ao Princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, sujeitando a força normativa da Constituição à legislação e à administração, o que não pode ser admitido em um Estado democrático e legalista.

Ressalte-se, por fim, que grande parte dos medicamentos solicitados nas ações judiciais fazem parte de listas de medicamentos dos programas do SUS. Assim, pode-se concluir que a intervenção do Poder Judiciário diminuirá apenas quando o Estado apresentar maior eficiência no gasto do dinheiro público, tornando efetivos seus programas, sendo tal atuação proporcional à ineficiência do sistema de saúde pública. ♦

A Obrigação Constitucional à Saúde Pública: Modelo Brasileiro

Margaret de Olivaes Valle dos Santos¹

DIREITO À SAÚDE – INTRODUÇÃO

1.a. Os Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira

O Estado Democrático Brasileiro, inaugurado com a Constituição de 1988, tem como valores supremos: a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, entendida como a concretização do justo, do razoável e do proporcional, estendendo-se ao atuar do legislador, do intérprete e do aplicador das Leis a obrigatoriedade de respeito a estes valores.

A dignidade da pessoa humana, eleito como princípio fundamental do Estado Brasileiro, constitui-se paradigma axiológico de todo ordenamento jurídico, e atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais (artigo 5º), entre eles o direito à vida, à integridade física, que têm como corolário natural o direito saúde, e passa a nortear, também, a ordem econômica, social e educacional do Estado.

O Estado Brasileiro, que se autointitula Democrático de Direito, deixou, assim, de ser formal, neutro, individualista, para transformar-se em Estado Material de Direito, verdadeiro Estado Social de Direito, adotando uma dogmática que pretende realizar a Justiça Social, estabelecendo para tal direitos públicos subjetivos, entre eles o direito à saúde.

Os objetivos do Estado Brasileiro de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos sem qualquer tipo de discriminação (artigo 3ª), formam uma base de prestações positivas a

1 Juíza de Direito da 6ª Vara de Fazenda Pública - Capital.

serem implementadas pelo Estado para a concretização do sistema democrático, efetivando, na prática, o princípio da dignidade humana.

Apesar de serem as pessoas responsáveis por conferir ou não dignidade às suas vidas, é tarefa do Estado criar condições para que as pessoas se tornem dignas, na medida em que assegura a todos o exercício pleno dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição e amplia as possibilidades existenciais para o exercício da liberdade.

1.b. A Força Normativa da Constituição

Os princípios formam uma categoria especial de normas jurídicas, que se distinguem das demais por sua maior amplitude de campo de incidência, maior força jurídica e permanência em vigor em caso de conflito normativo.

Os princípios fundamentais têm a função de dar unidade ao sistema jurídico, não só direcionando a interpretação e a aplicação de suas normas, mas também gerando novas regras em caso de lacunas. São, assim, os princípios, normas, e não apenas meras diretrizes programáticas ou ideais ético-políticos, constituindo um “*sistema objetivo de valores*”², formando a base ética da sociedade.

Os direitos fundamentais do homem são hoje princípios que informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, sendo concretizados, no âmbito do direito positivo, em prerrogativas e garantias estabelecidas, de forma expressa, nas Constituições dos Estados contemporâneos.

Para que se cumpram a Constituição e seus princípios fundamentais, entre eles o respeito à dignidade humana, é necessário que o paradigma normativista do Estado Liberal individualista seja superado, passando-se entender “*a Constituição como um espaço de mediação ético-política da sociedade*”³, com a aplicação direta dos princípios ali estabelecidos, proceden-

2 COMPARATO, Fábio Konder. **Comentários ao Artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos**. *Op. cit.*, p. 30.

3 STRECK, Lenio Luiz. “As Constituições Sociais e a Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Fundamen-

do-se a uma “constitucionalização” do direito infraconstitucional.

O Estado Democrático de Direito exige uma *“nova postura hermenêutica, que envolve ‘dar-se conta’ do (novo) papel do Direito no Estado Democrático de Direito”*.⁴

Isso porque tem o Estado o poder/dever de intervir na proteção dos direitos fundamentais, uma vez que os mesmos só podem ser exercidos se forem impostos a todos, inclusive ao próprio Estado.⁵

2.a. O Papel do Poder Judiciário na Interpretação e Efetivação dos Princípios Fundamentais

Na medida em que a Constituição põe à disposição de todos os operadores do Direito os mecanismos para a implantação das políticas do Estado Social, compatíveis com o atendimento ao princípio da dignidade humana, resta claro que o centro das decisões, antes colocado no Legislativo e no Executivo, foi deslocado para o Judiciário.

