

IV Seminário do IDCC

NOVOS DIREITOS SOCIAIS



INSTITUTO DE PESQUISA E
EXTENSÃO, PERSPECTIVAS
E DESAFIOS DE HUMANIZAÇÃO DO
DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Humanização do Direito e Proteção Social dos Hipervulneráveis Volume II



Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa

Larissa Maria de Moraes Leal

Henrique Ribeiro Cardoso

ORGANIZADORES

Comissão Editorial

Ana Clara Montenegro Fonseca

Cinthia Caroline L. do Nascimento

Filipe Lins dos Santos

Gabriel Honorato de Carvalho

Juliana Fernandes Moreira

Maria Cristina Paiva Santiago

Conselho Científico

Adriano Marteleto Godinho

Ana Paula Correia de Albuquerque da

Costa

Heloisa Helena Pinho Veloso

Henrique Ribeiro Cardoso

Jailton Macena de Araújo

Larissa Maria de Moraes Leal

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt

Junior

Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer

Feitosa

Rodrigo Azevedo Toscano de Brito

Wladimir Alcibiades Marinho Falcao

Cunha

H667

Humanização do direito e proteção social dos hipervulneráveis (Vol. II) / Organizadores: Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa; Larissa Maria de Moraes Leal; Henrique Ribeiro Cardoso – João Pessoa: IDCC, 2018.

129 p.

ISBN 978-85-92966-10-2

1. Hipervulnerabilidade 2. Saúde 3. Humanização do Direito Civil-Constitucional.

I. Costa, Ana Paula Correia de Albuquerque da II. Leal, Larissa Maria de Moraes III. Cardoso, Henrique Ribeiro (organizadores).

CDU – 347:342

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	1
RISCO E RETORNO: UMA ANÁLISE DA INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.....	3
GESTÃO PESSOAL E IMPACTOS FINANCEIROS COM O TRATAMENTO DE PACIENTES COM CÂNCER NO BRASIL	21
A TUTELA DOS DIREITOS CONSUMERISTA DE TELECOMUNICAÇÕES ATRAVÉS DOS <i>PUNITIVES DAMAGES</i>	35
DIREITO À SAÚDE E HUMANIZAÇÃO: A EXPERIÊNCIA NO ERO/UFPB PARA A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DO DIREITO CIVIL SOCIAL	55
A TUTELA PROVISÓRIA COMO MECANISMO DE EFETIVO ACESSO AO DIREITO À SAÚDE: UM ENFOQUE SOBRE A COGNIÇÃO JUDICIAL	68
DESAFIOS AO EMPODERAMENTO DE PACIENTES EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE ECONÔMICA NO BRASIL.....	90
O DIREITO À ESTÉTICA DO PACIENTE ONCOLÓGICO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	103
JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: EXCESSO OU NECESSIDADE?	111

APRESENTAÇÃO

O Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional (IDCC) foi criado em 2012 por iniciativa de docentes da Universidade Federal da Paraíba (UFPB) com o objetivo de fomentar estudos e pesquisas na área do direito civil em uma perspectiva transdisciplinar.

O IDCC envolve atualmente uma rede ampla de colaboradores, abrangendo pesquisadores do direito de diversas instituições de ensino nacionais e internacionais, que desenvolvem estudos em temáticas correlatas às pesquisas do direito civil, sob o viés da humanização e da garantia da efetivação da dignidade humana, com fulcro nos direitos humanos e na promoção do desenvolvimento.

Desta forma, o IDCC, no seu IV Seminário tenta abordar, da forma mais ampla possível, as mais várias e multifacetadas compreensões acerca do fenômeno jurídico, reunindo pesquisadores do Brasil e do mundo em torno das discussões sobre hipervulnerabilidade, saúde, humanização e os novos direitos sociais, como panorama para a reaproximação entre as discussões que circunscrevem o direito civil e a sua verdadeira vocação para efetivação do bem-estar social das pessoas.

As novas vertentes jurídicas têm levado a crer que a compreensão do direito é difusa e realoca o centro das discussões não apenas nos aspectos normativos da ordem jurídica constitucional. O ser humano, centro e razão da vida social deve ser posto como norte primordial das discussões e das tentativas de solução para os problemas contemporâneos. A obra que ora se apresenta é fruto destas inflexões e inquietações e representam o melhor das discussões e debates que ocorreram no “IV Seminário do IDCC: Novos direitos sociais”, realizado no Hotel Manaíra, em João Pessoa-PB, no período de 18 a 20 de outubro de 2017.

As apresentações e as discussões, tão caras à academia, produziram os artigos científicos que ora se revelam: são frutos importantes uma produção comprometida com as

pesquisas acadêmicas mais profundas e servem de alicerce para novas discussões que levam a própria transformação do direito.

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa

Jailton Macena de Araújo

RISCO E RETORNO: UMA ANÁLISE DA INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Me. Igor de Lucena Mascarenhas¹

Karla Jeanne Braz Ferreira²

RESUMO: O presente trabalho aborda a aplicação da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária. Trata-se de uma teoria não prevista de forma expressa no Código Civil, mas que tem sido aplicada jurisprudencialmente a praticamente todos os campos do direito contratual, na qual há uma vedação à atuação do credor, inclusive impedindo a resolução contratual. No cenário da alienação fiduciária, instrumento contratual em que a posse direta do bem é detida pelo devedor e a posse indireta pelo credor e a propriedade só é transferida com o adimplemento total das parcelas, tem-se que a teoria do adimplemento substancial vinha impedindo os credores de utilizarem medidas como busca e apreensão dos bens envolvidos no contrato e garantia do adimplemento da dívida, em razão da intervenção do Judiciário pró-devedor. A partir de uma revisão bibliográfica e jurisprudencial, pretendeu-se analisar a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.622.555 - MG (2015/0279732-8) em que houve a modificação do entendimento de várias cortes estaduais, uma vez que foi definida a não aplicação da teoria do adimplemento substancial em razão da lei contratual própria que exige o adimplemento integral como meio de quitação da dívida e prevê medidas específicas para exigir o cumprimento do negócio jurídico. Em paralelo, a Corte sopesou os efeitos financeiros que repercutiam no mercado em razão da negativa do direito de promoção da busca e apreensão, que poderia acarretar, inclusive, na majoração dos custos contratuais dessa espécie, em razão da ampliação dos riscos.

¹ Advogado e Professor. Mestre em Ciências Jurídicas - Área de Concentração: Direito Econômico (UFPB); Especialista em Direito Civil Constitucional (ESMA/UFPB). Email: igormascar@gmail.com

² Advogada. Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas de Patos. Email: karllabraz@icloud.com.br

PALAVRAS-CHAVE: Contratos de Alienação Fiduciária; Teoria do Adimplemento Substancial; Inaplicabilidade; Superior Tribunal de Justiça; REsp n.º 1.622.555-MG (2015/0279732-8).

ABSTRACT: The paper discusses the application of the theory of substantial performance in fiduciary alienation contracts. It is a platform not expressly foreseen in the Civil Code, but has been applied jurisprudentially to practically all fields of contractual law, in which there is a prohibition of the creditor's acting, including preventing a contractual resolution. In the scenario of fiduciary alienation, a contractual instrument in which the direct rights of the property is held by the debt holder, and indirect rights by the creditor, and the ownership transfer only occur with the total payment of the installments, it is assumed that the substantial performance theory was preventing creditors from using measures such as search and seizure of the assets involved in the contract, and guarantee of debt payment, due to the intervention of the judiciary pro-debtor. Following a bibliographic review and case law, it was intended to analyze the decision of the Superior Court of Justice, in Special Appeal n.º 1.622.555 - MG (2015 / 0279732-8), in which there was an understanding modification of several state courts, once it was defined by non-application of the substantial performance theory by virtue of the contractual law itself that requires full compliance with debt payment and provides specific measures to require compliance with the legal transaction. In parallel, the Court weighed the financial effects that had repercussions in the market due to the negative of the right to promote search and seizure, which could even increase the contractual costs of this species, due to the risk increase.

KEYWORDS: Fiduciary Alienation Contracts; Theory of Substantial Performance; Inapplicability; Superior Court of Justice; Special Appel n.º 1.622.555 - MG (2015/0279732-8).

INTRODUÇÃO

Os contratos estão cada vez mais dinâmicos no cenário social. São verdadeiros instrumentos para garantir o acesso à bens e serviços que outrora, o cidadão comum não teria. Enquanto no modelo liberal o contrato era visto como um meio de satisfação individual das

partes, na atual contemporaneidade o contrato passa a ser visto como um meio coletivo, um instrumento de acesso e concretização de políticas públicas, evidenciando assim, a sua função social.

O contrato de alienação fiduciária surgiu como um mecanismo de facilitação de acesso ao crédito, sobretudo por colocar o bem alienado como garantia da própria dívida. Desta forma, em caso de inadimplemento do devedor, poderia o credor promover a busca e apreensão do bem como meio coercitivo de garantia da satisfação do crédito, ou, ao menos, de uma parcela significativa.

A teoria do adimplemento substancial, por outro lado, surge como um instrumento de limitação do direito do credor resolver o negócio jurídico em razão de inadimplemento. A partir do momento em que restringe a atuação do detentor do direito ao recebimento da obrigação em razão do adimplemento quase que total da dívida por parte do devedor, obsta a utilização de medida legal para satisfazer a pretensão do negócio jurídico.

Neste ponto, aplica-se jurisprudencialmente, por intermédio desta teoria, a razoabilidade de limitar a atuação do credor em razão da boa-fé do devedor e do pagamento quase que integral da dívida, de sorte que aplicar sanções excessivas ao devedor poderia não ser encarada como a medida mais justa e eficiente, conforme o caso concreto.

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a colisão entre as duas realidades: a aplicação da teoria do adimplemento substancial no contrato de alienação fiduciária. Seria justo para com o devedor a tomada do bem, através de busca e apreensão, para satisfação de uma dívida que representa apenas 8,33% das parcelas totais? Poderia o credor demandar em desfavor do devedor para utilizar a busca e apreensão do bem como meio de pressão para satisfação do crédito pelo pagamento direto pelo credor ou mesmo para utilizar o bem para pagamento da dívida?

Os questionamentos apresentados surgem deste contraponto fático e colisão entre os preceitos contratuais, bem como, interpretação restritiva de norma legal dispendo acerca de medidas para satisfazer o negócio jurídico, em especial, o de alienação fiduciária, ante o entendimento de parcela da jurisprudência, que se utiliza da teoria do adimplemento substancial para justificar a não concessão de busca e apreensão dos bens em contratos de alienação fiduciária.

A partir desse cenário, percebe-se que há um conflito de interesses e a hiperexploração principiológica, uma vez que o Judiciário intervém cada vez mais no conteúdo contratual, seja através da revisão contratual, reinterpretação de cláusulas contratuais ou aplicando, de forma irrestrita, princípios e institutos para, supostamente, garantir o reequilíbrio contratual, preocupando-se apenas com os efeitos *inter partes* que são produzidos pela decisão.

Com o fito de garantir a resposta ao questionamento formulado, propõe-se a apresentação da espécie contratual e da teoria em debate e, a partir da análise do Recurso Especial nº 1.622.555 - MG (2015/0279732-8), verificar as razões e fundamentos para a aplicabilidade ou inaplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária. Para alcançar o objetivo proposto, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, a análise jurisprudencial e o método dedutivo para responder aos questionamentos e objetivos definidos.

O CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

A realidade do sistema econômico brasileiro centrado nos ideais de capitalismo, economia de mercado, livre iniciativa e concorrência, com mínima intervenção estatal nas relações de autonomia privada entre particulares desencadeia um cenário de complexidade e diversidade das relações econômicas existentes na atualidade. Diante deste panorama, o Direito Civil através do Código Civil de 2002 juntamente com os seus microssistemas legais, busca instruir e orientar o modo como estas relações devem ocorrer dentro dos parâmetros de legalidade para evitar a intervenção do Estado.

Especificamente no plano das relações contratuais e negócios jurídicos, surge a figura do contrato de Alienação Fiduciária, também reconhecido como alienação em garantia. Faz-se necessário conceituar o referido dispositivo, delineando as características e o contexto no qual este encontra-se inserido.

Trata-se pois, de modalidade contratual que consiste na transferência do domínio resolúvel sobre o bem negociado e posto em garantia, no qual o credor é detentor da posse indireta e o devedor da posse direta deste e a tradição efetiva do bem ocorre com o adimplemento da obrigação.

Visto que tem natureza contratual, segue os princípios genéricos elencados pelo Código Civil, quais sejam o da função social do contrato (art. 421, CC/02) e da boa-fé objetiva (art. 422, CC/02) que tem o condão de limitar a liberdade e autonomia contratual com o intuito de preservar as relações negociais como um todo.

Considerando que o contrato é uma manifestação de vontade em determinado contexto histórico e factual, não se pode abstrair as normas da conjuntura em que elas foram firmadas. O respeito a finalidade contratual é a aplicação do “princípio da não surpresa”, de sorte que, caso respeitada a vontade entabulada anteriormente, não haverá surpresa na solução encontrada, eis que trata de mera consequência ou interpretação finalística, razoável e esperada.

O contrato de alienação fiduciária em garantia tem natureza jurídica de direito real de garantia sobre coisa própria e encontram previsão legal nos arts. 1.361 à 1.368-B, inseridos no Capítulo IX, Título III, do Código Civil de 2002 que trata da propriedade fiduciária, no art. 66-B da Lei 4.728 de 1965, no Decreto-Lei n.º 911/1969 e na Lei 9.514/1997.

A Lei 9.514/1997, nos ditames do art. 22, conceitua a alienação fiduciária como negócio jurídico pelo qual o devedor, ora denominado fiduciante, contrata a transferência da propriedade resolúvel de coisa imóvel ao credor, ora denominado fiduciário, com vistas a garantir o negócio jurídico. Embora este dispositivo considere especificamente os contratos em que o bem é imóvel, percebe-se que o conceito é genérico, uma vez que as características se mantem.

O art. 1361 do Código Civil, de modo resumido, conceitua a propriedade fiduciária do mesmo modo, entretanto, esta regulamentação é restrita a transferência de coisa móvel infungível como garantia e objeto do negócio, de igual modo, o devedor transfere ao credor, a propriedade sob condição resolutiva.

Tartuce (2017) assevera que nos moldes em que se encontra a codificação dos institutos de direito privado, este dispositivo supramencionado diz respeito a alienação de propriedade fiduciária que está sujeita a condição resolutiva a favor do credor fiduciário, que deterá mera posse indireta, proveniente do exercício do direito dominial.

Complementarmente, quando esse negócio jurídico, que cria o direito real de garantia, é plenamente liquidado, ou seja, fora satisfeita a condição resolutiva, a coisa

alienada e objeto de financiamento, dado em garantia, irá retornar automaticamente ao pleno domínio do devedor fiduciante (PEREIRA, 2017).

Nesse diapasão, uma vez que a propriedade do bem está sujeita diretamente ao adimplemento integral do contrato, só ocorrendo a efetiva tradição e plena propriedade do bem ao devedor fiduciante quando este cumprir a avença, conseqüentemente, estando a propriedade na titularidade do possuidor indireto do bem, este pode buscar meios para retomar a posse direta do bem, como a busca e apreensão, ou a resolução contratual para cobrir as despesas.

Ainda no plano conceitual, o art. 66-B da Lei 4.728/65, dispõe da modalidade contratual fiduciária especial, na qual o credor necessariamente será uma instituição financeira, independente de tratar-se de bem móvel ou imóvel, fungível ou infungível. Em razão da peculiaridade desta modalidade contratual na qual figura no polo ativo uma instituição financeira, além dos requisitos preceituados pelo Código Civil, este contrato terá requisitos próprios, como dispõe *ipsis litteris*, o artigo em análise:

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos.

Desta forma, este contrato de alienação fiduciária especial ocorre quando o alienante fiduciante aliena o bem em garantia à financeira, credor fiduciário, para garantir o financiamento assumido, estando a propriedade do bem, sujeita à condição resolutiva do adimplemento contratual.

O art. 2º, do Decreto-Lei 911/1996, reforça o caráter de propriedade resolúvel atribuído ao bem em garantia fiduciária, uma vez que prevê que o inadimplemento ou mora das obrigações contratuais desta natureza, dará ao credor fiduciário o direito de vender a coisa a terceiros, independentemente de qualquer medida judicial, ou extrajudicial, quando aplicará o preço de venda para o pagamento do crédito e das despesas decorrentes deste procedimento,

realizando uma prestação de contas com o devedor fiduciante e entregando o saldo apurado. A exceção dar-se-á quando da disposição em contrário expressa no instrumento contratual.

Já o art. 3º, também do Decreto-Lei 911/1996, confere ao credor o direito de requerer contra o devedor, ou terceiro, a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, devendo, inclusive ser de pleno concedida em sede de liminar. Os §§1º e 2º deste dispositivo estabelecem ainda, o prazo de cinco dias após a execução da liminar para que o devedor fiduciante pague a integralidade da dívida, podendo discutir judicialmente o valor pago, a posteriori (§4º, art. 3º, DL 911/96).

A complexidade desta modalidade especial de contrato de alienação fiduciária, dá-se ante a pluralidade de relações inseridas neste contrato, a saber o financiamento, a alienação e o depósito do bem. Exsurge insofismável pois, a observância dos dispositivos supramencionados, com vistas à satisfazer a função social do contrato, preservar a boa-fé objetiva, evitar enriquecimento ilícito e abuso de poder por quaisquer das partes. De modo que os direitos expressamente previstos, sejam assegurados e mantenha-se a estabilidade mercadológica.

A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL

Diante da importância atribuída aos princípios, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consequente constitucionalização dos institutos do Direito Civil, através da codificação de um diploma regido pelo valor fundamental da pessoa humana que sobrepujou os conceitos individualistas e patrimonialistas absolutos em 2002, o Código Civil, vê-se despontar a teoria do adimplemento substancial que, embora não encontre previsão legal expressa, é utilizada no plano jurisprudencial com o intuito de preservar a função social dos contratos (art. 421, CC).

Conforme extrai-se do Enunciado n.º 361 CJF/STJ, essa teoria fundamenta-se nos princípios gerais contratuais da boa-fé objetiva e da função social do contrato, sobrepondo-os à disposição normativa do art. 475, CC/02, no tocante ao direito de resolver o contrato em razão de inadimplemento.

Diante deste posicionamento, compreende-se que o entendimento dos tribunais consiste na prevalência da existência do contrato, em razão de sua função social e do impacto

econômico que este detém no mercado, em detrimento da resolução do mesmo, quando tratar-se de contrato substancialmente adimplido.

Nesse liame, percebe-se que quando os contraentes agem pautados pela boa-fé durante a vigência do contrato, mas uma das partes torna-se inadimplente de porção mínima, tendo realizado o pagamento quase integral da dívida, evitar-se-á a resolução do negócio jurídico, preservando sua função social no mercado e obstando o enriquecimento ilícito e o abuso de poder por uma das partes, institutos jurídicos vedados no plano principiológico do Código Civil.

A teoria do adimplemento substancial é aplicada jurisprudencialmente e explicada pela doutrina como um instrumento principiológico que visa impedir o uso de forma desequilibrada e abusiva do direito à resolução contratual (art. 475, CC/02) visando preservar o negócio jurídico avençado pelas partes.

Doutrinariamente o adimplemento substancial afasta do credor na prestação, o direito à resolução do negócio jurídico visto que, embora este não encontre-se perfeita e formalmente cumprido, o adimplemento quase integral fortalece a relação e preceitua a impossibilidade de utilização da via mais gravosa para a solução do ditame (PEREIRA, 2017).

É importante ressaltar que os julgados dos tribunais que se utilizam da referida teoria, bem como a definição doutrinária apresentada anteriormente, indicam o emprego deste preceito com vistas a impedir a resolução contratual, ou seja, a extinção do contrato que fora cumprido quase que integralmente, para, reiterando-se, preservar a função social do contrato, as relações econômicas pautadas na boa-fé e evitar que haja abuso de poder e enriquecimento ilícito pelo contratado, considerando a rescisão como instrumento inadequado, excessivo e injusto, visto que houve o adimplemento substancial do contrato.

De igual sorte, a teoria do adimplemento substancial não obsta que o contratado, prejudicado pelo inadimplemento, utilize-se de outros mecanismos para satisfazer o negócio jurídico, extinguindo o contrato pelo fiel cumprimento das prestações avençadas. Pelo contrário, ela reforça o a previsão normativa e a intenção legislativa preceituada pelo art. 475, do CC/2002, que assim dispõe: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.”.

Diante da análise gramatical do dispositivo normativo, observa-se que há uma inversão da ordem direta da frase, bem como a utilização da conjunção subordinativa condicional “se” na segunda parte do artigo. Aliando-se essas informações à intenção legislativa na elaboração do dispositivo em consonância com a sistemática principiológica civilista e a natureza contratual, pode-se concluir que o texto confere uma denotação subsidiária à condição resolutiva do instrumento contratual, ou seja, caso a parte lesada pelo inadimplemento não exija o cumprimento do contrato preferencialmente, esta poderá se valer da resolução do mesmo.

Entretanto, em razão do Código Civil regular as relações entre particulares e ser regido pela liberdade de contratar, autonomia da vontade e mínima intervenção estatal nos negócios jurídicos, na prática, o dispositivo em análise funciona como direitos alternativos, no qual a parte lesada terá a liberdade para escolher qual deles se utilizará para satisfazer sua pretensão, seja a resolução ou a exigência do cumprimento.

Logo, com o intuito de proteger a intenção legislativa supramencionada, o Superior Tribunal de Justiça utiliza-se da teoria do adimplemento substancial para evitar a dissolução de contratos que já foram substancialmente adimplidos, compreendendo que existem outras formas de satisfazer a pretensão, que não seja a mais gravosa.

Destaca-se que a teoria do adimplemento substancial está restrita nos casos em que se pleiteia a dissolução do negócio jurídico através da resolução do contrato prevista no art. 475, do CC/02, permitindo que outras medidas sejam tomadas para que o contrato seja cumprido.

Compreendido a conceituação e a aplicação da teoria do adimplemento substancial, faz-se necessário observá-la no contexto dos contratos de alienação fiduciária na modalidade especial e a sua aplicabilidade prática, para coleccionar o entendimento jurisprudencial e o impacto que este tem no mercado de capitais.