A função do juiz na sociedade contemporânea é muito mais difícil e complexo do que sugeriam as doutrinas tradicionais, para as quais as decisões judiciais que correspondiam, em regra, à mera aplicação ao caso concreto da norma legal preestabelecida.

Hoje toda decisão judicial decorre necessariamente da interpretação de princípios e valores constitucionais e envolve escolhas discricionárias, que implicam necessariamente a valoração e o balanceamento dos valores envolvidos no conflito posto em juízo, resultando do que se costuma chamar de criatividade judicial.

tal.” In: Camargo, Margarida Maria Lacombe (Org). **1988-1998: Uma Década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 326.

⁴ Ibid., p. 328.

⁵ “Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além de direitos individuais [...], direitos sociais [...] antinômicos, no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos.” (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 11ª edição. Rio Janeiro: Campus, 1992, p. 21).

O processo de criatividade judicial na busca da decisão justa implica o reconhecimento de que conflitos, que algumas vezes sequer foram objeto de apreciação do legislador, devem ser resolvidos diretamente à luz dos princípios e valores constitucionais mediante processo interpretativo judicial que envolve sempre discricionariedade, mas não significa liberdade total, uma vez que o interprete juiz é vinculado ao ordenamento e aos próprios precedentes judiciais.⁶

Já se disse que o direito criado pelos juízes, através de suas decisões judiciais, é “sempre a reinterpretação dos princípios à luz de novas circunstâncias de fato(...) os juízes não suprimem princípios, uma vez que estes são bem estabelecidos, mas os modificam, ampliam-nos, ou recusam sua aplicação às circunstâncias da causa”⁷

Cada vez mais patente que as decisões judiciais sobre certa matéria têm a função de determinar a inteligência autêntica do direito, conferindo o alcance exato e a significação precisa das normas constitucionais, ajustando-as às novas realidades e às alterações sociais; processo que tem significado decisivo na consolidação e preservação da força normativa da Constituição.

2.b. O Fenômeno da “Judicialização”

Embora o Estado Brasileiro tenha cunho eminentemente social, o projeto econômico é evidentemente neo-liberal globalizado, sendo patente a ineficiência do sistema público estatal em dar efetividade aos direitos sociais estabelecidos no texto constitucional, como o caso do direito à saúde, em que esta tarefa é transferida ao setor privado, mediante o modelo chamado de saúde suplementar, assumindo o Estado mero papel regulamentador.

6 “Discricionariedade não quer dizer arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador livre de vínculos. Na verdade todo o sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais” CAPPELLETTI Mauro, **Juízes Legisladores**, 1993, Sérgio Fabris Editora, Porto Alegre, p. 24/25.

7 Do discurso de Lord Radcliffe na convenção anual do “Law Society” de 1964, citado sem referências bibliográficas por P. A. Jones, *Rival Law Reformers? The Solicitors’ J*, 110, 30.09. 1966, p 733.

Esse é o principal problema dos países em desenvolvimento, cujas condições econômicas não lhes permitem proteger a maioria dos direitos sociais, vivendo grande parte de sua população em condições de extrema pobreza, sem usufruir os direitos fundamentais de moradia, alimentação, emprego e saúde.

Some-se a isso aos altos índices de miséria e exclusão social por conta da pouca distribuição de renda e baixa escolaridade e a ineficiência do sistema público de saúde – SUS – por conta inclusive da corrupção.

Não consegue o Estado, nestes países periféricos, como o Brasil, proteger, a rigor, a dignidade de seu cidadão como ocorre no caso do direito à saúde, que é reconhecido como direito de todos e dever do Estado e deveria ser prestado por um sistema público de saúde eficiente e de qualidade.

Diante da possibilidade de acesso à justiça, o papel do Poder Judiciário de interpretação dos princípios constitucionais na solução dos casos concretos se faz cada vez mais presente, evidenciando a expansão do direito judiciário ou jurisprudencial, ou no que se convencionou chamar no poder criativo dos juízes.

Neste contexto, sobleva a judicialização das demandas envolvendo a efetivação do direito fundamental à saúde, inclusive, a atestar que cada vez mais o cidadão, diante da omissão do poder político em cumprir suas obrigações constitucionais, busca soluções judiciais para dar efetividade aos direitos sociais estabelecidos no texto constitucional.