O contrato de alienação fiduciária em garantia, regido pelo Decreto Lei n.º 911 de 1969 e pelo art. 66-B da Lei n.º 4.728, apresenta suas peculiaridades. O art. 3º do DL n.º 911/96 dispõe que:

O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2o do art. 2o, ou o

inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.

Percebe-se que este dispositivo legal prevê o direito do credor, a instituição financeira, requerer judicialmente a busca e apreensão do bem sobre o qual detém a posse indireta. Nota-se ainda que essa medida tem o condão de exigir o cumprimento contratual, o que é expresso nos §§ 1º e 2º do mesmo dispositivo, ao estabelecer o prazo de cinco dias para o devedor fiduciante pagar a integralidade da dívida, a qual, inclusive, poderá ser discutida em juízo posteriormente.

O art. 3º do DL n.º 911/96 regulamenta as hipóteses e condições nas quais se dará a busca e apreensão para exigir o cumprimento da dívida, e, caso essa não seja satisfeita, o credor fiduciário, já na posse direta do bem, poderá vender a coisa a terceiros, nos termos do art. 2º deste decreto.

Assim, depreende-se dos elementos colecionados, que a utilização do instrumento de busca e apreensão na verdade é uma das formas de exigir o cumprimento do contrato, a resolução deste é uma consequência, pois, caso o devedor fiduciário não realize o adimplemento, este perderá a posse direta do bem e o direito de adquirir a propriedade deste.

FUNDAMENTOS PARA A INAPLICABILIDADE DA REFERIDA TEORIA NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, nos autos do Recurso Especial nº 1.622.555 - MG (2015/0279732-8), que a teoria do adimplemento substancial não se aplica aos contratos de alienação fiduciária. Abaixo transcrevemos os principais pontos do acórdão:

1.1 Além de o Decreto-Lei n. 911/1969 não tecer qualquer restrição à utilização da ação de busca e apreensão em razão da extensão da mora ou da proporção do inadimplemento, é expresso em exigir a quitação integral do débito como condição imprescindível para que o bem alienado fiduciariamente seja remancipado. **Em seus**

termos, para que o bem possa ser restituído ao devedor, livre de ônus, não basta que ele quite quase toda a dívida; é insuficiente que pague substancialmente o débito; é necessário, para esse efeito, que quite integralmente a dívida pendente.

2. Afigura-se, pois, de todo incongruente inviabilizar a utilização da ação de busca e apreensão na hipótese em que o inadimplemento revela-se incontroverso desimportando sua extensão, se de pouca monta ou se de expressão considerável, quando a lei especial de regência expressamente condiciona a possibilidade de o bem ficar com o devedor fiduciário ao pagamento da integralidade da dívida pendente. (...)

Vale-se da ação de busca e apreensão com o propósito imediato de dar cumprimento aos termos do contrato, na medida em que se utiliza da garantia fiduciária ajustada para compelir o devedor fiduciante a dar cumprimento às obrigações faltantes, assumidas contratualmente (e agora, por ele, reputadas ínfimas). A consolidação da propriedade fiduciária nas mãos do credor apresenta-se como consequência da renitência do devedor fiduciante de honrar seu dever contratual, e não como objetivo imediato da ação. E, note-se que, mesmo nesse caso, a extinção do contrato dá-se pelo cumprimento da obrigação, ainda que de modo compulsório, por meio da garantia fiduciária ajustada. 4.1 É questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante que deixa de pagar uma ou até algumas parcelas por ele reputadas ínfimas, mas certamente de expressão considerável, na ótica do credor, que já cumpriu integralmente a sua obrigação e, instado extra e judicialmente para honrar o seu dever contratual, deixa de fazê-lo, a despeito de ter a mais absoluta ciência dos gravosos consectários legais advindos da propriedade fiduciária. **A aplicação da teoria do adimplemento substancial, para obstar a utilização da ação de busca e**

apreensão, nesse contexto, é um incentivo ao inadimplemento das últimas parcelas contratuais, com o nítido propósito de desestimular o credor - numa avaliação de custo-benefício - de satisfazer seu crédito por outras vias judiciais, menos eficazes, o que, a toda evidência, aparta-se da boa-fé contratual propugnada. 4.2. **A propriedade fiduciária, concebida pelo legislador justamente para conferir segurança jurídica às concessões de crédito, essencial ao desenvolvimento da economia nacional, resta comprometida pela aplicação deturpada da teoria do adimplemento substancial.**

5. Recurso Especial provido. (Grifos nossos)

(STJ - REsp 1622555/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/02/2017, DJe 16/03/2017)

O conflito foi iniciado pelo inadimplemento de 4 (quatro) parcelas de um total de 48 (quarenta e oito). Em razão do inadimplemento, a financeira ajuizou ação de busca e apreensão visando alcançar o veículo alienado fiduciariamente. Ocorre que o magistrado de piso definiu a extinção do processo sem resolução do mérito, uma vez que não haveria o binômio interesse-adequação da via eleita. Em sede de apelação, o TJ/MG manteve o entendimento do juízo *a quo* ratificando que o adimplemento substancial importaria na falta de interesse agir autoral. O STJ, reformando as decisões anteriores, entendeu que a ação executória poderia prosseguir, ainda que existente o adimplemento substancial.

Ou seja, a partir da análise da ementa e do acórdão referente ao Resp nº 1.622.555, o STJ sopesou os efeitos financeiros e a boa fé da decisão e mudou o entendimento firmado nos autos do Resp 272.739. O presente tópico se propõe a analisar, de forma mais detalhada o item referente ao efeito social da decisão, apontando eventuais erros e acertos à decisão.

4.1 DOS EFEITOS FINANCEIROS – CAUSA E EFEITO

Como exposto anteriormente, o contrato de alienação fiduciária é regulado pelo Decreto-Lei 911/69 e este condiciona a transferência da propriedade ao adimplemento integral da dívida. Os parágrafos 4º e 6º do art. 1º do instrumento legal destacam que o bem alienado fiduciariamente é meio de garantia da dívida do devedor, ou seja, na hipótese de inadimplemento por parte daquele, a posse direta do bem é transferida para o credor, restando este autorizado a promover a alienação do bem como forma de pagar a dívida e, em caso do produto da arrecadação da alienação seja insuficiente para quitar a integralidade da dívida, acionar o devedor pelo saldo restante.

A praxe do mercado é que quanto maior o risco, maior deve ser o retorno. As taxas praticadas em contratos de empréstimos consignados e em contratos de alienação fiduciária são muito mais vantajosas do que em comparação com transações ordinárias.

O Resp. 272739 estabelecia que a busca e apreensão não seria medida razoável para cobranças de pequena monta, quando comparadas com a integralidade da relação contratual firmada, vejamos:

Alienação Fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido. (STJ – REsp 272739 / MG – Min. Ruy Rosado de Aguiar – 4ª Turma – DJ 02.04.2001 p. 299).

A partir do momento em que o STJ permitia a aplicação da teoria do adimplemento substancial ao contrato de alienação fiduciária, ele estava majorando o risco contratual, uma vez que o bem alienado não seria utilizado como meio de garantia da dívida. Dessa forma, tem-se que o STJ optou por uma conduta não apenas protetiva aos maiores interessados que são os bancos e financeiras, mas, sobretudo, garantiu a saúde financeira do sistema.

A finalidade precípua do contrato é garantir a circulação de riqueza. Em paralelo a tal função tem-se que deve atentar para a função social do contrato e dignidade da pessoa humana. Ocorre que o contrato não é um dado perfeito, hermético. Pelo contrário, as hipóteses contratuais não são taxativas, de modo que, em algum momento, surgem conflitos entre as partes contratantes e o Judiciário é provocado para pacificar o conflito. (ARAÚJO, 2008; COOTER;ULEN, 2012).

Todavia, a função precípua do contrato é garantir que as vontades ali firmadas serão tuteladas e reconhecidas pelo Estado. Nas palavras de Sztajn, Zylbersztajn e Furquim (2005), o contrato é mecanismo de concretização de promessas inter partes que é referendado pelo Estado, uma vez que este, em caso tem a força institucional para garantir o cumprimento e penalização em caso de descumprimento.

A mudança de postura estatal de proteger às intenções de uma parte em detrimento do contrato coloca em risco todo o equilíbrio do sistema de alienação fiduciária. A função social deve ser considerada para fins de limitação da vontade contratual, porém não pode ser o único elemento a ser considerado. Interesses coletivos, respeitada a legalidade, em razão da supremacia do interesse público, devem guiar o Judiciário (TIMM, 2008). O óbice à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente é a quitação integral da dívida. Impor a readequação contratual e incluir uma nova vedação legal para a busca e apreensão a partir da satisfação quase integral é reescrever a conjuntura econômica contratual. Muda-se a realidade econômica, as garantias contratuais e os seus riscos, porém não se majora o retorno esperado da transação. Ora, se, por intervenção judicial, há um maior risco, o retorno também deveria ser majorado. A alteração contratual parcial e assimétrica apenas desequilibra o contrato e coloca em xeque a segurança das relações contratuais. O juízo deve sopesar as consequências e reflexos da possível decisão judicial no seio social, de modo a avaliar se a função corretiva judicial compensa os efeitos advindos dela (GICO JR., 2012; TIMM;GUARISSE, 2014).

Exemplos de intervenções judiciais nos contratos de forma desastrosa são muitas, uma vez que, a pretexto de promover justiça, promove verdadeira injustiça social. Atira-se no que viu, acerta-se, erroneamente, o que não viu.

Podemos citar o caso do TJ/GO que revisou contratos agrários de soja comprada de forma antecipada em razão da inesperada valorização do produto. A partir da decisão do TJ/GO, os potenciais compradores de soja deixaram de efetuar a compra antecipada, uma vez que não haveria ambiente e segurança jurídica para as transações, pois o Judiciário poderia reformar todos os pactos em caso de elevação do nível de preço. Desta forma, os compradores de soja deixaram de comprar de forma antecipada, gerando uma redução de capital por parte dos produtores e importando em um fisco produtivo das safras subsequentes. Tal qual o posicionamento protetivo do mercado adotado no caso da alienação fiduciária, o STJ também reformou as decisões do TJ/GO, no sentido de garantir eficiência econômica e segurança das relações comerciais (TIMM, 2008).³

Nos EUA, o United States District Court for the Eastern District of Louisiana estabeleceu que a cláusula de não cobertura em caso de inundação não seria oponível no caso de rompimento dos diques em razão do Furacão Katrina. Essa decisão gerou um passivo para as seguradoras no montante de US\$ 40 bilhões, promovendo a falta de cobertura do fundo mutual em razão do dever imposto judicialmente de cobertura de riscos não assumidos pelas partes, gerando um prejuízo para as partes prejudicadas cujos riscos haviam sido assumidos pelas seguradoras (ANDREWS et al; 2006).

Utilizar o Judiciário como instrumento de redução da liberdade do credor importa em uma perda de utilidade social, uma vez que a intervenção estatal no contrato beneficiária apenas aquela pequena parcela inadimplente para com as suas obrigações, ao passo que os demais, devedores que pagam tempestivamente suas obrigações, seriam penalizados com a alta de juros, por exemplo (ARAÚJO, 2008; ARAÚJO JR.; SHIKIDA, 2014). Alterações unilaterais de condições fixadas em contrato inviabilizam as transações e impedem o desenvolvimento da economia nacional.

³ O próprio STJ, nas duas turmas da Segunda Seção, já definiu que, conforme se extrai do informativo 359/2008, não pode ser considerada onerosidade excessiva ou desequilíbrio financeiro do contrato a alteração em curto período espaço de tempo, como a cotação no mercado internacional, os valores já definidos de contratos de compra e venda de safra futura.

Quando o STJ coloca de forma categórica que a propriedade fiduciária é um instrumento legal e contratual definido pelo legislador para garantia de segurança jurídica às concessões de crédito, ele define que não pode o Judiciário violar mens legis no sentido de inverter as premissas fundantes do sistema e arriscar eventuais concessões de crédito futuro, seja em razão da redução dessa espécie de transação ou na majoração dos juros, ante a majoração dos custos.

Ou seja, não pode o Judiciário, em observância ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, defender a falta de interesse de agir do credor lesado. O que deve ser garantido é o direito do credor de executar a garantia fiduciária prevista em lei especial como forma de não prejudicar toda a coletividade e evitar uma deturpação de um instituto contratual que favorece o acesso ao financiamento de forma menos onerosa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro do panorama conceitual e normativo que regem os contratos de alienação fiduciária, observando-se a importância deste para a concretização de interesses e a efetiva conquista da propriedade de bens facilitadamente, permitindo a circulação de riquezas e propiciando a expansão do capitalismo, não poderá o direito e o judiciário desassociar-se dos princípios da boa-fé e da função social do contrato regulamentados pelo Código Civil e que instrui o ramo contratual.

Entretanto, não pode o direito e o judiciário deixar de aplicar dispositivos normativos, causando insegurança jurídica e mercadológica, de modo a prejudicar a coletividade como um todo. Desta forma, denota-se a importância da estrita observância dos dispositivos que regulam o direito de busca e apreensão nos contratos de alienação fiduciária com vistas ao adimplemento perfeito do contrato.

De outro modo pois, não poderia posicionar-se o judiciário, principalmente diante da crise financeira e mercadológica do país, de maneira diferente da prevista pelo Recurso em análise, preservando e garantindo a segurança das relações jurídicas e afastando a aplicabilidade da teoria do adimplemento substancial nos contratos de alienação fiduciária.

REFERÊNCIAS

ANDREWS, Walter J. et al. Flood of Uncertainty: Contractual Erosion in the Wake of Hurricane Katrina and the Eastern District of Louisiana's Rulings in In re Katrina Canal Breaches Consolidated Litigation, A. **Tulane Law Review**, v. 81, 2006.

ARAÚJO JR., Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ARAÚJO, Fernando. **Uma análise económica dos contratos: a abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais**. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. **Decreto-Lei n.º 911, de 1º de outubro de 1969**. Estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. **Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965**. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Senado, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Senado, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 07 set. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 272739 / MG. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar – 4ª Turma – DJ 02.04.2001 p. 299.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.622.555/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de julgamento: 22/02/2017, DJe 16/03/2017)

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6 ed. Boston: Pearson, 2012.

GICO JR. Ivo. Introdução ao Direito e a Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil** – vol. III. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos Contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.). **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 102-136

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva *versus* eficiência econômica. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito & Economia**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GESTÃO PESSOAL E IMPACTOS FINANCEIROS COM O TRATAMENTO DE PACIENTES COM CÂNCER NO BRASIL

Emily Tavares Pessoa⁴

Danielle Karla Vieira e Silva⁵

Heloísa Helena Veloso⁶

RESUMO

O trabalho em questão tem o objetivo de discutir sobre o comportamento financeiro pessoal e a descoberta de doenças oncológicas, através de pesquisas bibliográficas. Segundo a revista do Instituto Nacional do Câncer José de Alencar – INCA, “A conta da dor – O impacto na vida financeira de pacientes e familiares no enfrentamento do Câncer” mostra que o dano financeiro nas famílias é uma consequência pouco debatida após o diagnóstico. Faz-se necessário ter um entendimento, mesmo que mínimo, do que venha a ser Gestão Financeira Pessoal, que funciona como um direcionador para o controle financeiro, proporcionando uma visão mais racional da sua situação patrimonial e buscando poupar para uma melhor qualidade de vida. O interesse da pesquisa surgiu através da vivência no Programa de Extensão ERO - Endodontia e Reabilitação Oral: Reconstrução de Projeto de Vida do Paciente com Neoplasia de Cabeça e Pescoço, que está sendo desenvolvido na UFPB – integrando profissionais e alunos dos cursos de odontologia, nutrição, psicologia, direito e contabilidade, assim podendo observar que o conhecimento por parte dos pacientes sobre os seus direitos e até mesmo sobre a sua necessidade de controle financeiro ainda é muito escassa. Além dos medos mais comuns, com as sequelas do tratamento e um possível retorno da doença, pacientes com câncer precisam lidar com temores financeiros, como a redução da renda familiar ou até mesmo a perda do emprego e conseguir o auxílio-doença na Previdência Social. A necessidade de estudar sobre o assunto é imprescindível, visto a disseminação que

⁴ Graduada em Ciências Contábeis, UFPB – Universidade Federal da Paraíba, emilytavares@ymail.com

⁵ Professora Mestra do Departamento de Finanças e Contabilidade, UFPB – Universidade Federal da Paraíba; danielle_karla1@yahoo.com.br

⁶ Professora Doutora do Departamento de Odontologia, UFPB – Universidade Federal da Paraíba. hveloso@gmail.com

a doença vem atingindo nos últimos anos, e a não preparação financeira pessoal da população brasileira.

Palavras-chave: Câncer; Gestão Financeira; Impacto Financeiro.

ABSTRACT

The work in question has the objective of discussing personal financial behavior and the discovery of oncological diseases, through bibliographical research. According to the journal of the National Cancer Institute José de Alencar - INCA, "The Pain Account - The Impact on the Financial Life of Patients and Families in Coping with Cancer" shows what is financial damage in families and a consequence not much debated after the diagnosis . It is necessary to have an understanding, even if it is, that is an employee responsible for financial management, providing a more rational view of their financial situation and seeking to save for a better quality of life. Occupation of the research through life without ERO Extension Program - Endodontics and Oral Rehabilitation: Reconstruction of Patient Life Project with Head and Neck Neoplasia, being developed at the UFPB - integrating professionals and students of dentistry, nutrition, psychology, law and accounting, thus observing patients' knowledge about their rights and even about their need for financial control is still very scarce. In addition to the more common fears with how treatment sequels and a possible return of the disease, cancer patients need to deal with financial fears, such as a reduction in family income or even loss of employment and create sickness insurance in Social Security. The need to study about the subject is essential, since it is a disease spread in our markets, and it is not a financial legislation of the Brazilian population.

Keywords: Cancer; Financial management; Financial impact.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de uma pesquisa sobre comportamento financeiro pessoal e a descoberta de doenças oncológicas. É um tema pouco estudado, segundo a revista do

Instituto Nacional do Câncer José de Alencar – Inca, “A conta da dor - O impacto na vida financeira de pacientes e familiares no enfrentamento do Câncer” mostra que o dano financeiro às famílias é uma das consequências pouco debatidas após o diagnóstico. Tendo em vista, que Finança Pessoal é um assunto de área Financeira, mas está presente na vida de todo ser humano, assim como, os malefícios do corpo humano são tratadas nas áreas da saúde, mas qualquer indivíduo está sujeito a apresentar doenças, desse modo, este trabalho tem o objetivo através de pesquisa bibliográfica verificar o impacto do câncer com as Finanças Pessoais dos brasileiros.

Primeiramente será feita uma explanação, sobre variáveis como, Gestão Pessoal, Educação Financeira no Brasil e Pacientes em tratamento do Câncer.

Compreende-se que a gestão financeira pessoal atua como direcionador para o controle financeiro, proporcionando uma visão mais racional da sua situação patrimonial e buscando poupar para uma melhor qualidade de vida, mas quando se fala em situação econômica brasileira, dados de meios de comunicação nos anos de 2015 e 2016, até dias atuais, mostram que o país está vivendo em crise econômica e isso acarreta para a população de uma maneira geral um maior número de desempregados, pois empresas estão fechando ou reduzindo os quadros de funcionários e surge a preocupação de avaliar se as famílias estariam preparadas ao se deparar com situações de tratamentos médicos, tendo em vista que mesmo com tratamentos em hospital público do Sistema Único de Saúde (SUS), essas situações geram outros gastos.

Comparcida (2015) afirma que, para finanças pessoais consideram-se todas as características dos indivíduos e os variados eventos financeiros gerados pelo mesmo, como também a fase de vida que este atravessa viabilizando assim, um planejamento financeiro que se adéque as suas prioridades e necessidades.

Quando se fala em gastos decorrentes do tratamento, tem-se como parâmetro, os pacientes do projeto de extensão Ero - Endodontia e Reabilitação Oral: Reconstrução de Projeto de Vida do Paciente com Neoplasia de Cabeça e Pescoço, que está sendo desenvolvido na UFPB – Universidade Federal da Paraíba e tem como objetivo atender gratuitamente pacientes com diagnóstico de neoplasias malignas, em sua maioria de cabeça e pescoço, encaminhados do Hospital Napoleão Laureano para serem submetidos ao tratamento odontológico reabilitador, nutricional e psicológico. Juntamente com estes

profissionais da área de saúde, atuam também profissionais de outras áreas, como o Direito e a Contabilidade.

Durante o atendimento no programa Ero é realizado anamnese com preenchimento de uma ficha clínica na qual se obtém dados, de quantitativo de pacientes atendidos, sexo, faixa etária, tipo de neoplasias, tipo de tratamento e situação econômica do paciente. Este artigo traz como foco a situação econômica do paciente com câncer. Nas fichas cadastrais e nas análises clínicas psicológicas do programa Ero, observa-se a dificuldade financeira, para locomoção de pacientes vindo do interior do Estado, de pacientes que não conseguem mais trabalhar por causa da doença e não dispõem de benefícios do governo, familiares que não podem mais trabalhar, pois precisam cuidar do doente, entre outras circunstâncias de caráter financeiro, assim, surgindo o interesse na pesquisa “Impacto Financeiro no tratamento de pacientes com câncer no Brasil”, para mostrar um pouco de como a Gestão Financeira e a Educação Financeira pode ser importante para a vida das pessoas, pois como mostra Rodrigues (2012), entende-se como Gestão Pessoal ou Financeira o ato de planejar, analisar, e tomar decisões de forma consciente relacionadas à gestão do dinheiro. Para uma boa gestão do orçamento familiar torna-se necessário um equilíbrio entre o que se ganha e o que se gasta, em outras palavras, entre as receitas e as despesas, assim poupando para um futuro improvável.

GESTÃO PESSOAL E EDUCAÇÃO FINANCEIRA NO BRASIL

Dentro desse entendimento de finanças como área do saber, é possível ramificá-la em três amplas seções: mercado financeiro, finanças corporativas e finanças pessoais. A área de mercado financeiro compreende a atuação dos mercados financeiros, títulos, valores mobiliários e as organizações financeiras que agem nessa seção. As finanças corporativas analisam os procedimentos e as decisões nas empresas. E por fim, as finanças pessoais que vem obtendo, atualmente, bastante relevância com a análise da aplicação e financiamento dos indivíduos (ASSAF NETO; LIMA, 2014). Ainda sobre o tema afirma Groppelli e Nikbakht (2010, p. 3) “finanças é a aplicação de uma série de princípios econômicos e financeiros para maximizar a riqueza ou o valor total de um negócio”.

De acordo com o Banco Central do Brasil (BACEN, 2013), desde cedo as pessoas lidam com uma sequência de situações ligadas ao dinheiro, seja para compra de bens duráveis, não duráveis ou serviços. Para tirar melhor proveito da renda, é muito importante saber como utilizá-la da forma mais favorável sem prejudicar o orçamento, sempre controlando a entrada e saída de seus recursos.

Para Iudícibusetal. (2008, p. 66): "Receita é a entrada de dinheiro ou direitos a receber, (...) Uma receita também pode derivar de juros sobre depósitos bancários ou títulos, de aluguéis ou outras origens". E despesa, é definida como o "consumo de bens ou serviços, que direta ou indiretamente, ajuda a produzir uma receita".

Corroborando com os autores acima, Santos e Barros (2005), define bens como sendo aquilo que é capaz de atender as necessidades dos indivíduos e Ferreira (2006) citando que os bens de uma pessoa podem ser a casa, o veículo. Direitos seriam valores e/ou serviços que o indivíduo tem a receber de terceiros, tais como saldos de contas bancárias, alugueis a receber, impostos a restituir; as obrigações são os deveres que o indivíduo tem com terceiros, como empréstimos bancários, contas a pagar.

Dessa maneira juntamente com a Gestão Pessoal e segundo Queiroz (2015) a contabilidade pode ser vista como um dos procedimentos de gestão para várias atividades, já que ela tem como função controlar o patrimônio das pessoas físicas e jurídicas e por meio de suas técnicas, como, por exemplo, a elaboração e análise das demonstrações contábeis, ela pode auxiliar na gestão das finanças pessoais. A contabilidade pessoal ainda concorda que se tenha uma visão atual sobre todas as receitas e despesas da renda familiar, facilitando dessa forma na tomada de decisões relacionadas às finanças, controlando através do planejamento a entrada e saída do ganho adquirido naquele mês.

Quando se fala de contabilidade para controle financeiro ou Gestão financeira, para muitas pessoas há uma visão muito específica da área Contábil, mas na realidade a contabilidade das finanças pessoais está presente na vida do indivíduo, assim como a longitude do ser humano depende dos cuidados das áreas da saúde. Desse modo, para entender o termo "Educação Financeira", torna-se necessário conforme Marques (2010) entender cada palavra que o forma separadamente, Educação está relacionado à maneira mais correta e perspicaz para enfrentar os mais variados cenários e Financeira liga-se a dinheiro, situação das finanças. Ainda segundo Marques, (2010 p10), "Educação Financeira é o

equilíbrio entre receitas, investimentos e despesas com o objetivo de ter no futuro um bem estar mental, físico e material.”

O Banco Central do Brasil (2013), em seu Caderno de Educação Financeira – Gestão de Finanças Pessoais aborda que todo cidadão pode desenvolver habilidades para melhorar sua qualidade de vida a partir de atitudes comportamentais e de conhecimentos sobre gestão de finanças pessoais, como também complementa que a Educação Financeira pode trazer diversos benefícios, entre os quais, possibilitar o equilíbrio das Finanças Pessoais, preparar para o enfrentamento de imprevistos financeiros e para a aposentadoria, qualificar para o bom uso do sistema financeiro, reduzir a possibilidade de o indivíduo cair em fraudes, preparar o caminho para a realização de sonhos, enfim, tornar a vida melhor.

Vários estudos mostram que a dificuldade financeira pode prejudicar o bem estar do corpo humano, assim de acordo com portal da Clínica Financeira 2014, que mostra como os problemas financeiros nos trazem danos à saúde e divulga uma pesquisa comparativa em cinco países, feita por entidades de defesa do consumidor, e comprova: os brasileiros são mais afetados com doenças causadas por dificuldades financeiras do que os europeus, mesmo se recuperando de uma grande crise financeira. As informações são do portal da revista Exame. As dívidas e cinco dos dez principais sintomas de doenças pesquisadas se apresentam de forma mais aguda nos brasileiros que passam por dificuldades financeiras do que entre belgas, italianos, portugueses e espanhóis na mesma situação.

Figura 1:

PRINCIPAIS SINTOMAS DE DOENÇAS RELATIVAS A PROBLEMAS FINANCEIROS					
	Brasil	Espanha	Portugal	Itália	Bélgica
Problemas para dormir	24%	21%	17%	13%	11%
Irritabilidade	24%	22%	21%	18%	11%
Ansiedade	32%	24%	25%	21%	12%
Dor de cabeça	17%	17%	13%	10%	5%
Isolamento social	12%	9%	10%	8%	7%

Fonte : <http://www.clinicadefinancas.com.br/web/artigos/problemas-financeiros-sao-fontes-de-doencas/>

Datado de fev. 2014

Assim como mostra a figura 1, em todos os sintomas de doenças apresentados os brasileiros apresentam-se com um percentual maior que nos demais países e desse modo surge a necessidade e importância da Educação na finanças, pois como mostra a pesquisa, o Brasil está em primeiro lugar nas doenças relacionadas a problemas financeiros. Para entender o termo “Educação Financeira”, torna-se necessário conforme Marques (2010, p.

10) entender cada palavra que o forma separadamente, Educação está relacionado à maneira mais correta e perspicaz para enfrentar os mais variados cenários e Financeira, liga-se a dinheiro, situação das finanças. O autor ainda acrescenta que a Educação Financeira é o equilíbrio entre receitas, investimentos e despesas com o objetivo de ter no futuro um bem estar mental, físico e material e que no Brasil não está sendo bem aplicada, tendo em vista a situação apresentada em relação a demais países.

Dificuldades Financeira no Tratamento do Câncer

Este capítulo será baseado no Instituto Nacional do Câncer e suas diversas pesquisas e dados apresentados sobre o assunto, assim de acordo com o Inca (2015), além dos medos mais comuns, com as sequelas do tratamento e um possível retorno da doença, pacientes com câncer precisam lidar com temores financeiros, como a redução da renda familiar ou até mesmo a perda do emprego e conseguir o auxílio-doença na Previdência Social, apesar de ser um direito trabalhista, no Brasil torna-se muito burocrático, assim o trabalho informal tem sido a saída para garantir a subsistência de algumas famílias que, com atividades empreendedoras, estão conseguindo aumentar ou obter novos rendimentos.

De acordo com Moreira (2007), quando o evento doença acontece na vida da família, é necessário rever sua estrutura e funcionamento para construir um lugar para a doença em suas vidas. Diante deste evento, novas demandas vão surgindo e novas tarefas vão sendo acrescentadas a rotina da família e do doente. Assim é preciso, que vá cuidar do filho, mudar as rotinas para que as novas tenham o lugar e rever os papéis dos membros da família, ou seja reorganização tendo como foco a doença. Assim, percebe-se que há uma mudança na vida de toda a família, influenciando também a vida financeira da mesma, tendo em vista que o tempo e recursos financeiros são envolvidos, e na maioria dos casos os parentes mais próximo não podem trabalhar, pois precisam está com tempo disponível para os cuidados do paciente oncológico.

Em revista do Inca, em edição 31, (2015, p.6), apresenta casos da relação do câncer com impacto financeiro:

“TháísaHuguenin, já encarou 46 cirurgias, cinco em um só ano, sendo 18 na coluna, por causa do crescimento ósseo desordenado.

Grande parte de sua infância foi vivida dentro do hospital. Quando ia para casa, muitas vezes apresentava febre ao chegar e precisava ser internada novamente. A mãe teve que se dedicar à filha em tempo integral, enquanto o pai trabalhava dobrado para sustentar a família e o tratamento”.

Ainda segundo a revista do Inca (2015, p.6):

Então era muito complicado marcar uma perícia para daqui um mês. Eu não tinha controle sobre a minha vida”. Por conta disso, Alexandre ficou sem receber o benefício durante meses. Para sua subsistência, vendeu sua coleção de CDs e seus livros (ele tinha uma biblioteca). “Chega uma hora em que você tem que pedir dinheiro emprestado e contar com a ajuda da família, porque eu não tinha como arcar com as minhas contas.” Até conseguir resolver a problemática junto à Previdência Social, o tratamento já tinha terminado. “O INSS não facilitava nada, e como eu precisava ir aos locais pessoalmente, até eles aprovarem o auxílio e eu receber o benefício, o tratamento já tinha acabado

Outra situação apresentada pela mesma revista, mostra:

Fabiana Rodrigues, 46 anos, trabalhava como cuidadora e técnica de enfermagem quando descobriu, há cinco anos, um dermatofibrossarcoma (câncer no músculo) e iniciou o tratamento, que incluiu cirurgia. “Fiquei um tempo licenciada pelo INSS e já vai fazer três anos que não recebo o auxílio doença”. Estou com processo na Justiça para retirar o meu FGTS [Fundo de Garantia do Tempo de Serviço], que não foi liberado [pacientes com câncer têm direito de sacar o FGTS]. O posto já marcou quatro perícias e cancelou.

Com base nos relatos mencionados pelo Inca, fica evidente que mesmo como o tratamento gratuito do Sistema Único de Saúde – Sus, no Brasil vem tratando dos pacientes com dificuldades financeiras e poucos recursos, assim, portal Saúde Ig, corrobora afirmando, que na rede pública brasileira o paciente com câncer enfrenta uma longa espera por consultas, exames e pelo tratamento contra a doença e na rede privada é preciso lidar com a espera pela autorização dos convênios e com a falta de cobertura para remédios oncológicos.

Ainda pelo portal Ig, no Sistema Único de Saúde (SUS), o paciente deve ir até a unidade de saúde mais próxima de onde mora quando apresentar um sintoma ou queixa de saúde. Caso esta unidade não tenha condições de dar um atendimento para o caso, ele será encaminhado para um ambulatório de especialidades ou para um hospital público e será visto por um médico especialista na área, que vai pedir exames que comprovem a existência do câncer.

No Brasil o pacientes oncológicos que dispõem de planos de saúde, também encontra dificuldades e burocracias, bem como tem gastos fora o plano de saúde, como mostra o portal Ig, pois o paciente ao apresentar sintomas, vai ao ambulatório de um hospital na rede de cobertura do seu plano ou marcar uma consulta com um médico que tenha cobertura com o plano, precisa de autorização para realizar os exames, depois dos exames, o convênio ainda precisará aprovar o tratamento indicado para o paciente, podendo ter que enfrentar problemas maiores gastos durante o tratamento com remédios, pois os convênios quase nunca cobrem a compra de medicamentos orais porque a ANS (Agência Nacional de Saúde) não exige e cerca de 30% de todos os medicamentos do tratamento oncológico são por via oral, assim caso o paciente não disponha de recursos para os remédios pode entrar na Justiça contra o Estado, para dispor dos medicamentos.

MEDICAÇÃO NO TRATAMENTO DO CÂNCER

Temos ciência de que o tratamento do Câncer não é um tratamento fácil, muito menos, barato. E conseguir do Sistema Único de Saúde todas as medicações é uma batalha árdua. Em sua maioria, esses medicamentos são de difícil alcance e extremamente onerosos.

Muitos pacientes encontram-se a mercê de um governo que não está tão disposto a cuidar dos seus, como deveria. Na maioria das vezes eles precisam entrar com ações judiciais, para conquistar os seus direitos.

A maioria das ações judiciais para a aquisição de medicamentos pela SMS-SP foi impetrada por mulheres (63,5%). Em relação à faixa etária, mais da metade das ações tiveram por requerentes pessoas com idade de zero a 19 anos (30,7%) e 70 a 79 anos (23,9%). Declararam-se como aposentados, pensionistas, desempregados, estudantes e do lar 74,2% dos requerentes. Foram originadas de serviços do SUS 59% das prescrições e 13% de conveniados ao SUS. (VIERA E ZUCCHI, 2006)

Vieira e Zucchi (2006) discorrem que:

O comércio internacional de medicamentos cresceu rapidamente entre 1980 e 1999, passando de US\$5 bilhões para 120 bilhões no período. Nesse mercado, um número reduzido de empresas multinacionais domina a produção e a venda de medicamentos no mundo. Dez dessas empresas são responsáveis por quase metade das vendas e esta concentração aumentou, consideravelmente, desde 1987. A evolução de 1985 a 1999 indica que o valor da produção de medicamentos tem crescido quatro vezes mais rapidamente do que a renda mundial, embora não se traduza em maior acesso da população a medicamentos. Em 1999, 15% da população mundial que vivia em países de renda elevada adquiriram e consumiram cerca de 90% do valor total gasto com medicamentos no mundo. Somente os EUA, em 2000, representaram 52% desse mercado. Entretanto, nos países de baixa renda, em 1985, o consumo de medicamentos caiu de 3,9% do mercado global para 2,9% em 1999.¹³ No Brasil estimou-se que, em 2000, 70 milhões de pessoas não tinham acesso a medicamentos, o que corresponde a, aproximadamente, 41% da população brasileira daquele ano. Este é um dos principais desafios para o sistema público de saúde.

Infelizmente ainda nos encontramos de mãos atadas quando nos referimos à obtenção de medicações oncológicas facilmente. Mas a ideia geral é de que essa situação mude, devido aos incessantes projetos de lei atuais que almejam garantir esse direito aos pacientes.

LOAS - Lei Orgânica de Assistência Social

Em 7 de dezembro de 1993 foi criada uma lei que atende aos pacientes com câncer, idosos ou portadores de deficiências.

Esse auxílio corresponde ao benefício que garante um salário mínimo mensal ao idoso com 65 anos ou mais, que não exerça atividades remuneradas, e ao portador de deficiência inapto para o trabalho e para uma vida independente.

Para obtenção do referido benefício, é necessário que a renda familiar, cujo cálculo considera o número de pessoas que vivem no mesmo domicílio, seja incapaz de suprir as necessidades do beneficiado.

O paciente tem direito ao amparo assistencial quando enquadrar-se nos critérios de idade, renda ou condição de deficiências específicas. Quando esses pacientes sofrerem de doença em estágio avançado, ou de conseqüências de seqüelas irreversíveis por conta do tratamento oncológico.

O beneficiário não pode ter nenhum vínculo com regimes de previdência social ou receber qualquer outro benefício. O benefício em questão é intransferível, não gerando direito à pensão a herdeiros ou sucessores, não recebendo também 13º salário.

O paciente que deseja obter esse benefício deve fazer exame médico pericial no INSS e conseguir o laudo médico que comprove sua deficiência. O benefício em lei deve ser avaliado a cada dois anos. Observando então a necessidade ainda existente do paciente de ter esse benefício, o mesmo é prorrogado, não tendo necessidade do mesmo, ele cessa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando o contexto da pesquisa, percebe-se a importância do estudo das finanças dos pacientes com câncer, tendo em vista as poucas publicações que norteiam a junção das áreas de Contabilidade com Saúde e principalmente quando se trata de uma doença como

câncer, que além das dificuldades físicas e psicológicas encontradas pelos pacientes, estes ainda devem ter a preocupação com as dificuldades encontradas com os gastos a mais que podem surgir com o tratamento, bem como, com a busca pelo auxílio doença e vaga em hospitais para o início do tratamento. Quando buscamos uma literatura voltada para a educação financeira e organização das finanças pessoais, para pacientes que estão na luta pela vida no tratamento do câncer, visamos salientar as dificuldades que presenciamos na vivência do Programa Ero, onde todos os atendidos para reabilitação oral passam por entrevista com preenchimento de questionário que abrange os direitos e condições financeiras do paciente com câncer, assim buscando aconselhar e facilitar a busca por informações.

Uma má administração financeira pessoal acarreta além de descontrole nas contas, inúmeras doenças, desde ansiedade ao isolamento pessoal e conforme estudos apresentados, mostram que a dificuldade financeira pode prejudicar o bem estar do corpo humano por esse motivo, é necessário termos um controle básico das nossas finanças, evitando futuras surpresas, as dificuldades no tratamento e obtenção dos medicamentos para os pacientes oncológicos é uma realidade muito presente. Observamos, após toda a explanação da literatura pertinente e da vivência no programa ERO, que os pacientes dispõem de pouquíssimas informações, o que dificulta ainda mais o processo.

O assunto em questão não esgota por aqui, ainda há pouquíssimos estudos sobre o tema, e muito ainda precisa ser discutido e tratado entre a população e apresentamos como tema de futuras pesquisas um estudo mais aprofundado do tema em questão, com uma análise das respostas dos questionários aplicados em pacientes com câncer do programa ERO e através desses questionários, visualizar, quais os maiores problemas e dificuldades enfrentados por eles.

REFERÊNCIAS

ASSAF NETO, Alexandre. **Finanças corporativas e valor**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Caderno de Educação Financeira** – Gestão de Finanças Pessoais. Brasília: BCB, 2013. 72 p. Disponível em:<www.bcb.gov.br>1. Educação financeira. 2. Economia doméstica. 3. Finanças pessoais, 2013. Acesso em: 05 de fev. 2017.

BRASIL. Portal do Banco Central do Brasil. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>.

Acesso em: 05 fev. 2017.

BRASIL. Clínica de Finanças. Disponível em :<<http://www.clinicadefinancas.com.br/web/artigos/problemas-financeiros-sao-fontes-de-doencas/>>. Acesso em 05 fev. 2017.

COMPARCIDA, C. **Administração financeira: 3º ano técnico**. Colégio aplicação. Disponível

em:<<http://www.colegioaplicacao.com.br/apostilas/ADM%20FINANCEIRA%20-%203%20ANO.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

FERREIRA, R. **Como planejar, organizar e controlar seu dinheiro: manual de finanças**. 1 ed. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

GROPPELLI, A. A.; NIKBAKHT, Ehsan. **Administração Financeira**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

INCA. **Câncer de mama: câncer é preciso falar/ Instituto Nacional José de Alencar**. 31. ed. Rio de Janeiro. Disponível em:<<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/revistaredecancer/site/home>>. Acesso em 12 fev. 2017.

IUDÍCIBUS, S. de. **Teoria da contabilidade**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES, A. da S. **Educação financeira como geradora de qualidade de vida e bem estar pessoal**. "IES CANDIDO MENDES PÓS-GRADUAÇÃO "LATO SENSU" INSTITUTO A VEZ DO MESTRE. ". 2010. Disponível em<http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k216505.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2017.

MOREIRA, Patrícia Lucena. **Tornar-se mãe de criança com câncer: construindo a parentalidade [dissertação]**. São Paulo, Escola de Enfermagem da Universidade de São Paulo; 2007.

QUEIROZ, Elisama Helen de; VALDEVINO, Rosângela Queiroz; OLIVEIRA, Auris Martins de. A contabilidade na gestão das finanças pessoais: um estudo comparativo entre discentes do curso de ciências contábeis. **Revista Conhecimento Contábil-UERN/UFERSA**, v. 1, n. 1, 2015.

RODRIGUES, J. **Gestão financeira pessoal**. Dinheiropedia: A Enciclopédia Do

Dinheiro. Disponível em: < <http://www.dinheiropedia.com/gestao-financeirapessoal/>>.

Acesso em: 04fev. 2017.

SANTOS, C. dos; BARROS, S. F. **Curso estrutura e análise de balanço**. São

Paulo: IOB -Thomson, 2005.

SAÚDE IG. **Do lado público, espera por consulta e tratamento. Do privado, luta para aprovar exames e procedimentos**. Disponível

em:< <http://saude.ig.com.br/minhasaude/entenda-como-funciona-o-tratamento-de-cancer-no-brasil/n1597350811723.html>>. Acesso em 12 fev. 2017.

VIEIRA, Fabiola S.; ZUCCHI, Paola. **Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil**, 2006. Disponível em

:<<http://www.repositorio.unifesp.br/bitstream/handle/11600/3672/S0034-89102007000200007-pt.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: 26 de setembro de 2017.

A TUTELA DOS DIREITOS CONSUMERISTA DE TELECOMUNICAÇÕES ATRAVÉS DOS *PUNITIVES DAMAGES*

THE RIGHTS PROTECTION CONSUMERIST OF TELECOMMUNICATIONS BY PUNITIVE DAMAGES

Gabriel Honorato de Carvalho⁷

Torben Fernandes Maia⁸

RESUMO: A telecomunicação desempenha funções essenciais para sociedade atual, tendo, inclusive, ONU a reconhecido o acesso à internet como um direito humano. No entanto, a prestação desse serviço no Brasil é realizado de maneira precária, com uma das tarifas mais caras do mundo, apresentando diversas irregularidades e violações a direitos dos consumidores. O presente trabalho procurou, de forma hipotética, utilizar o instrumento dos *punitives damages* como uma ferramenta que, de maneira pedagógica, punitiva e preventiva, irá provocar nessas empresas uma alteração em suas posturas que provocam lesão aos consumidores. Verificou-se que a agência reguladora deste setor é omissa em sua missão de realizar a defesa jurídica dos consumidores, de maneira que propõe-se esse instituto como alternativa viável para essa dever constitucional.

Palavra-chave: responsabilidade civil; direito do consumidor; *punitives damages*; telecomunicação;

ABSTRACT: Telecommunication plays a vital role in today's society, and the UNO has even recognized access to the internet as a human right. The provision of this service in Brazil is,

⁷ Mestrando em Direito Econômico pelo Programa de Pós-Graduação do CCJ/UFPB. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Escola Superior da Advocacia da Paraíba -ESA/PB. Sócio fundador do Escritório de Advocacia “Honorato & Bezerra Advogados Associados”. Membro do Instituto de Direito Civil Constitucional – IBDCivil. Membro do Instituto de Direito Civil Constitucional – IDCC. Vice-Diretor Acadêmico e Científico do Instituto BrasIDFAM – Seccional Paraíba.