Entretanto não se deve perder de vista que a dignidade da pessoa humana, elevada a princípio constitucional, deslocou a visão da pessoa humana, antes atomizada e individualista, para uma visão humanista, solidária e social. Implica dizer que no Estado Social, como diz Fábio Konder Comparato, a *“solidariedade prende-se à idéia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social”*⁸.

⁸ “Foi justamente para corrigir e superar o individualismo próprio da civilização burguesa, fundado nas liberdades privadas e na isonomia, que o movimento socialista fez atuar o princípio da solidariedade como dever jurídico, ainda que inexistente no meio social a fraternidade como virtude cívica. A solidariedade prende-se à ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social. É a transposição, no plano da sociedade política, da *obligatio in solidum* do direito privado romano (D. 45, 2, 11). O fundamento ético desse princípio encontra-se na ideia de Justiça distributiva, entendida como necessária compensação de

Os fins sociais contidos na Constituição da República apontam para uma ideia geral de justiça social, e impõem a readequação de institutos criados para a proteção de interesses meramente individuais e patrimoniais, aos princípios e valores sociais que norteiam o ordenamento. Isso porque a necessidade da proteção integral do ser humano, “*não é orientada apenas aos direitos individuais pertencentes ao sujeito no seu precípua e exclusivo interesse, mas, sim, aos direitos individuais sociais, que têm uma forte carga de solidariedade, que constitui o seu pressuposto e fundamento*”, e deve ser entendida “*como instrumentos para construir uma comunidade*”.⁹

Ainda que o princípio da “reserva do possível” cunhado na Suprema Corte Alemã tenha sido utilizado de forma equivocada no Brasil, na maioria das vezes para encobrir a falência do sistema público de saúde, e com toda razão tenha tido sua aplicação afastada, cada vez mais as decisões jurisprudenciais têm que levar em conta que, no que tange aos direitos fundamentais sociais, como é o caso do direito à saúde, a garantia do direito individual só pode se concretizar através do que é justo, razoável e proporcional para a sociedade como um todo e, especialmente, para todos aqueles em igual situação, sob pena de violação aos princípios fundamentais de isonomia e de solidariedade social.

Não por outro motivo é que o dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave, que não possui condições financeiras para comprá-lo, foi considerado matéria de repercussão geral pelo STF.

Conclusão

Como se infere, atualmente, o problema principal do Estado em relação aos direitos fundamentais não é justificá-los, mas encontrar maneiras de protegê-los.

bens e vantagens entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana. É a medida proporcional de que fala Aristóteles.” (COMPARATO, Fábio Konder. **Comentários ao Artigo 1º da Declaração Universal de Direitos Humanos**. *Op. cit.*, p. 34)

9 PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil-Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 38.

Com a visível diminuição das funções sociais e políticas do Estado e a ampliação do papel político das empresas na regulação da vida social, assiste-se a um verdadeiro retrocesso na noção de bem público e de solidariedade.

Mesmo porque a minimização do Estado em países capitalistas que vivenciaram o “welfare state”, Estado Providência ou Social, tem consequências totalmente diversas daquelas ocorridas em países periféricos, como o Brasil.

A globalização, sonhada como possibilidade de maior humanização, via desenvolvimento da técnica a serviço do homem, na medida em que erige como valores máximos a competitividade e o lucro, em verdade aniquila a noção de solidariedade, devolve o homem à noção primitiva do “cada um por si”, reduzindo a noção de moralidade pública e particular.

Neste contexto, resta patente que a efetivação de maior proteção dos direitos fundamentais não é só um problema jurídico, mas especialmente um problema de natureza política, diretamente ligado ao desenvolvimento global da civilização humana. ♦

6. Bibliografia

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Granda. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10.ed., Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 11. ed., Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. 3ª edição. São Paulo: Editora Mandarim, 2.000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 1993

COMPARATO, Fábio Konder. “Comentários ao Artigo Primeiro da Declaração Universal de Direitos Humanos”. *In: 50 Anos da Declaração de Direitos Humanos – Conquistas e Desafios*, Brasília: Editado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Comissão de Direitos Humanos, p. 29-36, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. “A desnacionalização da economia brasileira e suas conseqüências políticas”. *In: Revista Cidadania e Justiça*. AMB, ano 3, n. 7. Rio de Janeiro: 2o. semestre de 1999, p. 84- 92.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

HESSE, Karl, **A força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editora, 1991.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Galouste Gulbekin, 1983.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “A caminho do Direito Civil Constitucional.” *In: Revista do Direito, Estado e Sociedade*, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-RJ, v.1, Rio de Janeiro: julho/dezembro 1991, p. 33 e ss..

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e Direito Civil: Tendências**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, p. 95/113.

MORAES, Maria Celina Bodin de. “O Direito Civil Constitucional”. *In* **1988-1998: Uma Década de Constituição**. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.), Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, 115-127.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil- Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1997.

SANTOS, Milton. **Técnica, Espaço, Tempo: Globalização e Meio Técnico-Científico Informacional**. 3. ed. São Paulo: Editora HUCITEC, 1997.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização - do Pensamento Único à Consciência Universal**. 2.ed. São Paulo: Editora Record, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. **As Constituições Sociais e a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental**. *In* **1988-1998: Uma Década de Constituição**. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.), Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1999, 331-368.

A Possibilidade da Interferência do Poder Judiciário no Controle de Políticas Públicas

Neusa Regina Larsen de Alvarenga Leite¹

1. Introdução

Este trabalho, em consonância com o estabelecido no Ato Regimento n.º 03/2011 da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), busca examinar a questão do controle judicial nas políticas sanitárias.

Versa, assim, a controvérsia sobre a possibilidade da interferência pelo Poder Judiciário no controle de políticas públicas quando há violação a direito fundamental ou falta injustificada de programa de governo. A existência ou não de legitimidade do Poder Judiciário e da sua utilização como instrumento para restabelecer a ordem jurídica violada.

2. Desenvolvimento

Atualmente, no Brasil a Constituição República (CR) garante o direito à saúde. Em seu artigo 196, determina que é dever do Estado, por intermédio de políticas sociais e econômicas, reduzir o risco de doenças concedendo acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Assim, conjugando a referida norma programática com o artigo 2º da Lei n.º 8.080/1990, que estabelece que a saúde é um direito fundamental do ser humano e que o Estado deve prover as condições in-

¹ Juíza de Direito da 14ª Vara da Fazenda Pública - Capital.

dispensáveis ao seu pleno exercício, conclui-se que a atuação do Poder Judiciário é legítima e que as decisões, bem como as sentenças, decorrem de comando legal.

O sistema de saúde pública, no modelo existente, não consegue atender em sua plenitude as necessidades da população, obrigando-a a recorrer ao Poder Judiciário para que possa obter a medicação de que necessita para o tratamento de sua patologia.

A omissão injustificada da Administração Pública gera um aumento mensal significativo no número de demandas e uma interferência mais frequente do Poder Judiciário na solução da desigualdade entre a população desprovida de recursos e o Poder Executivo.

Frise-se que não se trata de um controle judicial de políticas públicas, mas sim de solução de um conflito de interesses, em que de um lado está o Poder Público e de outro o hipossuficiente, inexistindo violação ao princípio da separação dos poderes.

Ao Poder Judiciário cabe exigir a observância da Constituição, que na hipótese sob exame, é fazer com que o Estado garanta o direito à saúde, mesmo que para isso tenha que se prolar uma decisão de caráter compulsório.

Ressalte-se, contudo, que as exigências não abrangem prestações supérfluas, pois isto atingiria o princípio da razoabilidade, o que é vedado pela própria Constituição. Ademais, quando se impõe ao Poder Público o custeio de determinado tratamento médico, por via transversa está se exigindo isso da própria população.

Repita-se que a saúde é direito fundamental assegurado no artigo 6º da Constituição da República (CR). Trata-se de dever do Poder Público cujo atendimento deve ser integral, com acesso universal e igualitário (artigo 196 da CR).

O fornecimento do remédio é mais do que direito à saúde, é o próprio direito à vida, pois a medicação pleiteada visa a impedir a evolução de doença grave que pode gerar danos irreversíveis. Por ser a parte requerente financeiramente hipossuficiente, recai sobre os entes públicos o encargo de fornecer os meios necessários ao tratamento médico solicitado.

Em consonância com a norma constitucional (artigo 198), a Lei n.º 8.080/90 criou o Sistema Único de Saúde (SUS), de extensão nacional, integrado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, impondo-lhes o dever jurídico de assistência farmacêutica, hospitalar e solidária aos doentes necessitados.