⁸ Mestrando em Direito Econômico pelo Programa de Pós-Graduação do CCJ/UFPB. Pós-graduando em Processo Civil pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP. Membro do Instituto de Direito Civil Constitucional – IDCC.

however, performed precariously, with one of the most expensive tariffs in the world, irregularities and several violations of consumer rights. The present work sought, hypothetically, to use the instrument of punitive damages as a tool that, in a pedagogical, punitive and preventive way, will cause in these companies a change in their acts that cause injury to consumers. It was verified that the regulatory agency of this sector is silent in his mission to realize the legal defense of the consumers, in a way that proposes this institute as a viable alternative for this constitutional duty.

Keywords: civil responsibility; consumer law; punitive damages; telecommunication;

1. INTRODUÇÃO

Vive-se hoje na era da informação, de maneira que os serviços de telecomunicação desempenham na sociedade atual um papel substancial. Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção de dados, som ou imagem de qualquer tipo, eletrônico, o qual já é responsável pela movimentação de bilhões de reais anualmente, entre outras finalidades de grande relevância para a convivência em sociedade.

O artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, preceitua que é dever do Estado promover a defesa do consumidor. O referido princípio foi reproduzido pelo artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor, que consiste na Política Nacional de Relações de Consumo, com a finalidade de proteção dos interesses econômicos dos consumidores.

Ademais, o texto da Carta Maior, no artigo 170, inciso V, estabeleceu a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica. É imperioso destacar a hipossuficiência do consumidor perante o prestador de serviços, configurando uma necessária presença do Estado, como instrumento de equalização desse relacionamento, de maneira que exista sobre o produto final dessa relação um equilíbrio de valor.

Segundo estudo⁹ realizado pela União Internacional de Telecomunicações, o acesso à internet e à telefonia no Brasil é um dos mais caros do mundo, de modo que o custo de uma

⁹ Portal Estadão: **Brasil tem uma das telefonias mais caras do mundo, aponta estudo**. 24 de novembro de 2014. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-uma-das-telefonias-mais-caras-do-mundo-aponta-estudo,1597228>> . Acesso em: 27 mar. 2017.

ligação in loco, configura-se com valor superior a todos os países europeus, além de consumir em proporção maior da renda nacional do que em países como Cuba, Paquistão ou Argélia.

Nos últimos anos, aconteceu um movimento nacional, onde diversas casas legislativas instauraram comissões parlamentares de inquérito¹⁰ para apurar a prestação desses, cujo relatório final constatou “uma série de irregularidades encontradas ao longo dos trabalhos da CPI. São indícios de sonegação fiscal, desrespeito à legislação ambiental, violação do patrimônio histórico e descumprimento do compromisso de universalizar e ampliar a telefonia móvel e fixa.”¹¹

Nessa esteira, surge o questionamento sobre como efetivar essa defesa de maneira satisfatória, a fim de gerar resultados práticos benéficos a todos os usuários. A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) não está cumprindo bem o seu papel de fiscalizador, tendo, inclusive, recentemente se posicionado contrário aos consumidores, quando a então superintendente afirmou que “a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) ressaltou que não vê ilegalidade no corte do serviço quando os usuários consomem uma franquia de dados pré-estabelecida.”¹², numa clara posição contrária aos interesses dos consumidores, e portanto, contrária à sua atribuição de reprimir infrações aos direitos dos usuários desse serviço, dever que advém da legislação 9.472/97 que regulamenta essa agência.

A omissão estatal de realizar a defesa do consumidor não se limita apenas à esfera administrativa, mas também judicial, na medida em que os usuários desse serviço são desmotivados a procurar soluções no Judiciário, vez que encontram uma máquina engessada, morosa e ineficaz, diante dos reduzidos valores de condenações judiciais que são aplicadas às empresas que violam os direitos consumeristas, alimentando um ciclo vicioso que incentiva financeiramente a não prestação de um serviço de qualidade, onde se torna mais lucrativo lesar e se manter viciado.

¹⁰ Os estados de São Paulo, Minas Gerais, Paraná, Santa Catarina, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Paraíba, Amazonas, Piauí, Ceará e Maranhão, além de diversos municípios.

¹¹ Portal Globo.com: **Relatório da CPI da Telefonia aponta irregularidades de empresas na PB**. 16 de dezembro de 2015. Disponível em <<http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2015/12/relatorio-da-cpi-da-telefonia-aponta-irregularidades-de-empresas-na-pb.html>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

¹²<http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/noticia/2016/04/anatel-diz-que-empresas-podem-cortar-internet-e-erraram-em-oferecer-pacotes-ilimitados-5781804.html>. Acesso em: 27 mar. 2017.

Uma alternativa utilizada em alguns países, a exemplo dos Estados Unidos, e defendida por parte de doutrinadores que estudam sobre o tema, seria os *punitives damages*. Uma atuação estatal mediante o Poder Judiciário, que recorre à responsabilidade civil, para aplicar punições civis sobre casos emblemáticos, usando-os como exemplos, para, de maneira preventiva e pedagógica, desestimular a prática de condutas que não agregam uma boa prestação dos serviços.

Existem casos isolados de aplicação recente pelo Tribunal de Justiça da Paraíba¹³ na linha dos *punitives damages*. Porém, o trabalho questiona a possibilidade de concretização da hipótese apresentada preliminarmente.

A partir desse enfoque, mostra-se imperioso uma análise acerca da tutela do consumidor de serviços telefônicos no Brasil e como o Poder Judiciário poderia estimular satisfatoriamente uma mudança no atual quadro, mediante a utilização dos *punitives damages*.

2. ATUAL MERCADO DE CONSUMO DE TELECOMUNICAÇÃO

A configuração de uma relação de consumo sobre os serviços de telefonia é inegável, de maneira que dispensa-se maiores discussões acerca dessa assertiva. Entretanto, para a análise que será aprofundada mais a frente, é preciso que se destaque a *interdependência social* (DESSAUNE, 2017, p. 61) que existe sobre esse vínculo jurídico, a dinâmica de funções e poder que compõe esse fenômeno socioeconômico do consumo.

De um lado, tem-se o consumidor que está pagando um preço para usufruir de um serviço prestado ou produto vendido pelo fornecedor, que por sua vez se localiza na outra ponta do relacionamento, relação que é composta por “uma série de vínculos de reciprocidade firmado entre os indivíduos que integram a sociedade” (CANCIAN, 2008). Essa seria uma visão mais simplória e imediatista.

É que essa é a uma relação econômica e social que de uma maneira ou de outra afeta a toda a coletividade, direta ou indiretamente. Devendo-se falar, portanto, no respeito ao

¹³ Portal do Tribunal de Justiça da Paraíba: **Empresa de telefonia é condenada a pagar indenização de R\$ 500 mil**. 11 de abril de 2016. Disponível em <<http://www.tjpb.jus.br/empresa-de-telefonia-e-condenada-a-pagar-indenizacao-de-r-500-mil/>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

dever ético de agir e a incidência dos princípios básicos da legislação civilista de 2002 sobre esse vínculo jurídico, a exemplo da socialidade, operabilidade e eticidade, quando discutir-se tal temática, na linha da constitucionalização (TEPEDINO, p. 152, 2003) e humanização do direito civil.

O princípio da socialidade trouxe a superação da visão individualista das relações privadas, atribuindo a esse ramo jurídico uma função social, que já não se satisfaz isoladamente, sendo componente de um ciclo interdependente. Supera-se a dicotomia que dividia o direito em espaço público e privado, com regras próprias e limites bem definidos, antagônicos entre si, de maneira que apenas a esfera pública seria imediatamente de interesse coletivo, e à esfera privada o interesse seria exclusivo às partes envolvidas pela relação jurídica (MAIA e AZEVEDO, 2015, p. 115).

Sobre a eticidade, criou-se para contratante e contratado o dever de respeito à boa-fé objetiva e aos demais deveres anexos inerentes aos contratos, a exemplo da honestidade, lealdade, sinceridade e lisura, nos moldes do artigo 422 desse código.

Assim, a relação de prestação e consumo dos serviços de telecomunicação é formado por essa *trocas de utilidades e de incentivos (valor)* entre consumidores e fornecedores (DESSAUNE, 2017, p. 62.), refletindo sobre elas, ainda que de maneira mediata, um interesse coletivo (socialidade) na sua preservação, e que a sua execução seja feita de maneira ética, com respeito aos valores da boa-fé, da lealdade, reciprocidade, transparência e honestidade.

2.1 O MERCADO IDEAL X MERCADO REAL

Num mercado ideal, essa relação consumerista seria formada pelo fornecedor, o qual ofereceria como *utilidade* para a sociedade a satisfação das necessidades, desejos e expectativas dos consumidores, promovendo o bem-estar e contribuindo para uma existência digna, através da maximização qualitativa das riquezas naturais exploradas de maneira sustentável e ecologicamente desejável, minimizando os impactos ambientais do consumo. Também iria propor como *incentivo* “facilidades, benefícios e vantagens econômico-financeiras para o consumidor; redução do prazo de fornecimento combinado ou daquele habitualmente praticado no mercado;” (DESSAUNE, 2017, p. 63.).

Na outra esfera, estaria o consumidor oferecendo como *utilidade* ao mercado: “demanda, aquisição e utilização do produto final do fornecedor; geração de emprego, remuneração dos empregados etc” (DESSAUNE, 2017, p. 63.), e como *incentivo* “fidelidade ao fornecedor, divulgação espontânea do produto final; manutenção do emprego das pessoas e geração de novos postos de trabalho e melhoria salarial etc” (DESSAUNE, 2017, p. 63).

Essas são as ponderações feitas por Marcos Dessaune ao abordar um cenário ideal para o mercado do consumo. Há uma interação ética, equilibrada do ponto de vista ético, financeiro, econômico e ambiental, provocando ele chamou de *equilíbrio de valor* (DESSAUNE, 2017, p. 63.), onde os ônus e bônus suportados por consumidor e fornecedor, embora ocupem espaços e interesses distintos, e de posições presumidamente desiguais, a obrigação de pagar a ser desenvolvida pelo consumidor, compreendendo as utilidades e incentivos retrocitados, seria proporcional ao atendimento realizado pelo fornecedor, esse ato também compreendendo todas as suas utilidades e incentivos retrocitadas.

Entretanto e infelizmente, esse cenário ideal é muito distante do real, onde percebe-se que as empresas e o estado falham em suas atribuições, de maneira que se entrega ao consumidor, um produto final ruim, envolto por práticas abusivas que provocam falhas no mercado, gerando insatisfações e prejuízos aos consumidores e a toda coletividade.

Os principais motivos que provocam o mau atendimento são o despreparo, a desatenção e o descaso e/ou má fé do fornecedor (DESSAUNE, 2011, p. 253.). Percebe-se muitas vezes essa postura dolosa e ativa do fornecedor de não prestar o serviço adequado, lesionando os direitos e interesses dos consumidores, violando inclusive os deveres anexos de lealdade, confiança e boa-fé, são promovidas por estratégia comercial, visando a maximização dos lucros.

Um fato absurdo, mas que se tornou corriqueiro e comum na vida do consumidor desses serviços, chegou ao cúmulo de virar objeto de pesquisa e matéria de jornal de grande circulação nacional: quanto tempo um cliente leva cancelar a sua linha de telefone¹⁴. Foi

¹⁴ *Estudo revela quanto tempo cliente leva para cancelar linha de telefone*

Todas as cinco operadoras pesquisadas foram reprovadas no teste.

Tempo médio de espera para falar com atendente foi de 12 minutos. Uma pesquisa exclusiva comprova uma queixa que muita gente já está cansada de fazer aos órgãos de defesa do consumidor. Se um dia, ao acordar, o senhor sentir uma vontade imensa de estar ouvindo uma música e não souber onde pode estar procurando essa música, eu posso lhe ajudar, senhor. Tenta ligar para uma companhia de celular para cancelar sua linha. Você vai ouvir muita música.

realizado um teste com cinco empresas que não sabiam que estavam sendo testadas: o resultado foi que **todas foram elas reprovadas**, tendo o relatório final concluído que os consumidores que desejam encerrar suas linhas, todos eles foram submetidos a longas chamadas telefônicas com a central de atendimento, muitas vezes não conseguindo realizar o cancelamento.

Registrou-se ainda que muitas dessas intermináveis ligações foram interrompidas antes da conclusão do procedimento. Durante as ligações eram realizadas inúmeras transferências de setor para setor. Percebeu-se também que se faz necessário empreender bastante esforço para que o cliente consiga o acesso ao comprovante de pagamento e ao cupom fiscal. Por fim, alguns casos percebeu-se que é necessário buscar auxílio perante o Procon ou o Poder Judiciário para ver valor um direito cristalino e objetivo que é violado.

“Dá vontade de esganar a pessoa que está do outro lado”, afirma uma mulher.

Uma pesquisa mostra o que a gente já sabe.

“Terrível. Ninguém aguenta aquilo”, diz um homem.

O instituto de pesquisa contou quanto tempo leva para você ser atendido em cada operadora. **O tempo médio de espera para falar com um ser humano foi de 12 minutos. Teve operadora que deixou o cliente esperando 42 minutos.** Você sabe que tem uma lei em vigor que estipula que você não pode esperar mais de um minuto para falar com um atendente, né?

Mas, e quando alguém finalmente atende, você acha que seus problemas acabaram? A história da Rita mostra que não. Há dois meses ela tenta cancelar três linhas de celular. Na última ligação a atendente disse que ela precisava antes estar ouvindo 80 ofertas.

“Eu falei: ‘Mas eu não quero, eu não quero, eu não estou interessada, cancela minha linha’. Ela: ‘Não posso. A senhora tem que ouvir as 80 ofertas’. Deu 15 minutos eu falei: ‘Quantas que você já me falou?’. Ela falou: ‘Dez, faltam 70’. Ai eu desisti e desliguei”, conta Rita.

A pesquisa mediu também quanto tempo duram as pausas em uma ligação: mais ou menos oito minutos. As pausas são aqueles momentos que ou você está sendo transferido de um departamento para outro ou naquela hora em que te colocam no mudo para resolver uma situação, e você não sabe se a ligação caiu, se o atendente ainda está lá. E daí você pergunta: alô, Judite?

“Ali, você fica o dia todo, e é um jogo de empurra. Ai a porcaria da ligação cai, você vai tentar de novo”, conta uma mulher.

Para cancelar uma linha o primeiro atendente tem que resolver seu problema. Não pode transferir a ligação. E está na lei também: tem que cancelar mesmo se você tiver alguma conta em aberto. Mas olha só o que o pessoal que fez a pesquisa gravou:

Atendente: Eu não vou conseguir cancelar por causa dessas faturas que estão em aberto.

Todas as cinco operadoras pesquisadas foram reprovadas no teste.

“A gente melhorou nos últimos anos, mas estamos vivendo um retrocesso. A falta de fiscalização é grande. Tem que procurar a Anatel, o órgão de defesa do consumidor ou até mesmo a Justiça”, explica um homem.

Mas agora rapidinho: antes de o senhor estar indo ouvir música, posso pedir um favor? Não esquece que do outro lado da linha tem uma pessoa que trabalha sob pressão, em um estresse gigante. Não desconta nela. Mesmo que ela esteja falando no gerúndio o tempo todo. Obrigada, senhor. E nem precisa anotar o número do protocolo. (JORNAL NACIONAL. Estudo revela quanto tempo cliente leva para cancelar linha de telefone. 13-08-2015. Disponível em < <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/08/estudo-revela-quanto-tempo-cliente-leva-para-cancelar-linha-de-telefone.html> >. acesso em: 20-08-2017.) (Grifos nossos).

Somado a isso, tem-se a impunidade e omissão do braço estatal que não realiza a função constitucional de defesa do consumidor.

Diante da infinidade de pessoas que utilizam o serviço¹⁵, presume que a proporção de lesados é igualmente elevada, mas que deixam de reclamar e ir atrás de seus direitos por inúmeros motivos. Essa postura das empresas de dificultar o acesso às soluções administrativamente, seja por que demanda-se um tempo elevado que o consumidor não tem, ou até mesmo porque o próprio consumidor considera que o tempo empenhado não vale o benefício envolvido. A desinformação, o comodismo e conformismo dos consumidores também contribuem para falta de solução do problema, criando para as empresas um ciclo vicioso e atrativo financeiramente, para que se mantenha todo como está.

Vitor Guglinsk retrata bem esse cenário quando fala que “Massificado o consumo, massificaram-se as respectivas demandas, fazendo com que milhares de consumidores passassem a lidar com uma série de infortúnios junto aos fornecedores para tentar solucionar os problemas decorrentes das relações travadas entre esses dois sujeitos.” (GUGLINSKI, 2012).

O ponto central que buscamos atacar é exatamente este. O cenário ideal está muito distante do real, onde as falhas do mercado correm soltas, vez que os fornecedores entregam aos consumidores um produto final defeituoso, e não possuem interesse em consertar essas imperfeições, vez que é mais lucrativo manter como está. Nessa seara, não existe uma cobrança ou punição, um ato do estado que os façam alterar essa postura e imponha essa mudança. Inexiste uma política estatal pedagógica, preventiva e punitiva eficaz que provoque uma alteração forçada nas empresas, para que essa relação de consumo seja equalizada, tendo em vista que espontaneamente elas não as promovem.

Existe um outro ponto que emperra essa mudança e agrava o atual quadro. Das poucas pessoas que procuram uma solução judicial, encontram uma engrenagem morosa e condenações pequenas, as quais são alcançadas mediante muito empenho e após o enfrentamento a uma quantidade enorme de recursos que apenas interessa aos condenados, pois postergam ao máximo a sua responsabilidade.

¹⁵ Brasil encerra junho com 242,1 milhões de linhas móveis em operação. Disponível em <<http://www.anatel.gov.br/dados/destaque-1/283-movel-acessos-maio>>

Um estudo interessante foi realizado Instituto de Direito Público (IDP) sobre os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça brasileiro e sobre a taxa de congestionamento dos tribunais estaduais, as cortes que possuem a competência processual para processar e julgar as demandas acerca dessa matéria. O resultado encontrado foi ainda mais desanimador. Vejamos:

***Empresas não resolvem queixas, e Judiciário é que paga a conta
Tribunais amargam excesso de ações, que custam em média R\$
1.600***

Diante da recusa da empresa em resolver uma falha na prestação de serviço contratado ou defeito em produto, há quem deposite na Justiça a esperança de reparação. De acordo com os dados mais recentes do Índice do Desempenho da Justiça (IDJus), elaborado pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP) com base em informações do Conselho Nacional de Justiça, **a taxa de congestionamento nos tribunais estaduais, onde tramita a maior parte desses processos, está em 73,26% - ou seja, de cada cem ações, 73,26 ainda estão em tramitação. O custo médio do processo para a Justiça estadual é de R\$ 1.627,80.** No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), é um pouco menor: R\$ 1.421,51. Para o diretor de Projetos e Pesquisas do IDP, Ricardo Morishita, causas cujo valor do produto ou indenização fiquem abaixo desses valores não deveriam acabar na Justiça, pois afetam a produtividade dos tribunais, cada vez mais abarrotados de processos.

- Vendeu mal, cobrou mal e somos nós quem pagamos a conta? Toda vez que a empresa deixa de atender um consumidor, isso custa o desenvolvimento do país - afirma Morishita.

A secretária Nacional do Consumidor (Senacon), Juliana Pereira, tem a mesma opinião:

- As empresas investem em publicidade, mas não em relacionamento.

Juliana acredita que a tendência é esse custo aumentar, pois os consumidores estão mais conscientes de seus direitos e as empresas falham em resolver questões simples. Ela defende que o Judiciário só seja acionado em temas que envolvam interpretação.

Dados da Senacon mostram que, de modo geral, as empresas têm evoluído na resolução dos problemas encaminhados pelos Procons. No ano passado, das 700 mil notificações desses órgãos, 76% foram resolvidas. (...) (COSTA, 2014) (Grifos nossos).

O que se pode extrair dessa pesquisa, é que o crescimento exponencial de usuário provocou na mesma proporção o crescimento dos problemas, e que esses não eram resolvidos administrativamente. Cobranças indevidas, vício ou má qualidade de produto ou serviço, problemas na oferta, entre outros, que não são resolvidos administrativamente, seja através do contato cliente-empresa, seja através de órgãos como o PROCON.

Ainda que boa parte dos lesados não encontrem no primeiro momento a solução e que não avancem para o judiciário, se conformando com a lesão, o número dos consumidores que procuram a solução judicial é elevada, trazendo a discussão para a esfera judicial.

A máquina judicial, por sua vez, tem um custo elevadíssimo para funcionar e uma tramitação mais complexa, o que fez com que os Tribunais passem a enfrentar elevadas quantidades de ações sobre essa matéria, a um custo médio também elevado, abarrotando o judiciário com causas de menor complexidade.

Concordamos com Bruno Miragem, quando esse afirma que “o estágio atual do direito do consumidor não consegue atender a contento o contingente das demandas de massa que chegam ao poder judiciário: o número de litígios envolvendo questões atinentes às relações de consumo releva um contingente de fornecedores, litigantes habituais, par aos quais tornou-se vantajoso produzir danos individuais frente às atuais respostas em termos de procedência de ações e valores de condenação praticados pela jurisprudência.” (MIRAGEM, 2015, p.8.)

O Ministério da Justiça, através da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon), divulgou um boletim¹⁶ que contém a análise das demandas administrativas levadas aos Procons, que reforçam esse entendimento apresentado neste artigo. A tabela a seguir, demonstra que a telecomunicação ocupa os primeiros lugares dos assuntos mais demandados pelos consumidores:

POSICÃO	ASSUNTO	QUANTIDADE	%
1º	Telefonia Celular	326.714	13,9
2º	Telefonia Fixa	191.614	8,1
3º	Cartão de Crédito	171.128	7,3
4º	Banco Comercial	145.188	6,2
5º	TV por assinatura	126.047	5,3
6º	Aparelho Celular	118.231	5,0

Na sequência, os problemas mais reclamados pelos consumidores são exatamente os enfrentados exaustivamente pelos usuários dos serviços de telefonia:

POSICÃO	PROBLEMA	QUANTIDADE	%
1º	Problemas com Cobrança	953.770	40,5%
2º	Problemas com Contrato	391.688	16,6%
3º	Vício ou Má Qualidade de Produto ou Serviço	330.401	14,0%
4º	Problemas com SAC	184.086	7,8%
5º	Problemas Diversos com Produtos e Serviços	163.587	6,9%

¹⁶MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Boletim Sindec 2016. *Secretaria Nacional do Consumidor*, Brasília, 2015. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/mais-de-2-7-milhoes-de-consumidores-registraram-reclamacoes-em-2016/boletim-sindec-2016.pdf>>, acesso em: 20-08-2017.

Por fim, reforçando o raciocínio apresentado anteriormente, percebemos que as empresas mais demandadas, também são as de telecomunicações, as quais se repetem no banco dos litigantes:

POSIÇÃO	FORNECEDOR	QUANTIDADE
1º	CLARO/EMBRATEL/NET	179.841
2º	OI FIXO/CELULAR	163.627
3º	VIVO/ TELEFONICA /GVT	154.244
4º	BRADESCO / HSBC	84.460
5º	ITAÚ	75.586
6º	TIM/INTELG	67.814
7º	CASAS BAHIA/ PONTO FRIO/ CNOVA/ EXTRA/ PÃO DE AÇÚCAR	66.108
8º	SKY	53.720
9º	CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	49.292
10º	SANTANDER	26.786

A conclusão obtida é que as condenações judiciais aplicadas sobre as empresas não possui efeito prático intimidatório, pedagógico e preventivo, no sentido de que não compensa lesar os consumidores, pois se fosse diferente, as falhas dessa mercado estariam corrigidas, de modo que esse ranking seria preenchido com empresas que prestam outros tipos de serviço, que não o da telecomunicação.

A função da responsabilidade civil para o presente caso, se ficar restrita à função reparatória apenas, prestará um desserviço à sociedade.

3. TUTELA JURÍDICA DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS CONSUMERISTAS

A carta constitucional trouxe através do seu artigo 5º, a proteção aos bens jurídicos considerados fundamentais, a exemplo da vida, liberdade, igualdade, privacidade, imagem etc., e a obrigação de garantir a defesa do consumidor, assegurando também a responsabilidade civil como um instrumento para a realização da tutela desses direitos:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Assim, diante de lesões a esse direito, é garantido ao seu titular buscar através da responsabilidade civil, a respectiva tutela jurídica.

Sobre o dever constitucional do Estado de realizar a defesa do consumidor, discutiu-se anteriormente a sua omissão/ineficácia quando realizada através do Poder Executivo, seja através da ANATEL ou mediante os PROCONs, e até mesmo mediante o Poder Judiciário na estrutura que se encontra atualmente.

Todavia, a hipótese levantada no presente trabalho seria utilização de uma função punitiva para a responsabilidade civil, a qual agindo como instrumento de prevenção e pedagógica, elege-se quais posturas são indesejadas, e aplica-se sobre elas punições financeiras elevadas, de maneira a desestimular práticas similares, o nos aparenta fazer sentido para o caso do mercado de telecomunicação.

3.1 NOTAS ACERCA DOS *PUNITIVES DAMAGES*

O instituto da Responsabilidade Civil foi construído historicamente para desempenhar como função principal a reparação de danos sofridos. Na pré-história desse fenômeno, a *vingança* é vista como a primeira resposta aos eventos lesivos (ROSENVALD, 2014, p. 20.). A autotutela foi a resposta utilizada durante muito tempo como forma de satisfazer o sentimento de justiça.

No Direito Romano, a pena privada foi a forma de reagir utilizada para os atos ilícitos, encarados hoje pelo Direito Penal, de maneira que inexistia dicotomia jurídica em esfera civil e esfera penal. A pena privada era uma reação que visava infligir o condenado, atacando o seu patrimônio (Pasquale Voci. 1939, p.2.). É com o código de Napoleão, e nas codificações posteriores, que a noção de responsabilidade civil, independente da responsabilidade penal,

ganha autonomia, relegando a este, a função de punir de maneira exclusiva, cabendo àquela o dever apenas de reparar os danos sofridos.

Sem maiores embargos, destaque-se que o direito é um processo de mutação contínua, fruto das necessidades sociais, que devem pautar as discussões e alterações legislativas, de maneira a condução do ordenamento para dar a melhor resposta para a sociedade. Assim, diante de casos, como o que ora se discute, em que empresas que prestam o serviço de telefonia se mantêm inerte diante de uma realidade de má-prestação desses serviços, e que o estado-administrador se omite em seu papel, o estado-juiz surge como opção legítima para solucionar essa problemática.

Assim, a doutrina dos *punitives damages* é uma importação do ordenamento jurídico norte-americano, na qual consiste em atribuir à responsabilidade civil uma função de punir. A tradução mais correta para o termo não seria a literal (“danos punitivos”), mas sim conceitual, cuja doutrina trata por “indenização punitiva” (MORAES, 2010, p. 346).

A sua aplicação consiste em utilizar a responsabilidade civil para a aplicação de punições exemplares, de maneira que essas condenações sirvam como instrumento de prevenção e pedagogia para desestimular condutas similares que lesionem os consumidores, estimulando de maneira indireta a melhoria dos serviços, encorpando a este instituto, além de sua função reparatória, uma punitiva e preventiva.

Além de satisfazer o dano, atuando para minorar o sofrimento e os prejuízos causados pelo evento danoso, o caráter punitivo implica em impor uma penalidade exemplar ao ofensor, que consiste na diminuição do seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima (MORAES, 2010, p. 346.).

A doutrina de Herman Benjamin sobre o assunto afirma que na visão moderna do Direito do Consumidor, esse deve desempenhar, dentre outras funções: uma preventiva, no sentido de atuar para evitar o enfraquecimento do mercado e a ordem econômica, bem como para evitar prejuízos advindos da relação consumerista ao consumidor (BENJAMIN, 1991, p. 57.). Ele propõe uma intervenção e um dirigismo sobre as relações de consumo, ponderando os interesses de ambos os envolvidos no processo, buscando equilibrá-las, com a finalidade de se alcançar o interesse coletivo e de preservar os direitos sociais, tendo em vista a peculiaridade desse relacionamento, em virtude da presunção de hipossuficiência do consumidor.

A redução da Responsabilidade Civil à função reparadora exclusivamente, é negar efetividade à justiça, e se omitir diante de casos que violem direitos e interesses difusos e coletivos. Nessa linha de raciocínio, Nelson Rosenvald afirma que é hora de:

Revisitar o modelo jurídico das sanções punitivas privadas legado do direito romano clássico, certamente em outras bases, com as necessárias vicissitudes dos últimos 2.000 anos. A verdade é que amesquinhar o direito civil no escopo reintegratório, sem a capacidade de atuar sob o ponto de vista preventivo, implica em renúncia à efetividade, no binômio justiça/eficiência, sobremaneira no que diz respeito à violação a direitos da personalidade e atentados a interesses difusos e coletivos (ROSENVALD, 2014, p. 29).

No Brasil, boa parte da doutrina¹⁷ segue a corrente de duplo caráter da reparação do dano moral, com um caráter compensatório e outro punitivo e também a jurisprudência¹⁸ começa a seguir tal tendência.

Embora nos países de *common law* a ideia da pena privada seja mais comum, essa teoria vem ganhando força nos países de civil law (ROSENVALD, 2014, p. 30). Em importante estudo sobre a temática, Paolo Gallo elencou quatro hipóteses em que se faz interessante o uso da pena privada: a primeira seria sobre os casos em que inexiste dano de natureza econômica perceptível, como como quando se verifica afronta aos direitos da personalidade; a segunda e terceira hipótese, são que interessam diretamente a essa discussão,

¹⁷ “Quando se cuida do dano moral, o fulcro do conceito ressarcitório acha-se deslocado para a convergência de duas forças: caráter punitivo para que o causador do dano, pelo fato da condenação se veja castigado pela ofensa que praticou” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. P. 55. Segue o mesmo caminho Sergio Cavalieri Filho, **Programa de Responsabilidade Civil**, 2007, p.90-91. Em maior ou menor grau, posicionam-se nesse sentido Arthur Oscar de Oliveira Deda, Carlos Alberto Bittar, Sergio Cavalieri Filho, José Carlos Moreira Alves, Paulo da Costa Leite, Araken de Assis, Pontes de Miranda, Wilson Melo da Silva, Orlando Gomes.

¹⁸ TJ-SE - AC: 2011216540 SE, Relator: DESA. SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA, Data de Julgamento: 31/07/2012, 1ª.CÂMARA CÍVEL: No referido caso, o Tribunal de Justiça do Sergipe, em sede de apelação entendeu pela necessidade de majorar a condenação de indenização por danos morais decorrentes de matéria publicada pela revista Veja, onde entendeu-se possuir caráter calunioso divulgada contra ex-prefeito e governador de estado. “**MAJORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. NECESSIDADE DE DAR MAIOR ÊNFASE, NA HIPÓTESE, AO ASPECTO PUNITIVO DA INDENIZAÇÃO.**” (Grifos nosso).

vez que são os casos em que o lucro obtido com o ilícito é superior ao dano, e nos casos em que a hipótese de causar danos é inferior àquela de ressarcir-los (GALLO, 1996, p. 175).

Ora, sobre a segunda e terceira hipóteses, há nítida capacidade de aplicação sobre os casos de má prestação nos serviços de telefonia. É que não é difícil de encontrar casos em que essas empresas lesionam dolosamente os seus usuários, vez que o lucro obtido dessa atitude será superior àquele pago em eventual condenação.

A utilização desse instituto deveria se dar mediante a apuração de uma série de critérios. Dentre eles: 1) a gravidade do dano; 2) grau de culpa do ofensor; 3) capacidade econômica do ofensor; 4) capacidade econômica da vítima¹⁹.

Contudo, é preciso reconhecer que a sua aplicação encontra resistência doutrinária. É o caso de Anderson Schreiber. Segundo esse autor, é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro a ideia dos *punitives damages*, uma vez que haveria choque com a dicotomia entre ilícito civil e ilícito penal, violando garantias processuais:

A incorporação dos *punitives damages* pela prática judicial brasileira traz, ainda, consideráveis inconsistências face ao princípio de proibição ao enriquecimento sem causa – já que a quantia paga a título de punição vem, inexplicavelmente, atribuída à vítima-, além de ferir frontalmente a dicotomia entre ilícito civil e ilícito penal, aplicando penas sem balizamento legal, sem as garantias processuais próprias e sem a necessária tipificação prévia das condutas reprováveis. (SCHREIBER, 2015, p. 213.)

Entendemos que tal entendimento não deve prosperar, uma vez que se torna cada vez mais complicado falar em dicotomia de direitos, num ordenamento constitucionalizado e horizontalizado (TEPEDINO, 2006, p. 14), cujos limites já não são mais bem definidos, vez que há comunhão entre o ramo jurídico público com o civil, e vice-versa.

¹⁹ Inexiste atualmente no Código Civil de 2002 o estabelecimento de critérios, de maneira que a doutrina os extraiu de leis especiais, a exemplo da do Código Brasileiro de Telecomunicações (lei nº 4.117/62) e da Lei da Imprensa (Lei nº 5.250/67).

3.2 CASO NORTE-AMERICANO EMBLEMÁTICO

Um caso emblemático que desperta atenção sobre os pesquisadores da matéria é o do julgado norte-americano de *Liebeck v. McDonald's*²⁰. Trata-se de relato real, que aconteceu em 1992 na cidade de Albuquerque, Novo México – EUA.

Determinado dia, Stella Liebeck adquiriu um café num dos estabelecimentos da rede de *fast foods* McDonald's, e por acidente derramou a bebida em seu corpo, o que lhe causou ferimentos graves e queimaduras de até terceiro grau, tendo que realizar tratamento médico por mais de dois anos por questões de saúde e estética.

À época desse acontecimento, não existia as tampas para bebidas quentes, como o café, que utilizamos hoje em dia e que torna mais seguro o seu transporte e o consumo. Acontece que essa empresa já havia recebido diversas reclamações pela venda dessa bebida em temperaturas demasiadamente elevadas e sido alertada sobre o perigo que isso apresentava para os consumidores.

Ao tentar contato com a empresa com a finalidade de solucionar o caso sem litígio, Liebeck recebeu apenas \$ 800,00, quando o tratamento lhe custou \$10 mil. Insatisfeita, Liebeck procurou o judiciário local, o qual ao julgar essa demanda, o júri condenou a empresa a pagar \$2,9 milhões, dentro os quais \$10mil à título de danos materiais, e todo o restante a título de danos morais e *punitives damages*. Houve revisão para minorar o valor da condenação, contudo as cifras permaneceram altas.

Anos após essa condenação, foi inventada a tecnologia da tampa para copos de refrigeração de bebidas. Não se quer aqui defender que o presente caso foi a causa para a descoberta dessa inovação. Contudo, pode-se extrair que o resultado prático dessa condenação é que a partir de uma punição financeira sobre o seu patrimônio, a empresa mudou a postura e a forma como comercializou os seus produtos, vez que nunca mais vendeu a bebida na mesma temperatura e atuou de forma preventiva, ainda que diretamente visando não receber outra condenação de mesmo valor, indiretamente a sua postura foi forçada a ser alterada.

²⁰ Not Just a Hot Cup Anymore. 21 de outubro de 2013. Disponível em <<http://www.nytimes.com/2013/10/21/booming/not-just-a-hot-cup-anymore.html>> Acesso em 29/08/2017

4. CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, o trabalho procurou apresentar a relevância social prática da discussão. O serviço de telecomunicação desempenha atualmente função de extrema relevância para todos os setores: econômicos, científicos, financeiros, comerciais, medicinais etc.

A problemática levantada consiste na vulnerabilidade do consumidor dos serviços de telecomunicação no Brasil, e a forma como as operadoras desse serviço lesionam os consumidores, visando a majoração do seu lucro. Violam diversos direitos e causam falhas severas nesse mercado, desequilibrando essa relação e adotando posturas envolvidas por abusos de direito.

Embora exista um dever constitucional que imponha ao estado realizar a defesa do consumidor, procurou-se demonstrar a omissão da agência reguladora desse setor, que possui como missão e dever legal de atuar para regular e equilibrar esse mercado, devendo, portanto, atuar para proteger o lado mais fraco dessa relação, mas que muitas vezes se posiciona pró mercado, concretizando essa lacuna.

O mercado ideal, baseado numa relação saudável, sem falhas, com equilíbrio contratual e prestações proporcionais e satisfatórias para ambas as partes, está longe de ser alcançado. Verificou-se que inexistente por parte das operadoras, um interesse espontâneo numa mudança nesse cenário que sinalize por melhorias na qualidade do serviço, através da cessação dessas práticas abusivas.

Assim, o mercado real é precário e exige mudanças. Dessa forma, os *punitives damages*, ou indenizações punitivas, é apresentada como hipótese que pode alterar esse quadro. Através de penas civis, utiliza-se da responsabilidade civil como ferramenta que elenca condutas ilícitas e indesejadas, aplicando-se sobre elas condenações financeiras elevadas, para que não haja replicações dessa. Se utiliza da sanção civil como ferramenta preventiva e pedagógica, desestimulando práticas similares através de condenações patrimoniais sobre o bolso das empresas que praticam essas condutas.

Trazendo a aplicação do ordenamento norte-americano, faz-se o paralelo sobre a aplicação feita nesse país e as consequências práticas que desestimularam e puniram condutas civis ilícitas e indesejadas.

Seguindo uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial, percebeu-se que existe no ordenamento jurídico brasileiro aceitação jurídica para a sua aplicação, onde uma vez bem utilizada pelos tribunais, espera-se que haja uma cessação ou minoração dessas práticas abusivas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Pedro Pontes; MAIA, Torben Fernandes. Inadimplemento contratual pelo desrespeito à boa-fé objetiva como uma hipótese de resolução contratual. In: Temas de direito civil: da constitucionalização à humanização / [recurso eletrônico] / Organizadores: Adriano Marteleto Godinho...[et al.] .-- João Pessoa: Editora da UFPB, 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O Direito do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 670, 1991.

CANCIAN, Renato. Controle social: poder de regulação da sociedade é limitado. *UOL Educação*, 25-09-2008. Disponível em <<https://educacao.uol.com.br/disciplinas/sociologia/controle-social-poder-de-regulacao-da-sociedade-e-limitado.htm>>. Acesso em 20-08-2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2007.

COSTA, Daiane. Empresas não resolvem queixas, e Judiciário é que paga a conta. *O Globo*, Rio de Janeiro, 26-04-2014. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/empresas-nao-resolvem-queixas-judiciario-que-paga-conta-12311609>>, acesso em: 20-08-2017.

DESSAUNE, Marcos. Teoria aprofundada do desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada / Marcos Dessaune. – 2. ed. rev. e ampl. – Vitória, ES : [s.n], 2017.

_____. Código de Atendimento ao Consumidor (CAC 2007): uma nova ética das relações de consumo. In: Dessaune, Marcos. *Histórias de Superconsumidor: ilustradas com o novo Código de Atendimento ao Consumidor (CAC 2007) e principais dispositivos legais aplicáveis*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 2009. P. 239-282.

GUGLINSKI, Vitor. Danos morais pela perda do tempo útil: uma nova modalidade. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3237, 12-05-2012. Disponível em

<<https://jus.com.br/artigos/21753/danos-morais-pela-perda-do-tempo-util-uma-nova-modalidade>>, acesso em: 20-08-2017.

JORNAL NACIONAL. Consumidores reclamam de atrasos na entrega de compras pela internet. 01-09-2015. Disponível em < <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/09/consumidores-reclamam-de-atrasos-na-entrega-de-compras-pela-internet.html>>. acesso em: 20-08-2017.

_____. Estudo revela quanto tempo cliente leva para cancelar linha de telefone. 13-08-2015. Disponível em < <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/08/estudo-revela-quanto-tempo-cliente-leva-para-cancelar-linha-de-telefone.html> >. acesso em: 20-08-2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Boletim Sindec 2016. *Secretaria Nacional do Consumidor*, Brasília, 2015. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/mais-de-2-7-milhoes-de-consumidores-registraram-reclamacoes-em-2016/boletim-sindec-2016.pdf>>, acesso em: 20-08-2017

MIRAGEM, Bruno. Vinte e cinco anos do Código de Defesa do Consumidor e os desafios atuais do direito do consumidor brasileiro: um decálogo de ideias para o presente e o futuro. *Informativo Brasilcon*, Brasília, n.5, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil/ Maria Celina Bodin de Moraes. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 9^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001

ROSENVOLD, Nelson. As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil. São Paulo: Atlas, 2014.

TEPEDINO, Gustavo (coord.). A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A Incorporação dos Direitos Fundamentais pelo Ordenamento brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, n. 341, p. 11-26, 2006.

VOCI, Pasquale. Risarcimento e pena privata nel diritto romano clássico. Milano: Giuffrè, 1939.

DIREITO À SAÚDE E HUMANIZAÇÃO: A EXPERIÊNCIA NO ERO/UFPB PARA A CONSTRUÇÃO DA TEORIA DO DIREITO CIVIL SOCIAL

Lavynia Fabrícia Vaz de Oliveira²¹

Wendson Abraão Fernandes Diniz²²

Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa²³²⁴

RESUMO

O presente trabalho se propõe a discutir a atuação da extensão universitária desenvolvida no Programa ERO (Endodontia e Reabilitação Oral), coordenado pela Professora Dra. Heloísa Helena Pinho Veloso, no âmbito do Departamento de Odontologia Restauradora – Centro de Ciências da Saúde/UFPB e em parceria com o Instituto de Direito Civil-Constitucional, sob a orientação da Professora Dra. Ana Paula Albuquerque, como instrumento para a efetivação da teoria do Direito Civil Social. Para tanto, analisa o surgimento dessa teoria e seus desdobramentos a partir da humanização do Direito Civil. Almeja, ainda, problematizar aspectos da união entre o direito público e o direito privado como meio necessário à promoção efetiva do direito social à saúde, principalmente a partir da efetivação de políticas públicas que garantam aos hipervulneráveis, como os pacientes com câncer, a tutela efetiva

²¹Discente do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba, *campus* Santa Rita, aluna colaboradora do Instituto de Direito Civil-Constitucional (CCJ-UFPB). Foi extensionista do Programa ERO – Endodontia e Reabilitação Oral (Reconstrução do projeto de vida do paciente com neoplasia de cabeça e pescoço) desenvolvido no âmbito do Centro de Ciências da Saúde – Departamento de Odontologia Restauradora – UFPB, lavynia.vaz@gmail.com.

²²Discente do curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba, *campus* Santa Rita, aluno colaborador do Instituto de Direito Civil-Constitucional (CCJ-UFPB), atualmente é monitor da Disciplina de Direito Civil II (Direito das Obrigações) no Departamento de Ciências Jurídicas- CCJ/UFPB. Foi extensionista do Programa ERO – Endodontia e Reabilitação Oral (Reconstrução do projeto de vida do paciente com neoplasia de cabeça e pescoço) desenvolvido no âmbito do Centro de Ciências da Saúde – Departamento de Odontologia Restauradora – UFPB, wendson_abraao@hotmail.com.

²³Orientadora. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela UFPB; Mestre em Ciências Jurídicas pela UFPB; Associada ao Instituto Brasileiro de Direito Civil; e primeira vice-presidente do Instituto: Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional.

²⁴Trabalho coorientado pela Profa. Dra. Heloísa Helena Pinho Veloso.

dos direitos da personalidade, especialmente o direito à integridade física e psíquica do ser humano.

Palavras-chave: Direito Civil Social; Políticas Públicas; Extensão universitária; Direitos da personalidade; Saúde.

ABSTRACT

This article proposes to discussing about the operation of the university extension developed in Programa ERO (Endodontics and Oral Rehabilitation), directed by Professor Heloísa Helena Pinho Veloso, in the Departamento de Odontologia Restauradora – Centro de Ciências da Saúde/UFPB (Department of Restorative Dentistry - Health Sciences Center / UFPB) and in association with the IDCC – Instituto de Direito Civil Constitucional (Institute of Civil-Constitutional Law), under the guidance of Professor Ana Paula Albuquerque, as an instrument for the realization of the theory of Civil Social Law. Therefore, intends to discuss the emergence of this theory and its unfolding from the humanization of Civil Law. It also aims to problematize aspects of the integration between public law and private law as a necessary means to promote the social right to health, especially with the implementation of public policies that guarantee effective protection of the personality rights, especially the rights to physical and mental integrity, of hypervulnerables, such as cancer patients.

Keywords: Civil Social Law; Public Policies; University Extension; Personality Rights; Health.