“Fornecimento de medicamento. Poder Público. Obrigatoriedade. Responsabilidade solidária. Sentença confirmada. Medicamentos. Antecipação de tutela. Em sede de tutela do direito à vida e à saúde a Carta Magna proclama a solidariedade da pessoa jurídica de direito público, na perspectiva de que a competência da União não exclui a dos Estados e a dos Municípios (inciso II do artigo 23 da CRFB/88). Demais, a Lei nº 8.080/90 que criou o sistema único de saúde (SUS) integra a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e lhes impõe o dever jurídico de assistência farmacêutica, médico-hospitalar e solidária aos doentes necessitados. Resulta inquestionável a legitimidade ad causam do apelante para compor o pólo passivo da demanda e o interesse jurídico da autora em postular a tutela necessária à proteção de sua saúde, nesta via jurisdicional, não havendo motivo legal para extinguir-se a ação sem julgamento de mérito”. (TJRJ, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. Roberto de Abreu e Silva, j. 04/06/2002)

“Fornecimento de medicamento, doença grave. Sistema Único de Saúde (SUS). Poder Público Municipal. Obrigatoriedade. Responsabilidade solidária. Chamamento ao processo. Impossibilidade. Administrativo. Saúde Pública. Aposentado pobre e portador do Mal de Alzheimer. Embora conjunta a ação dos entes integrantes do Sistema Único de Saúde, pode o necessitado acionar qualquer deles, ante o princípio concursus partes fiunt, já que a solidariedade, que o excepciona, não se presume (Código Civil, art. 896). Rejeição, por isso, da preliminar de chamamento ao processo da União e do Estado. O caráter pragmático da

regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado” (Supremo Tribunal Federal, AGRRE 27128-RS, 2ª Turma, Relator Ministro Celso de Mello, DJU, de 24.11.2000).

A questão orçamentária, também, não é capaz de afastar a pretensão, tendo em vista a natureza fundamental do direito.

“Nem se alegue que o Estado não pode realizar despesas sem previsões orçamentárias. Tal é verdadeiro no que concerne ao orçamento fiscal, referente aos órgãos públicos, mas não o é no que tange ao orçamento da seguridade social, em que se integram as atividades da saúde pública, onde gerenciam verbas que também, e principalmente, recebe de outras entidades.

*Vejam-se as disposições do artigo 165 § 5º, III, complementadas pelas constantes dos artigos 196 a 197, todas da Lei Maior”. (SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez, “Direito Fundamental à Saúde - Tutela de Urgência” - **Revista da EMERJ**, v. 6, n. 24, 2003 – fls. 216).*

Por outro lado, deve ser ressaltado que, em muitos casos, a ordem judicial não é cumprida pelo Poder Executivo gerando como única e última alternativa o sequestro de verba pública.

Importa destacar que em todas as demandas em que há determinação de sequestro de verba, o Estado já foi citado e, portanto, tem ciência de sua obrigação para com aquele paciente, não se apresentando razoável

a ausência do medicamento nas Secretarias de Saúde ou o atraso nos processos de compra.

Assim, conforme já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça (STJ), nestas hipóteses a interferência no orçamento público é legítima e justificável, devendo ser considerada medida excepcional e necessária, pois objetiva proteger o bem maior que é a vida.

“ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade da Reserva do Possível ao Mínimo Existencial. 1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. 2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal. 3. In casu, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que “o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios,

de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros “ (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005). Agravo regimental improvido.” (STJ, 2ª Turma, Ministro Relator Humberto Martins, AgRg no Recurso Especial 1.136.549-RS)

A teoria da reserva do possível tem sido utilizada como tese de defesa da Administração Pública. No entanto, apesar das limitações orçamentárias, tal princípio não pode ser indicado de forma indiscriminada.

Na Alemanha, onde foi construída tal teoria, os direitos sociais são efetivados de forma satisfatória, o que não é o caso do Brasil. Assim, para se aplicar preceitos do direito comparado, impõe-se o conhecimento das peculiaridades jurídicas e sociológicas de cada país.

Desta forma, não havendo comprovação da incapacidade econômico-financeira do Poder Público, inexistente empecilho jurídico para que o Poder Judiciário determine a compra do medicamento por aquele.