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

A preocupação pela efetividade do direito fundamental à saúde como elemento essencial à garantia da dignidade humana vem, paulatinamente, ganhando destaque nas pautas estatais, acadêmicas e sociais.

Perceber a pessoa humana enquanto sujeito de direitos e, ao mesmo tempo, estabelecer condições de efetivação de tais direitos, principalmente direitos sociais como o direito à saúde, é um desafio constante a qualquer política de governo.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão ou direitos sociais são concebidos ao longo de décadas enquanto normas programáticas, cuja efetivação dependerá da possibilidade estatal e não da necessidade humana.

É a partir dessa realidade que o Instituto de Direito Civil-Constitucional propõe uma “socialização do direito civil”, que consiste em tornar o direito civil, ramo jurídico atrelado historicamente ao patrimônio dos sujeitos, além de humanizado, socializado, ou seja, pensado enquanto instrumento para a efetivação de políticas públicas voltadas à garantia dos direitos sociais previstos na Constituição de 1988.

O ERO/UFPB, enquanto programa de extensão universitária desenvolvido no âmbito da Universidade Federal da Paraíba, busca uma efetivação da teoria do direito civil social pelo assessoramento jurídico a pacientes com câncer de maneira humanizada e construtivista. O direito civil, historicamente desenvolvido de maneira distante das normas programáticas sociais, se aproxima dos vulneráveis a partir da experiência desenvolvida no ERO/UFPB, fazendo-os se enxergar enquanto sujeitos de direitos.

O direito civil aqui discutido, principalmente sob o enfoque da garantia dos direitos da personalidade dos pacientes com câncer, se torna ponte para o desenvolvimento e efetivação dos direitos sociais, principalmente do direito à saúde, tão questionado diante da disponibilidade econômica estatal.

2. DISCUSSÃO

2.1 A promoção da saúde enquanto direito social

A corrida por limitar a atuação estatal frente ao indivíduo, fortemente vivenciada na era do estado moderno, fez surgir um rol extenso de direitos civis e políticos, direitos fundamentais negativos, que impediam o Estado de intervir ilimitadamente na vida privada dos indivíduos.

Essa expansão de direitos negativos acabou fortalecendo o desenvolvimento do neoliberalismo, e a partir dessa lógica o Estado foi se tornando tão mínimo que em algumas nações a população começou a reivindicar obrigações positivas do Estado, tendo em vista que o mercado, por si só, não foi capaz de regular o equilíbrio social.

Dessa forma, a partir da intervenção do Estado no domínio social, destacada inicialmente pela Constituição de Weimar, na Alemanha, de 1919 e pela Constituição Mexicana de 1917, ocorre a expansão do rol de direitos fundamentais oponíveis ao Estado que deveriam ser garantidos em sentido amplo, considerando a coletividade como um todo e não cada indivíduo em sua particularidade. Tais direitos vieram a ser chamados, posteriormente, de “direitos sociais”.

Nesse sentido, destacam-se as lições de José Afonso da Silva:

[...] podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se connexionam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (SILVA, 2011, p. 286-287).

Os direitos fundamentais são divididos pela doutrina jurídica em dimensões/gerações de direitos (MARMELSTEIN, 2008), relacionadas ao momento histórico em que cada grupo de direitos foi conquistado e em que foi efetivada a intenção de resguardá-lo. Diante dessa lógica, os direitos sociais são direitos fundamentais de 2ª dimensão/geração, direitos de créditos do indivíduo diante da coletividade, cujo sujeito passivo é o Estado (LAFER, 1988).

O direito à saúde no ordenamento constitucional brasileiro é previsto no art. 6º, *caput* e art. 196, ambos da Constituição de 1988, direito cuja consolidação de maneira universal e igualitária a todos, fica a cargo do Estado, conforme indicam as normas:

Art. 6º - São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

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. (BRASIL, 1988)

Ressalte-se que, conforme se encontra esculpido na Carta Maior, a saúde será garantida por meio de políticas públicas e econômicas, ou seja, na prática, mediante o equilíbrio econômico e financeiro do Estado.

É a partir dessa construção pragmática que se vislumbra a necessidade de se discutir acerca da condição do paciente com câncer e a efetivação do direito à saúde por meio de uma relação entre o direito público e privado.

2.2 A humanização do direito civil como caminho para a construção da teoria do direito civil social

A partir da concepção do ser humano como centro do ordenamento jurídico, consistente na eleição da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, a análise do Direito Civil Contemporâneo deve ser concretizada a partir do abandono da lógica iminentemente patrimonialista, passando a se preocupar, fundamentalmente, com o ser humano enquanto sujeito de direitos e obrigações.

Pensar um direito civil humanizado é reinterpretar normas que foram historicamente ligadas à proteção de classes sociais mais favorecidas. Os direitos da personalidade, que abarcam a garantia da integridade física, psíquica e o direito ao nome, por exemplo, foram, ao longo de décadas, direitos que em seu plano de eficácia real só conseguiam atingir sujeitos cujo patrimônio e prestígio social eram relevantes. Em suma, necessita-se abandonar o direito civil do “ter”, para que a relevância recaia mais sobre o “ser”.

É diante desses aspectos problematizadores relacionados à humanização do direito civil que se extrai o objetivo da construção teórica da teoria do direito civil social, conceito idealizado a partir dos estudos desenvolvidos no âmbito do Instituto de Direito Civil-

Constitucional (IDCC) e abordado pela Profa. Dra. Maria Luiza Alencar nos seguintes termos:

O novo direito civil deve abranger a hipervulnerabilidade como motor importante da garantia da dignidade humana e se aproximar dos direitos sociais, como substrato da demanda atual por uma interpretação jurídica menos (ou mesmo não) formalista, com potencial para ultrapassar a resignação programática tradicionalmente afeita aos direitos sociais, fato que continua a ocorrer no Brasil mesmo na vigência da Constituição Federal atual. [...] A certeza de que o Direito Civil da atualidade, para ajustar-se às reais demandas sociais e humanas, precisa ganhar impulso evolutivo e se aproximar do caminho da justiça distributiva e da política, ao ponto de amparar os hipervulneráveis, considerados em sua condição social de exclusão. Esse percurso difere da estrutura positiva kelseniana típica do contexto civilista clássico, calcado na lei, ao tempo em que pretende ampliar os efeitos da constitucionalização para além dos direitos fundamentais, passando a cingir os direitos humanos. (FEITOSA, 2017).

É nesse sentido que se compreende a necessidade de ver o Direito Privado não apenas como a regulação da vida privada, da liberdade contratual e da disposição dos bens patrimoniais, mas a partir da preocupação com o bem-estar social, que só é possível com a efetiva promoção dos direitos da personalidade que, por sua vez, depende intimamente da proteção de direitos fundamentais como a saúde e a vida.

A legislação civilista se compromete a regular os atos da vida civil, e para a efetivação de tais atos, é necessária a preservação da dignidade do ser. Não há, por exemplo, como se conceber a tutela da integridade física e psíquica do ser humano sem a devida promoção do direito à saúde. Estamos aqui diante da dicotomia: o público depende do privado ou o inverso?

Durante muito tempo se imaginou que o Direito Privado detinha uma lógica própria, que a intervenção do Estado na vida privada era uma afronta às liberdades individuais. No entanto, o novo plano de humanização do direito civil, ainda que bem construído no Código Civil de 2002, carece de eficácia plena, que apenas será efetiva após a união dos dois aspectos.

Nesse contexto, os problemas enfrentados para a efetivação da humanização do direito civil e o estreitamento dos laços entre o direito público e o privado são importantes fatores para a construção da teoria do direito civil social, que nasce acompanhada de desafios, conforme salienta Maria Luiza Alencar:

Significa que esse novo Direito Civil social necessita enfrentar ao menos dois desafios amplos. O primeiro diz respeito à estrutura do individualismo metodológico, mesmo compreendidas as mudanças trazidas pela história e pelo comportamento social contemporâneo, propondo-se a ainda maior transformação da noção de sujeito-indivíduo para a de sujeito-pessoa, entendido este como aquele que compartilha as condições e reproduções sociais e culturais do grupo ou da sociedade. [...]

O segundo enfrentamento abrange a ruptura com a dubiedade e a falácia de um discurso jurídico que, evado de interesses de classe, muda para não mudar. Não é tarefa fácil. A Carta constitucional cidadã apresenta, conforme menção a Comparato, duas vigências, a oficial e a efetiva, fruto da diferença entre as normas promulgadas e a realidade social do Brasil, gerando uma espécie de ficção jurídica que relega as garantias fundamentais dos direitos sociais aos programas de ação estatal, cuja realização depende da disponibilidade de recursos (contraponto entre reserva do possível e mínimo existencial). Como consequência, convém ponderar aqui que o direito civil, ao alcançar o patamar de direito social, passa a incidir genericamente nos problemas de eficácia e de materialização típicos desses direitos. (FEITOSA, 2017).

Dessa forma, a construção de um direito civil social como consequência da humanização desse ramo jurídico é necessária para garantir a plena eficácia do direito civil, especialmente quando tratamos da proteção dos direitos da personalidade frente a pessoas hipervulneráveis - notórios destinatários dos direitos sociais – como os pacientes com câncer, que são o foco do estudo desenvolvido no programa de extensão universitária ERO (Endodontia e Reabilitação Oral), no âmbito da Universidade Federal da Paraíba.

2.3 A atuação do ERO/UFPB no tratamento dos pacientes com câncer na Paraíba

O programa de extensão universitária ERO – Endodontia e Reabilitação Oral é uma proposta interdisciplinar que promove o acompanhamento do paciente com neoplasia maligna de cabeça e pescoço por meio da atuação de estudantes e docentes das áreas de Odontologia, Direito, Nutrição, Psicologia, Contabilidade e Enfermagem.

O programa é vinculado ao Centro de Ciências da Saúde da Universidade Federal da Paraíba, e tem como idealizadora e coordenadora a Professora Doutora Heloísa Helena Pinho Veloso, odontóloga, que a partir da oncologia clínica, desenvolveu uma perspectiva interdisciplinar como mecanismo hábil a promover a completa reconstrução do projeto de vida dos pacientes com neoplasia maligna.

O tratamento bucal de pacientes com câncer antes, durante ou após o tratamento quimio ou radioterápico é um protocolo clínico dentro da oncologia, principalmente em pacientes com câncer de cabeça e pescoço. A medicação e as sessões de radioisótopos causam efeitos colaterais incisivos nos pacientes com câncer, provocando péssimas condições bucais. Desse modo, a Odontologia desenvolve importante papel no tratamento da doença, como a facilitação no processo de deglutição de alimentos, controlando infecções, realizando a periodontia, endodontia, dentística e confecção de próteses dentárias.

A partir da concretização desses procedimentos odontológicos nos pacientes com câncer, surgiu a necessidade de ampliação na atuação do Programa ERO, a partir de parcerias públicas e privadas.

Nesse sentido, os objetivos do Programa relacionado à prevenção, reabilitação, educação e tratamento dos pacientes com câncer foram desenvolvidos a partir da assistência integral e humanizada, utilizando-se da integração de diversas áreas de conhecimento como instrumento para que os pacientes com câncer reconstruam completamente a sua vida após o tratamento da doença, amenizando, assim, a dor e o sofrimento dessas pessoas.

O programa ERO atende cerca de 20 (vinte) pacientes oncológicos semanalmente, entre consultas realizadas no Hospital Universitário Lauro Wanderley e no Hospital Napoleão Laureano²⁵ nas diversas especialidades científicas, como já citado, promovendo um efetivo suporte a atuação desses dois principais hospitais relacionados ao tratamento do câncer na Paraíba.

Foi diante dessa proposta que o Instituto de Direito Civil-Constitucional, por intermédio da atuação da professora Dra. Ana Paula Albuquerque e o programa ERO, firmaram parceria para desenvolver extensão universitária com estudantes do curso de Direito. Para isso, foi desenvolvido um trabalho de assessoria e consultoria jurídicas, na intenção de garantir, de forma satisfatória, os direitos dos pacientes com câncer já positivados no ordenamento jurídico brasileiro e, ao mesmo tempo, desenvolver uma pesquisa acerca da humanização do direito civil-constitucional.

Nota-se, portanto, a essencialidade do desenvolvimento de um tratamento humanizado e interdisciplinar dos pacientes com câncer para a concretização do direito social à saúde, do direito à vida e dos direitos à integridade física e psíquica do ser humano.

2.1 A extensão universitária realizada no ERO/UFPB como vetor para a efetivação da teoria do direito civil social

Os estudantes de Direito vinculados ao ERO/UFPB realizam atendimentos consultivos e de assessoramento jurídicos, sob a supervisão da Professora Dra. Ana Paula

²⁵ Fundado em 24 de fevereiro de 1962, o Hospital Laureano, localizado na cidade de João Pessoa-PB, se trata de uma fundação privada que estabelece grande quantidade de convênios com entes públicos. Segundo dados do próprio hospital, cerca de 90% de seu atendimento é realizado pelo SUS de forma gratuita, favorecendo uma grande quantidade de paraibanos no tratamento especializado e que tem demonstrado resultados razoáveis na cura da neoplasia maligna na Paraíba. Informações retiradas no endereço: <http://hlaureano.org.br/a-fundacao/estatuto-social/>

Albuquerque, cujo principal enfoque é a informação e a re(construção) do pensamento jurídico nos pacientes com câncer. É deveras essencial levar à população menos favorecida o reconhecimento enquanto sujeito de direitos, principalmente em casos de latente hipervulnerabilidade²⁶, como a situação dos pacientes com câncer.

O surgimento de dificuldades no início do tratamento e os obstáculos que vão surgindo ao decorrer desse, acabam por trazer ao paciente com câncer a mitigação dos direitos à saúde, à vida e à integridade. É a partir dessa perspectiva que é necessário entender o termo saúde não apenas como ausência de doença, mas, conforme salienta a Declaração de Alma-Ata (1978), enquanto bem-estar físico e mental, um direito humano fundamental.

Nos atendimentos jurídicos, os alunos de Direito prestam auxílio aos pacientes, realizam ações educativas para informá-los acerca dos benefícios que podem usufruir, e intervêm de forma direta, elaborando pareceres jurídicos, sob supervisão, e buscando informações junto a órgãos e instituições, com o intuito de concretizar tais direitos. As demandas encontradas nos atendimentos realizados no Programa ERO mostram quão grande é a violação à promoção da saúde daqueles que são hipervulneráveis, que carecem de políticas públicas que de fato forneçam condições para que possam enfrentar o câncer de maneira digna. Os principais direitos mitigados são: o fornecimento de medicamentos (art. 196 da CF/88 e art. 19-M, inciso I, da Lei nº 8.080/90 – Lei do SUS); a isenção do Imposto de Renda (Lei nº 7.713/1988); concessão de auxílio doença e aposentadoria por invalidez (Lei nº 8.213/1991); cirurgia de reconstrução mamária (Lei nº 9.797/1999); prioridade na tramitação de processos e atendimento pela Defensoria Pública (Lei nº 13.105/2015); saque do FGTS (Lei nº 8.922/1994); prazo de até 60 para o início do tratamento (Lei nº 12.732/2012); benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/1993); prioridade no recebimento de precatórios (art. 100, §2º, CF/88); fornecimento de transporte para realização dos tratamentos, dentre outros.

É a partir dessa sistemática que a assessoria jurídica prestada no Programa ERO atua como vetor para a promoção da saúde dos pacientes com câncer, aliando-se a outras áreas de conhecimento para o alcance de políticas públicas e para proporcionar o melhor e mais

26 Uma das pioneiras na utilização desse termo foi Cláudia Lima Marques (2014, p. 321-326), quando ressaltou a vulnerabilidade excepcional dos consumidores, uma vulnerabilidade potencializada, especial e agravada. Esse conceito ganhou reconsideração na lição da Professora Dra. Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa, docente da pós-graduação na Universidade Federal da Paraíba e do Mestrando em Direito Econômico pela mesma universidade, Jeremias de Cássio Carneiro de Melo, ao tratarem da hipervulnerabilidade das pessoas com deficiência mental, constituindo-se como aqueles sujeitos de direitos que são os excluídos por questões econômicas, sociais ou culturais, atribuindo o termo ao caso dos deficientes mentais e o conceito da incapacidade civil.

adequado tratamento do paciente com câncer, concebendo-o em sua plenitude, possibilitando o acesso a recursos financeiros e ao exercício de direitos que desconhecem.

Os atendimentos realizados vão além de uma perspectiva meramente informativa, sendo concebidos enquanto uma ação efetiva que desenvolve as bases científicas e programáticas da teoria do direito civil social. Isso porque a simples informação às pessoas de que elas possuem direitos e que devem buscá-los se perfaz enquanto um discurso vazio e sem conteúdo, dado que a eficácia real de uma norma social é extraída por meio de políticas públicas e ações sociais. Nesse sentido, vale salientar as palavras da Professora Maria Luiza Alencar:

[...] a relação entre o mandamento constitucional e a correspondente efetivação do direito civil se faz difícil, visto que a personalidade e a identidade dos sujeitos afetados, quando não sua própria vida, estão em causa. O artigo 196 da CF dispõe que 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 acesso, universal e igualitário, das ações e serviços. Em que pese o preceito constitucional, o direito à saúde esbarra no caráter programático e protelatório das medidas públicas, bem assim, no argumento da escassez de recursos (campo da chamada reserva do possível) e na seleção de prioridades do administrador público. O Direito Civil tem dito muito pouco sobre estas questões, que friccionam o direito social à saúde e o direito individual à vida, à sobrevivência ou à morte dignas. (FEITOSA, 2017).

Assim, o simples ato de a essas pessoas que o ordenamento jurídico preserva os direitos da personalidade, como a integridade física e psíquica, e o bem estar dos pacientes com neoplasia maligna, não é capaz de, por si só, provocar um tratamento mais social e humano a essas pessoas.

A extensão universitária é, portanto, um instrumento apto a realizar uma atuação concreta no sentido de estreitar o elo existente entre o direito público e o direito privado, viabilizando a humanização do direito civil-constitucional.

CONCLUSÃO

Apesar dos obstáculos apresentados ao decorrer deste trabalho, a união das instituições de direito privado e público demonstra-se satisfatória na solução de problemas cotidianos. O problema enfrentado pelos pacientes com neoplasia maligna é de natureza social, que demanda diretamente a solidificação das políticas públicas estatais. Todavia, nenhuma solução pode ser encontrada enquanto o Estado procura eximir-se de tal responsabilidade, conferindo ao direito à saúde o status de norma programática.

Dessa forma, a tutela jurídica dos direitos da personalidade dos pacientes com neoplasia maligna depende diretamente da promoção do direito social à saúde que, por sua vez, não pode ser concebido de forma dissociada da proteção da dignidade da pessoa humana. É preciso, ainda, instituir uma reviravolta no pensamento jurídico no tocante à interdependência entre o direito público e o privado, sendo o primeiro passo, sem dúvidas, o fortalecimento da teoria do direito civil social.

Nesse sentido, é inquestionável o papel que a extensão universitária, sobretudo a desenvolvida no ERO/UFPB em parceria com o Instituto de Direito Civil-Constitucional contribui, por meio de uma contraprestação à sociedade, para a difusão do conhecimento jurídico e para a construção do reconhecimento da condição de sujeitos de direitos pelos próprios hipervulneráveis, efetivando assim a prestação e garantia dos direitos sociais previstos na Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Humanização do Direito Civil Constitucional ou por um Direito Civil social: lineamentos introdutórios. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 4, n. 11, p.239-257, abr./jun. 2017.

Declaração de Alma-Ata. Formulada na Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde. Disponível em:< <http://cmdss2011.org/site/wp-content/uploads/2011/07/Declara%C3%A7%C3%A3o-Alma-Ata.pdf>> Acesso em 01 out. 2017.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008. p. 42

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

A TUTELA PROVISÓRIA COMO MECANISMO DE EFETIVO ACESSO AO DIREITO À SAÚDE: UM ENFOQUE SOBRE A COGNIÇÃO JUDICIAL

TEMPORARY INJUNCTION AS A MECHANISM FOR AN EFFECTIVE ACCESS TO HEALTHCARE: A THOROUGH APPROACH TO JUDICIAL COGNITION.

Arthur Monteiro Lins Fialho*

RESUMO

O presente artigo traz uma análise sobre a importância da tutela provisória para garantia do direito à saúde. Através de pesquisa bibliográfica, é analisada a evolução das tutelas provisórias desde a singular previsão sobre tutela cautelar trazida inicialmente pelo CPC/73 até a positivação das específicas tutelas de urgência e de evidência. Aborda a necessidade de se relativizar a regra da vedação de irreversibilidade das tutelas sumárias satisfativas, com destaque para os mecanismos da caução e da responsabilização objetiva da parte requerente nos casos em que a decisão precária for revista. Trata da atividade cognitiva desenvolvida pelo magistrado para concessão das tutelas de urgência, com destaque para os casos de saúde, demonstrando, ao final, que na tutela de urgência o grau de cognição é mais superficial do que na tutela de evidência.

Palavras-chave: Tutela de urgência; Acesso à saúde; Cognição; Efetividade.

ABSTRACT

* Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa. Membro associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Membro associado ao IDCC - Instituto de Direito Civil Constitucional da UFPB. Advogado associado ao escritório Solon Benevides e Walter Agra Advogados. *E-mail*: arthurmlfialho@hotmail.com.

The present article brings up an analysis over the importance of a temporary injunction so as to guarantee the right to healthcare. Through bibliographic research, the evolution of the temporary injunctions is analyzed as of the singular prevision regarding provisional injunctions brought about firstly by the CPC/73 until the identification of specific emergency and evidence injunctions. It discusses the need of relativizing the rule prohibiting irreversibility of summary satisfactory injunctions, with focus on the mechanisms of caution and of the requesting party's objective accountability in cases where the precarious decision is reviewed. It discusses the cognitive activity developed by the magistrate for the concession of emergency injunctions, highlighting the cases of healthcare, pointing out, lastly, that in the emergency injunction, the degree of cognition is more superficial than that of the evidence injunction.

Key-words: Emergency Injunction; Access to healthcare; Cognition; Effectiveness.