O Supremo Tribunal Federal (STF) considera a saúde um direito público subjetivo cuja prerrogativa jurídica é indisponível e assegurada à generalidade das pessoas.²

Desta forma, mesmo nos casos dos medicamentos não registrados na ANVISA, não há ilicitude. Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), os direitos fundamentais possuem supremacia sobre qualquer outro fundamento de fato ou de direito.

Assim, a responsabilidade pelo fornecimento dos medicamentos decorre da garantia do direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, sendo constitucionalmente atribuída, solidariamente com os entes federativos.

Frise-se que o fato de o medicamento não ser registrado na ANVISA é insuficiente para afastar a responsabilidade dos entes federativos quanto

2 STF, Ag. Reg. no RE n.º 271.286/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 12/09/2000.

ao seu fornecimento, principalmente quando se tem um laudo médico indicando a medicação e, no caso específico do Rio de Janeiro, o parecer do Núcleo de Assessoria Técnica (NAT).

Os medicamentos arrolados pelo Poder público estão em Portaria que não se sobrepõe à Carta Magna.

Outra questão importante é a da relativização da aplicação das normas que consagram os direitos fundamentais perante a limitação dos recursos financeiros.

O entendimento predominante sobre o tema é o da impossibilidade da referida relativização quando o assunto é medicação ou melhor, garantia do direito à vida.

Trata-se de direito fundamental e a aplicação da relativização em virtude da limitação de recursos poderia gerar ponderações perigosas contra a saúde e a vida humana.

Na hipótese de confronto entre tratar milhares de doentes vítimas de moléstias comuns com medicamentos comuns e tratar um grupo restrito de portadores de doenças raras, penosas ou de cura improvável, a melhor decisão deve ser a de tratar todos. Só assim se cumpre o mandamento constitucional.

3. Conclusão

Assegurar um mínimo de dignidade humana por intermédio de serviços públicos essenciais é objetivo da Constituição da República, não podendo ser condicionado à conveniência política da Administração.

Por fim, da leitura do artigo 2º da Lei n.º 8.080/1990 e do artigo 196 da Constituição da República (CR), conclui-se que o direito à saúde deve ser uma prioridade do Estado, uma vez que diretamente ligado ao direito à vida. ♦

Referências Bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**, 3 ed., São Paulo: Renovar, 1996, p. 83.

BARROSO, Luís Robert. *In* Moreira, Eduardo Ribeiro e Pugliesi, Marcio (Org.), **20 Anos da Constituição Brasileira**, Editora Saraiva, 2009, p. 163/193.

DE MORAES, Alexandre, **Direito Constitucional**, 22^a ed., São Paulo, Atlas, 2007.

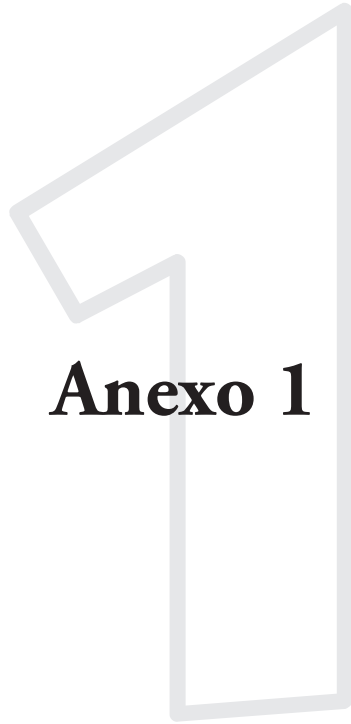
GANDINI, João Agnaldo Donizeti, Barione, Samantha Ferreira e De Souza, André Evangelista, *In* Scwarz, Rodrigo Garcia (Org.), **Direito Administrativo Contemporâneo Administração Pública, Justiça e Cidadania: Garantias Fundamentais e Direitos Sociais**, Editora Elsevier, 2010, p. 77/89.

SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. *In* Guerra, Alexandre Dartanhan de Mello, Pires, Luís Manuel Pires e Benacchio, Marcello (Org.), **Responsabilidade Civil do Estado Desafios Contemporâneos**, São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 872/883.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 24 ed., São Paulo. Malheiros, 2005, p. 308/309.