1 INTRODUÇÃO

Diante da importância do direito à saúde, não se pode admitir a ideia de que uma medida judicial satisfativa necessariamente deve ser concedida através de um procedimento de cognição exauriente e que só pode ser cumprida após estar acobertada pela coisa julgada. Pensar dessa forma seria uma verdadeira afronta ao princípio do efetivo acesso à justiça e da inafastabilidade da jurisdição.

A simples espera pelo provimento jurisdicional exauriente pode ser literalmente fatal para aquele que possui urgência na obtenção de uma medida satisfativa. A tendência é que, nos casos em que o bem protegido seja a vida, o processo de cognição plena seja utilizado de forma residual, optando-se por técnicas processuais simplificadas, capazes de entregar resultados às partes em um menor espaço de tempo, por meio de uma cognição sumária.

Como se sabe, uma ampla cognição não é garantia absoluta de acerto do Judiciário, pois, esgotadas as fases do processo o juiz é obrigado a julgar, mesmo que ainda esteja em dúvida!

Desta feita, será demonstrado através do presente trabalho a importância da tutela provisória satisfativa para a garantia do efetivo acesso ao direito à saúde, com especial

destaque para a tutela de urgência, tendo em vista a natureza emergencial da matéria.

Inicialmente apresentar-se-á uma breve narrativa sobre a evolução das tutelas provisórias nos últimos 40 anos do nosso ordenamento processual, onde inicialmente só se admitia medida de urgência na forma cautelar para posteriormente ser expressamente prevista a figura da tutela antecipada, que agora, com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (CPC), poderá ser concedida com base na urgência ou apenas evidência do direito almejado.

No terceiro ponto do trabalho serão apresentados os mecanismos processuais que possibilitam a mitigação da vedação de irreversibilidade da tutela antecipada satisfativa, demonstrando-se que a previsão do §3º do art. 300 do CPC não pode ser interpretada de forma literal e absoluta, pois, caso contrário, quase todas as decisões provisórias relacionadas à saúde seriam consideradas ilegais, uma vez que é quase impossível fazer com que um procedimento médico seja integralmente desfeito e as partes voltem para o exato *status quo ante*.

Ao final, será feita uma abordagem acerca da atividade cognitiva desenvolvida pelo julgador para concessão das tutelas provisórias, demonstrando-se que em razão dos pressupostos da urgência ou evidência, através de decisão devidamente fundamentada, é plenamente possível antecipar o provimento jurisdicional, defendendo-se a ideia de que na tutela de urgência a cognição é desenvolvida de forma mais superficial do que na tutela de evidência, o que é aceitável em razão do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

2 EVOLUÇÃO DAS TUTELAS PROVISÓRIAS

Até a entrada em vigor da Lei nº 8.952/94, o CPC/73 previa apenas as tutelas de urgência cautelares, as quais eram reguladas através de um livro próprio na codificação processual (CASTRO, M., 2013, p. 290), predominando o raciocínio de que caso fosse concedida uma decisão de cunho satisfativo em sede de cognição sumária o processo perderia o objeto (MARINONI, 2004, p. 120). Logo, tal pensamento dificultava a concessão da tutela

antecipada, especialmente quando o pedido visava proteger o direito à saúde, pois, como é sabido, em tais casos são grandes as chances da tutela ser irreversível²⁷.

Porém, através da nova redação do art. 273 trazida pela Lei nº 8.952/94 se estabeleceu que o juiz, a requerimento da parte, poderia antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convencesse da verossimilhança da alegação. Passou-se a diferenciar a tutela cautelar e a tutela antecipatória, atribuindo-lhes pressupostos individualizados para sua concessão, o que, infelizmente, gerava grande discussão doutrinária.

De forma objetiva e didática, o saudoso Teori Zavascki lecionava que “cautelar é garantia e antecipação é satisfação”. Para o citado autor, apesar das referidas tutelas possuírem características comuns, com a mesma identidade quanto à função constitucional que exercem, são tecnicamente distintas (ZAVASKI, 1999, p. 46).

Conforme Eduardo Talamini, a previsão inicial que distinguiu a “tutela antecipada” da “tutela cautelar” gerou uma grande zona cinzenta acerca da distinção dos institutos, situação que só foi contornada através da Lei nº 10.444/02, que incluiu o §7º no art. 273, prevendo a possibilidade de fungibilidade entre as medidas (TALAMINI, 2012, p. 13-34), não fazendo mais sentido o indeferimento de medida cautelar unicamente porque havia sido equivocadamente nominada de tutela antecipada, ou vice-versa (MITIDIERO, 2013, p. 163).

Porém, em que pese a grande evolução trazida pelas Leis nº 8.952/94 e nº 10.444, o CPC/73 não fazia distinção entre as tutelas de urgência e de evidência. Até então, para a concessão de um provimento liminar, cautelar ou antecipatório, exigia-se a presença combinada dos pressupostos²⁸ da verossimilhança e da urgência.

Tendo em vista esse perfil engessado da norma processual, onde a medida antecipatória só poderia ser deferida caso fosse igualmente demonstrada a presença da

²⁷ Demonstrando a fragilidade do raciocínio de que uma medida sumária satisfativa iria fazer com que o processo perdesse seu objeto, Lucas Pereira Baggio salienta que “quando houvesse dano à parte que suportou a medida de urgência, ainda que fossem irreversíveis seus efeitos fáticos, haveria motivo racional para o prosseguimento do processo até o final, pois seria imprescindível verificar a correção do pronunciamento emergencial para fins reparatórios, o que somente poderia ocorrer com aprofundamento cognitivo”. Cf. BAGGIO, 2010, p. 132.

²⁸ Alguns doutrinadores se preocupam em distinguir os termos “pressuposto”, “requisito” e “condição”, e nas palavras de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena, “quando se fala em “pressuposto”, se está no terreno da existência ou não existência do fenômeno jurídico; se se fala em “requisito”, já se alcança etapa superveniente, que é a da validade ou não do fenômeno jurídico; ao ser abordada a “condição”, ganha-se a linha de eficácia ou de extinção do fenômeno jurídico”. Cf. VILHENA, 1973, p. 186.

fumaça do bom direito e o perigo da demora, começou-se a observar, sob um viés pragmático, que na jurisprudência havia casos em que a tutela provisória era concedida mesmo na ausência ou insipiência de um dos citados pressupostos.

Eduardo José da Fonseca Costa, em sua obra *O direito vivo das liminares*, observou que os citados pressupostos não eram encontrados de forma igualitária nas decisões, havendo situações em que se fazia presente em maior grau o *periculum in mora*, e em outras que predominava o *fumus boni iuris*. Feita tal constatação, o referido autor enumerou vários tipos de liminar de acordo com o grau de presença de cada pressuposto: “tutela de evidência extremada e de urgência não extremada”, “tutela de urgência extremada e de evidência não extremada”, “tutela de evidência e urgência extremadas”, bem como “tutela de evidência e urgência não extremadas” (COSTA, 2011, p. 123-146).

Contudo, além dos casos em que se fazem presentes de maneira conjunta o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, sejam em maior ou menor grau, o que é típico das tutelas liminares cautelares ou satisfativas, também existem situações em que um pressuposto se fará presente em grau tão elevado que o outro se torna dispensável. São as denominadas “tutela de evidência extremada pura” e “tutela de urgência extremada pura”, sendo esta última de maior interesse para o presente trabalho.

Assim, tendo em vista a multiplicidade de situações que podem ser encontradas dentro das tutelas antecipadas, a disciplina legal das tutelas provisórias foi profundamente alterada no novo CPC, podendo, agora, fundar-se na urgência ou unicamente na evidência.

A tutela de urgência passa a ser dividida em tutela cautelar e tutela antecipada. O art. 300 estabelece as mesmas exigências para concessão das duas espécies de tutela, acabando, assim, com qualquer discussão remanescente sobre a fungibilidade entre ambas. As tutelas de urgência, que, como dito, podem ser satisfativas ou cautelares, exigem a demonstração da probabilidade²⁹ do direito e o perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

A simples leitura no novo CPC deixa patente que sua sistemática ficou mais simples, unificando os pressupostos para a concessão das tutelas cautelar e satisfativa.

²⁹ Note-se que o novo código fala em probabilidade, e não mais em verossimilhança. Para Michele Taruffo a verossimilhança tem relação com a capacidade descritiva da realidade independente de haver provas, enquanto a probabilidade depende de elementos que justifiquem de forma racional a crença em determinado fato. Cf. TARUFFO, 2002, p. 185.

Topologicamente se atribuiu um regime uniforme à tutela antecipada, seja satisfativa ou cautelar (CASTRO, D., 2017, p. 253).

Por outro lado, as tutelas de evidência, que serão apenas satisfativas, ganham previsão específica e pressupõem a demonstração de que as afirmações de fato estejam robustamente comprovadas, tornando o direito evidente, conforme disposição contida no art. 311 do novo CPC (DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 570).

Como a própria nomenclatura já denota, a tutela de evidência visa garantir, de forma mais célere e eficaz, a solução de litígios onde o direito pleiteado se encontra evidente, não havendo a necessidade de demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo para que seja concedida.

Em que pese a tutela de evidência encontrar sustento na atual ideia de processo justo, na busca de efetivação do princípio da razoável duração do processo, é pouco provável que na prática forense a mesma venha a ser diretamente usada na garantia do direito à saúde, tendo em vista que em tais casos a estrutura argumentativa do petitório é toda desenvolvida ao redor do fator urgência. No momento em que se trabalha com o perigo de dano em sentido estrito, o mais adequado é o uso da tutela urgência³⁰.

Para distinguir as modalidades de tutela provisória conforme atualmente positivadas em nosso digesto processo, com base em seus fundamentos e finalidades, Marinoni aduz que a diferença entre elas é a de que, no caso da evidência, a tutela antecipada é concedida com fundamento na prova dos fatos constitutivos e na fragilidade da defesa que ainda pretende produzir prova, enquanto a tutela antecipada baseada em perigo de dano possui como fundamento a urgência e como objetivo a imediata tutela do direito para evitar um dano iminente (MARINONI, 2017, p. 44).

Considerando que a tutela de evidência tem como fundamento a evidência do direito e a inconsistência da defesa, e como fim a inversão do ônus do tempo do processo (MARINONI, 2017, p. 44) não havendo qualquer preocupação com o perigo em sentido

³⁰ Ressalte-se que não existe qualquer vedação do uso da tutela de evidência nas demandas de saúde, o que se argumenta é que em razão do valor “vida” estar diretamente envolvido, o mais coerente é usar uma argumentação lastreada na urgência, pois, como será visto, a atividade cognitiva é mais simples e superficial. A título ilustrativo, pode-se vislumbrar o uso da tutela de evidência nas demandas sobre reajustes de mensalidades de plano de saúde, onde o requerente, mesmo sem demonstrar um perigo iminente, pois teria uma boa condição financeira, apresenta requerimento antecipatório com base em prova documental e demonstra que existe em seu favor tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, possibilitando, assim, a concessão da tutela de evidência com base no inciso II do art. 311 do CPC.

estrito, é de se crer que a mesma acaba se distanciando dos casos típicos de urgência relacionados ao direito à saúde.

Dentro desse contexto, e conforme suas peculiaridades, temos que a tutela provisória no novo CPC se apresenta em duas modalidades, de urgência ou de evidência, podendo a tutela de urgência ser cautelar ou antecipatória, requerida de forma antecedente ou incidental (RIBEIRO, Luiz et al., 2016, p. 102). Porém, os fundamentos e finalidades das tutelas provisórias são distintos, e, como os próprios nomes já declaram, uma tem fundamento na urgência e a outra na evidência, aquela visa evitar o dano e esta última visa melhor distribuir o ônus do tempo do processo.

Sobre a sumarização da cognição através das tutelas provisórias e a intenção do novo CPC de impor uma maior celeridade na prestação jurisdicional, temos que as tutelas de urgência e de evidência são hipóteses de tutelas diferenciadas, pois, ao contrário das tutelas jurisdicionais embasadas em uma racionalidade unitarista, com um modelo padronizado para todas as situações, as tutelas sumárias possuem como meta a efetividade, buscando um alinhamento a partir da proposta de adaptabilidade, o que possibilita uma aplicação da tutela de forma sensível e flexibilizada ao caso concreto (CASTRO, M., 2013. p. 285-286). Essa possibilidade de flexibilização é essencial para a proteção do direito à saúde, tendo em vista a infinidade de situações que podem ser apresentadas em juízo.

Para homogeneizar a matéria, o CPC/2015 trouxe nos seus artigos 294 a 299 as disposições gerais acerca da tutela provisória, que, obviamente, aplicam-se tanto à tutela de evidência como à tutela de urgência.

3 MECANISMOS DE BALANCEAMENTO DA TUTELA DE URGÊNCIA E A RELATIVIZAÇÃO DA VEDAÇÃO DE IRREVERSIBILIDADE

Em relação às tutelas de urgência, através das quais é feita a esmagadora maioria das súlicas relacionadas ao direito à saúde, o CPC/2015 manteve um rigoroso regramento visando evitar ou minimizar possíveis danos que a parte requerida possa vir a sofrer em razão da antecipação da tutela. O §3º do art. 300 prevê expressamente que não será concedida tutela de urgência de natureza antecipada quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (vedação de irreversibilidade).

Inicialmente, é de se perceber que o legislador infraconstitucional se preocupou mais com a regulamentação da tutela de urgência do que com a de evidência, trazendo para a primeira alguns mecanismos de controle que imotivadamente não foram estendidos para a tutela de evidência, situação que já vem sendo criticada pela doutrina. Nesse sentido, vejamos o escólio de Daniel Penteado de Castro (2017, p. 249):

O NCPC restringe a vedação à irreversibilidade, exigibilidade de caução e responsabilidade objetiva pela revogação da tutela sumária relativamente à antecipação de tutela fundada na urgência, sendo omissis, outrossim, em relação a tal exigibilidade ou vedação quanto à antecipação de tutela sem o requisito da urgência, cunhada como tutela da evidência. A nosso sentir, esses mecanismos de balanceamento devem ser disciplinados no regime geral das antecipatórias e também contemplar a antecipação de tutela sem o requisito da urgência. Não é porque há alta probabilidade do direito do requerente da medida que uma decisão provisória deve ser concedida incondicionalmente, sem exame de eventual *periculum in mora reverso* ou confronto com a probabilidade de quem cumpre a decisão provisória sagrar-se vencedor ao final da demanda.

Dentre as disposições da tutela de urgência que devem ser aplicadas à tutela de evidência temos a possibilidade de o juiz exigir caução para concessão da tutela nos termos do §1º do art. 300, uma vez que tal exigência é inerente ao caráter provisório das tutelas sumárias e a responsabilização da parte requerente da tutela quando esta for cassada e causar prejuízos ao outro litigante, conforme verbera o art. 302 do CPC (RIBEIRO, Leonardo, 2016, p. 200).

Quanto à vedação de irreversibilidade, tanto na esfera da urgência como da evidência, a mesma não pode ser encarada de forma absoluta, pois, na prática, após a concessão de uma tutela provisória, é impossível se reestabelecer integralmente o *status quo ante*. Se a proibição de irreversibilidade, no plano factual, fosse interpretada de forma literal jamais seria possível a concessão de uma medida judicial para a realização de um procedimento cirúrgico, por exemplo.

Nesse sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier destaca que a doutrina e a jurisprudência necessariamente devem abrandar a interpretação do §3º do art. 300, tendo em vista que em determinadas ocasiões, mesmo que seja nitidamente perceptível a impossibilidade de voltar à situação anterior caso a medida seja revogada, o pleito emergencial deve ser atendido. Como exemplo a autora apresenta o clássico caso do requerimento de autorização para uma transfusão de sangue em favor de um menor, quando os pais não permitem tal procedimento por questões religiosas, onde, após a realização da transfusão, será impossível se restabelecer a situação anterior (WAMBIER, 2015, p. 501).

Sobre a irreversibilidade da medida, de forma brilhante, Leonardo Greco (2014, p. 304) expõe que:

O parágrafo 3º do artigo 300 do novo código reproduz a capciosa regra do § 2º do art. 273 do Código anterior, que parece vedar a concessão da tutela antecipada de urgência, quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão. Interpretada literalmente essa disposição representaria verdadeira afronta à garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva, inscrita no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição. Os fatos pretéritos nunca são reversíveis. E o gozo pretérito do direito também não pode ser revertido. No máximo, a revogação pode alterar a situação fático-jurídica para o futuro e determinar a responsabilidade por perdas e danos em relação aos efeitos já exauridos. A doutrina e a jurisprudência se encarregaram de dar à irreversibilidade o sentido de um juízo de ponderação entre o perigo de dano alegado pelo requerente e aquele a que ficaria sujeito o requerido caso concedida a medida de urgência. Assim, deverá seguir sendo interpretado o dispositivo do novo Código.

Como se percebe, a vedação de irreversibilidade deve ser aplicada através de um trabalho de ponderação de valores, caso contrário, funcionará como verdadeiro óbice ao

efetivo acesso à proteção jurisdicional. Vejamos como vinha se comportando a jurisprudência mesmo antes da entrada em vigor do CPC/15:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. ATENDIMENTO DOMICILIAR ("HOME CARE"). **URGÊNCIA NO TRATAMENTO. PACIENTE PORTADOR DE MAL DE ALZHEIMER. DIMINUIÇÃO DOS EFEITOS DA DOENÇA.** AGRAVO IMPROVIDO.

1. (...)

2. Quanto ao outro requisito - o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação - conquanto se deva admitir que a decisão vergastada seja passível de impor gravame à agravante - e isso é suficiente para autorizar o processamento do agravo sob a forma de instrumento pelo permissivo do art. 522, caput, do CPC ("... decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação..."), impedindo a sua imediata conversão em agravo retido (art. 527, inciso ii, do CPC)-, não se vislumbra, no presente caso, a ocorrência de risco de dano presente e irreversível que esteja a demandar atuação jurisdicional positiva e imediata, nesta instância.

3. Na hipótese de a sentença de mérito não ser favorável à agravada, a agravante poderá cobrar por meio de ação própria os valores despendidos, o que afasta o risco de irreversibilidade da decisão recorrida.

4. recurso não provido. (BRASIL, 2012, p. 122).

Tendo em vista a essência da norma processual, a previsão de irreversibilidade não pode ser vista de forma absoluta, e é justamente em razão da possibilidade de se mitigar o postulado da irreversibilidade que existe a chance de se impor à parte requerente o depósito de caução, como também se pode responsabilizar de forma objetiva aquele que requereu a tutela posteriormente revogada, sendo obrigado a reparar a parte que sofreu com a medida,

conforme pontuado na decisão acima, proferida em agravo de instrumento contra decisão de base que acertadamente garantiu o direito ao tratamento de saúde, afastando o argumento de irreversibilidade da medida em razão da possibilidade de se cobrar por meio de ação própria os valores despendidos.

Feita a contextualização acerca das tutelas provisórias, realmente necessária em razão das modificações trazidas pelo novo código adjetivo civil, passa-se agora para uma abordagem acerca do trabalho cognitivo desenvolvido pelo julgador nas tutelas provisórias, especialmente em relação à tutela de urgência, que, como dito, parece ser a mais adequada para solução de litígios de saúde, apresentando-se muitas vezes como uma tutela de urgência extremada pura (COSTA, 2011, p. 91).

4 A COGNIÇÃO JUDICIAL E A TUTELA DE URGÊNCIA NO DIREITO À SAÚDE

Para se falar da tutela do direito à saúde através de técnicas processuais diferenciadas é importante uma abordagem sobre a atividade cognitiva desenvolvida pelo julgador e os possíveis níveis de conhecimento que se pode/deve alcançar através das provas e fundamentos trazidos pelas partes, uma vez que tais elementos são indissociáveis da formação do juízo de valor do magistrado.

Sobre o tema da cognição, são preciosas as palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2002, p. 37):

A cognição é completa quando apta a abranger todos os possíveis fundamentos de interesse do autor ou do réu; é *exauriente* quando comporta indagações tão profundas que sejam capazes de eliminar toda possível dúvida e incutir certeza no espírito do juiz. Mas nem sempre ela abrange toda a área de possíveis razões de fato ou de direito que em tese poderiam influir na existência ou inexistência do possível direito do autor, sendo então *limitada* e não completa; e nem sempre ela se faz com toda a intensidade imaginável, ficando somente na superfície das investigações, sendo *sumária* e não exauriente. A redução da área das questões suscetíveis de cognição

passa-se no *plano horizontal*; as limitações à intensidade na busca da verdade e do esclarecimento convincente e completo, no *vertical*. A cognição só tem caráter de universalidade total, quando for completa no plano horizontal e exauriente no vertical.

Na clássica lição de Kazuo Watanabe, a cognição é um ato de inteligência, através do qual o julgador deve considerar, analisar e valorar os argumentos e documentos apresentados pelos litigantes, ou seja, as questões de fato e as de direito deduzidas em juízo. Através de tal atividade cognitiva se estabelece o alicerce, o fundamento, para o julgamento do processo. Em sua obra Watanabe usa o termo cognição para indicar a natureza da atividade do órgão jurisdicional, defendendo a existência de um elementar “direito à cognição adequada” (WATANABI, 2000, p. 57-59).

É através da cognição que se torna possível conviver com a imprevisibilidade da conduta humana, sendo a atividade cognitiva imprescindível em todas as ciências. Nas palavras de Hannah Arendt, o conhecer é a mais importante das funções do homem (ARENDR, 2008, p. 140).

Por meio da cognição é que o magistrado forma o juízo de valor a respeito das questões apresentadas no processo (CÂMARA, 2014, p. 271). Heitor Sica acrescenta que é através da cognição que se possui “ferramenta básica para a instrumentalidade do processo e sua correta compreensão revela-se imprescindível para explicar adequadamente um sem-número de fenômenos cada vez mais relevantes para o ordenamento processual” (SICA, 2013, p. 465).