Sites: <<http://www.stf.jus.br> e www.tjrj.jus.br>





Anexo 1



Programação do Curso

Seminário de Direito Sanitário

De 24/05/2012

10h às 10h30min

Abertura

Dra. Lucia Lea Guimarães Tavares

Procuradora Geral do Estado

Dr. Nilson Bruno

Defensor Público Geral do Estado

Des. Leila Mariano

Desembargadora de Tribunal de Justiça do Estado e Diretora da Escola da Magistratura

10h30min às 12h30min

1º Painel

“O Sistema de Saúde Pública Brasileiro”

Palestrantes:

Maria Inez Pordeus Gadelha

Coordenadora-Geral de Alta e Média Complexidades da Secretaria de Atenção à Saúde (SAS) do Ministério da Saúde

Gustavo Amaral

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Presidente de Mesa:

Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

14h às 16h

2º Painel

“A Integralidade na Regulamentação Proposta pela Lei 12.401/2011 e a sua Constitucionalidade”.

Palestrantes:

Fabio Souza

Juiz Federal

Fernando Aith

Professor Doutor do Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo – FMUSP

Presidente de Mesa:

Ciro Grynberg

Procurador-Chefe da Procuradoria de Serviços de Saúde

16h30min às 18h30min

3º Painel

“O Alto Custo de Medicamentos no Brasil – O Licenciamento Compulsório como Mecanismo de Repressão”

Palestrantes:

Calixto Salomão Filho

Professor Titular da USP

Patrícia Sampaio

Professora da FGV Direito Rio

Presidente de Mesa:

Leonardo Espíndola

Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro

Dia 25/05/2012

9h às 10h40min

4º Painel

“A Incorporação de Tecnologias pelo SUS e o Processo de Regulação da ANVISA”

Palestrantes:

Cintia Morgado

Procuradora do Estado do Rio de Janeiro

Vera Lucia Edais Pepe

Médica e pesquisadora do Departamento de Administração e planejamento em Saúde da ENSP/FIOCRUZ

Clarice Petramale

Diretora da Comissão de Incorporação de Tecnologias da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde

Presidente de Mesa:

Anabelle Macedo Silva

Promotora de Justiça de Tutela Coletiva da saúde da Capital do Estado do Rio de Janeiro

11h às 13h

5º Painel

“O Controle Judicial dos Atos de Registro Sanitário e da incorporação de Tecnologias pelo SUS”

Palestrantes:

Rodrigo Brandão

Procurador do Município do Rio de Janeiro e Professor Adjunto de Direito Constitucional da UERJ

Patricia Baptista

Professora Adjunta de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.

Presidente de Mesa:

Miriam Ventura

Advogada e Professora Assistente do Instituto de Estudos de Saúde Coletiva da Universidade Federal do Rio de Janeiro

14h30min às 16h15min

6º Painel

“A Liberdade de Prescrição Médica e o Impacto na Gestão do SUS”

Palestrantes:

Luiz Duarte

Procurador do Estado de São Paulo

Andry Fiterman Costa

Consultor do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) em Farmacologia Clínica e Farmaco-economia; Consultor da Comissão de Assistência Farmacêutica na Secretaria Estadual da Saúde do RS; Consultor da Unidade de Pesquisa Clínica do Hospital de Clínicas de Porto Alegre; Professor do curso de Especialização em Avaliação de Tecnologias em Saúde da UFRGS

Cyro Grynberg

Procurador-Chefe da Procuradoria de Serviços de Saúde

Presidente de Mesa:

Neusa Regina Larsen de Alvarenga Leite

Juíza de Direito

16h30min às 18h15min

7º Painel

“O Titular da Assistência Farmacuetica Pública”

Palestrantes:

Leila Albuquerque

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Hugo Gonçalves Gomes Filho

Procurador-Coordenador do Núcleo de Medicamentos da Procuradoria do Município do Rio de Janeiro

Presidente de Mesa:

Janaina Andrade Sousa Cruz

Procuradora-Assistente da Procuradoria de Serviços de Saúde

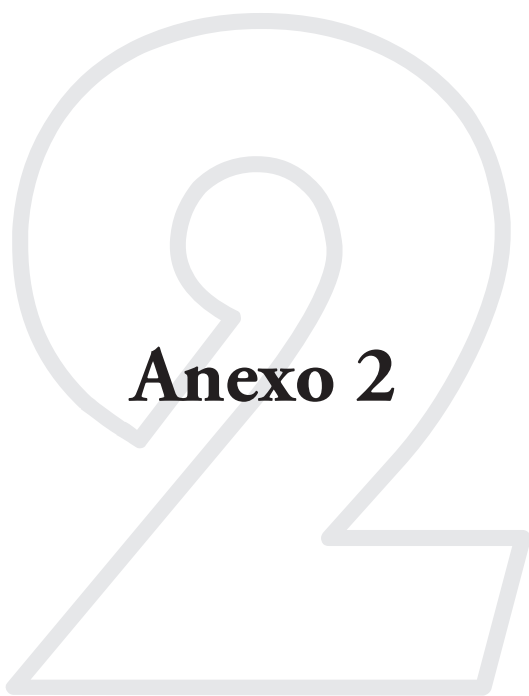
18h30min às 19h15min

Conferência de Encerramento

Palestrante:

Ligia Bahia

*Professora Adjunta do Instituto de Estudos em Saúde Coletiva - IESCI/UFRJ;
Médica; Mestre em Saúde Pública (ENSP/Fiocruz, 1991)*



Anexo 2



**PROCESSO Nº 2012163****PARECER nº 2012163 – 0022012****ESCOLA:** Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ**CURSO:** Seminário de Direito Sanitário

Senhor Coordenador de Ensino,

I – Relatório

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ solicitou, em 27 de abril de 2012, o credenciamento do curso intitulado “**Seminário de Direito Sanitário**”, sob a modalidade presencial, com carga horária de 20 (vinte) horas-aula, oferecidas 250 (duzentas e cinquenta) vagas. O curso será ministrado no período de 24 e 25 de maio de 2012.

Examinado o pedido, verificou-se que, com exceção ao prazo para solicitação do credenciamento, foram atendidas as determinações normativas da Enfam.

Obedecendo aos ditames do Art. 13, da Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011, o Processo foi concluído ao Excelentíssimo Senhor Ministro Diretor-Geral da Enfam, que assim decidiu:

“Trata-se de pedido de credenciamento de curso, sob a modalidade presencial, com duração de 20 (horas) horas-aula, solicitado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

O pedido de credenciamento do curso em análise, embora atenda a quase totalidade das disposições exigidas pela Enfam (Resolução nº 1, de 8 de junho de 2011 e Resolução nº 2, de 16 de março e 2009), foi apresentado intempestivamente.

A Desembargadora Leila Mariano, Diretora-Geral da EMERJ justificou a extemporaneidade aduzindo:

“Devido à dificuldade de obtermos, em tempo hábil, as informações necessárias ao cadastramento dos cursos abaixo elencados, vimos solicitar o obséquio de aceitar, intempestivamente, os pedidos de credenciamento.

CURSO	Observação:
IV Jornada Médico-Jurídica de Saúde	Processo Nº 201.2157

Suplementar. “Composição Alternativa dos Conflitos de saúde”	
1º Seminário de Direito Eleitoral: Temas Relevantes para as Eleições de 2012	Processo nº 201.2156
Propriedade Industrial e Desenvolvimento: O papel do Poder Judiciário	Encaminhado em 27/04/2012 e reenviado em 02/04
Seminário de Direito Sanitário	Pedido de credenciamento enviado em 27/04/2012

Contando com sua habitual atenção”,

*Acolho a justificativa apresentada pela Escola Judicial do Estado do Amapá. Determino o processamento do feito.
Comunique-se.”*

II - Conclusão

Diante do exposto, sanada a pendência e preenchidos os requisitos dos atos normativos que regem a matéria (Resolução nº 1, de 6 de junho de 2011 e Resolução nº 2, de 16 de março e 2009), opino pelo deferimento do pedido de credenciamento do curso de “**Seminário de Direito Sanitário**”, realizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

À superior consideração.

Brasília, 25 de junho de 2012


Márcia Goulart Milán Yamaguti
Enfam – Técnica Judiciária

ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS

PORTARIA Nº 240 DE 26 DE JUNHO DE 2012.

Credencia o curso de aperfeiçoamento denominado “**Seminário de Direito Sanitário**”, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

O DIRETOR-GERAL DA ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS, usando de suas atribuições e tendo em vista o disposto na Resolução nº 1 da Enfam, de 6 de junho de 2011,

RESOLVE

Credenciar, para efeitos do disposto na mencionada resolução, o curso de aperfeiçoamento denominado “**Seminário de Direito Sanitário**”, com carga horária total de 20 (vinte) horas-aula, ministrado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), nos termos do Processo nº 2012163 - Credenciamento.


Ministro Cesar Asfor Rocha
Diretor-Geral

Enfam

Portaria de credenciamento nº 240 de 26 / 06 / 12

Publicada no DJ de 16 / 08 / 12

Conferido por 