Falando do “direito à cognição adequada”, defendido por Watanabe³¹, Frederico Koehler esclarece que para o citado autor a cognição nem sempre será exauriente justamente por ter que se amoldar ao direito da parte, podendo haver restrições da cognição nos planos horizontal e vertical. No primeiro plano o magistrado ficará restrito à análise de questões de regularidade do processo, das condições da ação e de questões de mérito, enquanto no sentido

³¹ “A justiça precisa ser rente à realidade social. Essa aderência à vida somente se consegue com o aguçamento da sensibilidade humanística e social dos juízes, o que necessariamente requer preparação e atualização. Para a *cognição adequada* a cada caso, pressuposto de um julgamento justo, a sensibilidade mencionada é um elemento imposterável. Não seria, certamente, um exagero afirmar-se que o *direito à cognição adequada* faz mesmo parte do conceito menos abstrato do princípio do juiz natural.” Cf. WATANABE, 2000, p. 64.

vertical, que remete ao grau de profundidade no conhecimento dos fatos e provas, a cognição poderá ser exauriente ou sumária (KOEHLER, 2014, p. 609).

No momento em que se apresenta em juízo em uma demanda visando garantir o sagrado direito à vida, é intuitivo que a atividade cognitiva deverá se ajustar às necessidades do caso, onde, através do postulado da proporcionalidade, o juiz deverá ponderar os valores em jogo e prostrar no tempo o direito ao contraditório³², que será exercido em momento oportuno, após ter sido garantido o direito à vida.

O direito à saúde é o mais elementar e fundamental direito do homem, pois está diretamente ligado ao direito à vida. A saúde é “um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim, a saúde se conecta ao direito à vida” (SCHWARTZ, 2001, p. 52). No mesmo sentido Vinícius Lucas Paranhos afirma que “o direito à saúde é direito à vida, pois a inexistência de um leva, inevitavelmente, ao fim da outra” (PARANHOS, 2007, p. 156).

Sobre a necessidade da adequação da atividade cognitiva nos processos em que se discute o direito à saúde, é substancial a lição de Eduardo José da Fonseca Costa (2011, p. 95):

De certo, as mais corriqueiras formas de tutela de urgência extremada pura no dia a dia forense dizem respeito à saúde. Exemplos desse tipo se encontram em grande quantidade nos repertórios de jurisprudência. Comumente, nas ações ajuizadas em face das empresas de plano de saúde, são proferidas decisões liminares ordenando a internação do autor ou a realização de consultas e exames, não obstante haja cláusulas contratuais de exclusão expressa da cobertura requerida. Não é difícil imaginar que, em casos como esses, os juízes se sintam bastante pressionados pelo drama que acomete o demandante e pelo tempo restrito de que dispõem para

³² Sobre a problemática da ponderação, é de se considerar que qualquer decisão, como ato de inteligência que é, deve ser o resultado de um exercício mental de ponderações dos valores em jogo, onde o postulado da proporcionalidade deverá servir como um balizador para a conduta do julgador. Para Humberto Ávila o postulado da proporcionalidade exige o exame da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Cf. [AVILA, 2015, p. 204.](#)

decidir. Por conseguinte, não é raro que, em primeira instância, essas medidas liminares sejam concedidas *inaudita altera parte*, já que geralmente as petições iniciais narram situações de tensão em que a vida do autor está por um fio. Ora, o bem jurídico aqui ameaçado é a vida, e lesões à vida não são reversíveis. Logo, o grau de *periculum in mora* é máximo. Assim sendo, basta que o advogado – minimamente versado em linguagem emotiva – coloque sobre o colo do juiz a vida do seu cliente e curve o magistrado a um único raciocínio: “salve-se a vida; só depois se discuta o direito”.

Como se percebe, o direito à vida acaba prevalecendo sobre o direito ao amplo contraditório, ficando o julgador impossibilitado de agir de outra maneira diante dos valores em discussão. Nas tutelas de urgência, em especial aquelas relacionadas à saúde, o julgador possui liberdade no plano horizontal, contudo, no plano vertical não é possível se exigir um maior aprofundamento acerca dos elementos fático-probatórios, pois, para isso, seria necessário um amplo e demorado contraditório. Trata-se de típica tutela de cognição sumária, verticalmente limitada.

Sobre o tema, é de se esclarecer que no plano horizontal a cognição poderá ser plena (completa) ou parcial (limitada). Ter-se-á uma cognição plena quando o juiz puder avaliar o trinômio: questões processuais, condições da ação e questões de mérito. Por sua vez, a cognição será limitada quando o juiz não puder realizar atividade cognitiva acerca de algum dos elementos do citado trinômio (PEÑA, 2004).

As limitações das matérias cognoscíveis no plano horizontal podem ser definidas tanto pela norma de direito material, a exemplo da ação de indenização baseada em responsabilidade objetiva, onde é dispensada qualquer cognição sobre a culpa do gerador do dano, como também pela norma de direito processual, como é o caso da vedação de reconvenção na esfera dos juizados especiais.

Já no “plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta)” (WATANABI, 2000, p. 112). Para Daniel Penteado “essa intensidade se depreende do grau de convencimento do juiz exigido, consoante impõe a norma de direito processual, de sorte que na cognição sumária

basta um juízo de probabilidade e verossimilhança, a exemplo [...] do instituto da antecipação de tutela” (CASTRO, D., 2017, p. 76-77).

Fala-se em limitação vertical apenas dentro da cognição sumária, pois, apesar de existir cognição sobre todas as questões, ela ocorre de forma superficial. Ou seja, a cognição é plena em extensão, mas superficial em relação à profundidade (RIBEIRO, Leonardo, 2016, p. 78). Assim, pode-se afirmar que a cognição sumária é uma característica da tutela provisória, e, conseqüentemente, da tutela de urgência.

Nas palavras de Leonardo Greco “sumária é a cognição que sofre limitações quanto à sua profundidade, para através de um juízo superficial e incompleto poder extrair rapidamente uma conclusão a respeito da necessidade da medida”, e como uma das principais características da tutela de cognição sumária se aponta a não formação da coisa julgada, em respeito ao amplo contraditório (GRECO, 2014, p. 309).

É justamente o que ocorre nas tutelas de urgência satisfativas que visam garantir a saúde do jurisdicionado, onde o juiz, diante da relevância e urgência do caso, se vê compelido a conceder a medida judicial mesmo sem ter realizado um trabalho de conhecimento exauriente sobre elementos de prova relacionados ao fato constitutivo do direito do autor, proferindo em favor do requerente uma tutela precária, que poderá ser revista a qualquer tempo, inclusive, sob pena de reparação do prejuízo possivelmente suportado pela parte requerida.

Como visto do ensinamento de Eduardo José da Fonseca, por vezes até cláusulas contratuais são mitigadas, deixando-se para discutir o mérito material da demanda após ter sido garantido o direito à vida, momento em que a parte requerida poderá alegar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor³³. Nesse sentido, vejamos o seguinte julgado:

**AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA
CONTRATUAL. PLANO DE SAÚDE. PERMANÊNCIA DO
PROGRAMA DE INTERNAÇÃO DOMICILIAR.**

³³ Para mais exemplos de tutela de urgência extremada pura relacionada a plano de saúde ver: COSTA, 2011, p. 95-99.

ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS AUTORIZADORES.

I - A agravada é portadora do mal de Alzheimer, encontrando-se em estado de demência grave, e o tratamento domiciliar a que estava sendo submetida foi por recomendação médica, sendo que o mesmo era dispensado àquela em face de contrato de operação de plano de saúde entabulado com a agravada, não havendo, prima facie, justificativa legal para a sua suspensão. **Ademais, a suspensão do atendimento domiciliar, do qual a agravada usufrui, poderá resultar na sua morte, não podendo aguardar a tramitação da ação que visa declarar a nulidade de cláusula contratual.**

II - AGRAVO IMPROVIDO. (BRASIL, 2003)

A decisão apresentada é um exemplo claro que nas demandas de saúde a tutela antecipada é concedida com forte fundamento no perigo de dano irreparável, afastando-se, em sede inicial, os argumentos sobre a probabilidade do direito da empresa de Plano de Saúde. Trata-se de uma tutela de cognição sumária baseada na urgência extrema, onde a análise da argumentação jurídica é deixada para um momento posterior.

4.1 Grau de cognição nas tutelas de urgência e de evidência

No novo regime de tutelas provisórias é inconteste que as tutelas de urgência e as tutelas de evidência possuem um elemento comum de cognição sumária. Porém, é de se questionar se existe alguma diferença no nível de cognição realizado em cada uma delas (CASTRO, D., 2017, p. 220).

É de se notar que não é apenas a desnecessidade da demonstração da urgência que diferencia a tutela de urgência da tutela de evidência, mas, também, o grau de profundidade da cognição vertical realizada pelo julgador³⁴.

³⁴ Aqui é feito uso da expressão “profundidade” em razão da limitação da cognição ser feita no plano vertical. Conforme lembra Bruno Bodart sobre a lição de Watanabe, “a limitação probatória acarreta restrição vertical à cognição (quanto à sua profundidade), na medida em que afetarà todas as questões passíveis de apreciação

Mesmo que nas duas tutelas a cognição seja sumária, não exauriente, na tutela de urgência, tendo em vista o risco de dano, não se exige inicialmente um conjunto probatório tão robusto quanto ao direito pretendido, pois, o que realmente dá ao juiz condições de antecipar provisoriamente o desejo final da parte é o pressuposto da urgência, enquanto que na tutela de evidência o requerente deve apresentar forte prova do direito propriamente dito, havendo um maior grau de cognição nesse tipo de tutela.

Essa maior profundidade cognitiva da tutela de evidência faz todo sentido. Pois, muitas vezes, nas tutelas de urgência o perigo da demora ao resultado útil do processo é tão lesivo à parte, como nos casos de saúde, que o juiz se vê compelido a julgar mesmo diante de frágil conjunto probatório; são os típicos casos de urgência extremada, onde se admite, inclusive, que a tutela provisória de urgência seja concedida de forma antecedente, prevista no art. 303 do CPC/2015, onde a parte ajuíza a ação apenas com uma apresentação mínima da lide, para só depois da concessão da liminar aditar a inicial, complementando a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito. Nesses casos a cognição é totalmente sumária (KOEHLER, 2014, p. 608)!

Porém, na tutela de evidência, tendo em vista a inexistência do perigo de dano em sentido estrito, a mesma só será concedida se realmente houver uma análise mais profunda das provas, as quais deverão espelhar a quase certeza do bem da vida pleiteado.

Com base na lição de Cassio Scarpinella Bueno, pode-se falar que, além do perigo de dano, o que diferencia as tutelas provisórias de urgência e de evidência é a profundidade com que o juiz irá analisar as questões que lhe são apresentadas. Na tutela de urgência, não havendo como se aprofundar na matéria, o juiz utiliza um grau menor de intensidade, logo, ele decide mais pela aparência do que em uma certeza de fato (BUENO, 2004, p. 18).

Em explanação extremamente clara e coerente sobre o grau de cognição da tutela de evidência, Marinoni afirma que para sua concessão o juiz tem cognição exauriente sobre os fundamentos dos fatos constitutivos, enquanto terá uma cognição sumária em relação ao fato impeditivo, modificativo ou extintivo, concluindo que a cognição é sumária apenas em relação a uma parcela do mérito. Assim, a tutela de evidência possibilita ao juiz, em razão da aparente incontrovérsia do fato constitutivo, antecipar a realização do direito, deixando para

pelo magistrado. O autor, com acerto, reserva somente à restrição cognitiva vertical a expressão “cognição sumária”. Cf. BODART, 2015, p. 44.

um momento processual posterior a cognição da defesa de mérito que parece ser infundada (MARINONI, 2017, p. 285-286).

Considerando o conceito de cognição vertical de Watanabe e o raciocínio de Marinoni acima apresentado, podemos dizer que a cognição na tutela de evidência será mais profunda do que na tutela de urgência, pois, na primeira teremos uma cognição exauriente com relação aos fatos constitutivos do direito do autor e uma cognição sumária apenas em relação às alegações da defesa. Já a tutela de urgência poderá ser concedida com uma cognição sumária até mesmo dos fatos constitutivos do direito pretendido, levando em conta o valor da urgência.

Com pensamento semelhante, Leonardo Carneiro da Cunha, em trabalho preparado para o I Congresso Argentina-Brasil de Direito Processual, afirma que a distinção entre a tutela de urgência e a de evidência “está na profundidade da cognição exercida pelo juízo. Embora em ambos os tipos de tutela a cognição seja sumária, há maior profundidade na cognição da tutela de evidência, sendo menos profunda a da tutela da segurança” (CUNHA, 2013, p. 290).

Mas independentemente do pressuposto escolhido para fundamentar a tutela provisória relacionada à saúde, seja urgência ou evidência, o que realmente irá importar é a justificção da decisão sumária, que deverá ser produzida através de procedimento cognitivo confiável e que transmita segurança às partes (BODART, 2015, p. 155), conseguindo entregar ao jurisdicionado uma tutela que o deixe satisfeito, ou, pelo menos, conformado.

5 CONCLUSÃO

A tutela diferenciada em razão da sumarização da cognição com fundamento na urgência é fundamental para efetiva garantia do direito à saúde, razão pela qual cada vez mais as tutelas provisórias vêm ganhando importante papel no desenvolvimento do processo civil. Obrigar o jurisdicionado a esperar por um processo de ampla cognição para só ao final lhe garantir um serviço de saúde é o mesmo que lhe negar a prestação jurisdicional.

Sem dúvidas o julgador deve se cercar de precauções antes de deferir uma tutela de urgência, porém, não se pode exigir que a parte requerente sempre demonstre a possibilidade de reversibilidade da medida. Como visto, existem situações em que será impossível

reestabelecer as coisas ao estado original, mas, mesmo assim, a medida satisfativa deve ser concedida, prevalecendo o direito à vida.

Tamanha é a importância do direito à saúde, que dependendo da situação a tutela provisória é concedida com base em uma cognição totalmente superficial, como é o caso da tutela provisória de urgência em caráter antecedente, prevista no art. 303 do CPC/2015, onde a parte ajuíza a ação apenas com uma apresentação mínima dos fatos constitutivos do direito almejado, para só depois da concessão da liminar aditar a inicial, complementando a demonstração dos fatos constitutivos do seu direito. O importante é evidenciar de pronto a necessidade urgente da concessão da medida judicial.

Por fim, com relação à atividade cognitiva desenvolvida pelo julgador para concessão da tutela provisória que visa garantir o direito à saúde/vida, é de se concluir que em razão da urgência que permeia tais casos o direito ao contraditório deve ter sua lógica invertida, admitindo-se seu exercício de forma diferida, como forma de garantir outros relevantes princípios constitucionais do processo, como a efetividade e o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **Homens em tempos sombrios**. Tradução: Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BAGGIO, Lucas Pereira, **Tutela jurisdicional de urgência e as exigências do direito material**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de Evidência**: Teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. TJDF. **Processo AI: 0000977-06.2012.807.00000**. 4ª Turma Cível. Relator: Arnaldo Camanho de Assis. Data de Publicação: 06/06/2012. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21863229/agravo-de-instrumento-ai-9770620128070000-df-0000977-0620128070000-tjdf>>. Acesso em: 10 jun. 17.

_____. TJDF. **Processo AI: 20030020026508**. Relator: Vera Andrichi. Data de Julgamento: 09/06/2003, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 17/09/2003. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3047946/agravo-de-instrumento-ag-20030020026508-df/inteiro-teor-101244946?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 10 jun. 17.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2014. v. 1.

CASTRO, Daniel Penteadó de. **Antecipação da tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas no novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2017.

CASTRO, Marcello Soares. Tutela de urgência e tutela de evidência: limites e possibilidades de um regime único. In: FREIRE, Alexandre et al. (Coord.). **Novas tendências do processo civil**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **O direito vivo das liminares**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Tutela Jurisdicional de Urgência - Relatório Nacional (Brasil). **Civil Procedure Review**, v. 4, Special Edition: 263-309, p. 290, 2013. Disponível em: <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=78&embedded=true> Acesso em: 28 abr. 2017.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de processo civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. 3.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, v. XIV, n. 1, ano 8, 2014.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Conceituação e classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela de evidência. In: FREIRE, Alexandre et al. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil** - Estudos sobre o Projeto do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2014. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
_____. **Tutela de urgência e tutela de evidência**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação de tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PARANHOS, Vinícius Lucas. **Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde**: Estudo sobre as decisões inauditas altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado. Belo Horizonte: Meritum, 2007. v. 2, n. 1.

PEÑA, Eduardo Chemale Selistre. Cognição no processo civil - conceituação. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 4, n. 160, 17 maio 2004.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela Provisória**: tutela de urgência e evidência. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RIBEIRO, Luiz Filipe et al. **Novo CPC: principais alterações**. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2016.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZUFELATO, Camilo (Coord.). **Teoria geral do processo: 40 anos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TALAMINI, Eduardo. Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a ‘monitorização’ do processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 209, p. 13-34, 2012.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Trotta, 2002.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. O pressuposto, o requisito e a condição na teoria geral do direito e no direito público. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, v. 21, n. 13, p. 185-202, p. 186, out. 1973. Disponível em: <<http://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/948>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de Tutela**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DESAFIOS AO EMPODERAMENTO DE PACIENTES EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE ECONÔMICA NO BRASIL

Aislan Saraiva Tavares³⁵

Anna Rachel Alves de Arruda³⁶

Orientadora: Ana Paula Correia de Albuquerque Costa³⁷

RESUMO

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define que saúde é o bem estar físico, mental e social e, diante da ampla definição, emergem todas as dificuldades para sua implementação. Contrastando com isso, a bioética e o empoderamento trazem ao paciente o poder de tomar decisões frente aos tratamentos a ele dispostos, fracionando a responsabilidade com o próprio médico. No contexto brasileiro, um país com 75 milhões de pessoas na faixa da pobreza, e quase 13 milhões de analfabetos, as barreiras para o efetivo empoderamento de paciente são demasiadamente onerosas, praticamente intransponíveis, pois as debilidades são grandes, sendo necessário para o Estado priorizar ações que viabilizem um melhor nível de educação e de distribuição de renda.

Palavras-chave: direito à saúde; empoderamento; vulnerabilidade social; dignidade humana.

ABSTRACT

The World Health Organization (who) defines health is the physical, mental and social and, given the wide definition, emerge every difficulty for your implementation. In contrast to this, bioethics and the empowerment bring to the patient the power to make decisions against him prepared treatment fracionando the responsibility with his own doctor. In the Brazilian context, a country with 75 million people in poverty range, and almost 13 million of

³⁵ Graduando da Universidade Federal da Paraíba

³⁶ Graduada da Universidade Federal da Paraíba

³⁷ Professora do Curso de Direito da Universidade Federal da Paraíba; Doutora em Direitos Humanos e Desenvolvimento (UFPB); Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB); Presidente do Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional (IDCC). Membro Fundador da Associação Lusófona de Direito da Saúde. E-mail: ap_albuquerque@yahoo.com.br.

illiterates, the barriers to the effective empowerment of patient are too onerous, almost insurmountable, because the weaknesses are great, for the State to prioritize actions that enable a better level of education and income distribution.

Keywords: right to health; empowerment; social vulnerability; human dignity.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 196, retrata que a saúde é direito de todos e dever do Estado, *in verbis*:

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.

Esta regra fundamenta responsabilidade estatal pela oferta gratuita de todos os insumos necessários para o estabelecimento e manutenção de condições propícias de cuidados com a bem-estar sanitário da população. Sobre o conceito de saúde, a Organização Mundial de Saúde (OMS), na Carta de Constituição, datada de 1946, a define, em seu preâmbulo ⁽¹⁾, como estado de completo bem-estar físico, mental e social, não consubstanciando apenas a ausência de afecções e enfermidades, ampliando-se, portanto, o conceito. O indivíduo é observado enquanto integrante de um contexto social, de modo que, para um acesso efetivo a saúde, almejar-se-á, também, relações harmônicas, equilibradas. Destarte, contabiliza-se desde questões relacionadas ao padecimento em si até os próprios vínculos decorrentes do acesso à educação, trabalho e lazer, por exemplo.

Consoante tal construção, tem-se que o direito à saúde é quesito *sine qua non* para a concretização do fundamento democrático da dignidade humana, compondo um direito social, conforme artigo 6º da Carta Magna. Assim sendo, o Estado, enquanto ente cujo objetivo mor é a satisfação do interesse público, torna-se-á o grande responsável, provedor e regulador da saúde.

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Neste cenário, inclui-se a discussão acerca do empoderamento dos pacientes. Entende-se por empoderamento o processo de capacitação do indivíduo para o exercício do direito à autodeterminação; é o apoderar-se ou apropriar-se de si, ser capaz de tomar decisões que lhe atinjam enquanto pessoas. Empoderar é ter ciência de si, do meio em que vive e do papel que exerce na sociedade, consciência esta adquirida pela educação e informação. Empoderamento do paciente nada mais é do que aplicar o conceito acima nas relações entre estes e os profissionais da saúde, de modo que o indivíduo seja capacitado para, por meio do consentimento livre e esclarecido, ser sujeito ativo no próprio tratamento, participando da tomada de decisões e colaborando com o tratamento.

Entende-se que os enfermos deveriam, após a devida orientação, obter o tratamento que requererem, contudo, vivendo em um país que possui relevante parcela populacional em condições de pobreza, sem acesso à educação de qualidade, de modo à tornar demasiadamente oneroso para a figura estatal promover à saúde, nos seus mais diversificados aspectos e, ainda, incluindo oportunidade de escolha. Diante disso, objetiva-se perquirir sobre as condições de vulnerabilidade social enquanto empecilho para o empoderamento de pacientes na realidade brasileira, a partir da análise das acepções referentes ao próprio conceito de saúde e quanto à importância de sua materialização para que, assim, se consubstancie a dignidade humana.

2 DO DIREITO À SAÚDE

A partir da década de 40, tem-se ampliação hermenêutica em relação ao entendimento de saúde humana, decorrente, como já observado, de nova perspectiva inaugurada pela Organização Mundial da Saúde. Para este ensejo, houve contribuições de diversas conferências internacionais. Podemos destacar a realizada em 1978 na antiga União Soviética, obtendo como resultado a Declaração Mundial de Alma-Ata ⁽²⁾. Esta traça como

meta: *Saúde para todos até o ano de 2000*, voltando-se, especialmente, para a assistência na atenção primária de saúde. Assim como, em 1986, também temos a Conferência Internacional de Ottawa, com a semelhante visão ampliativa quanto à saúde.

2.1 Solidariedade e “corresponsabilidade” na promoção da saúde

Na primeira Conferência Internacional sobre Promoção de Saúde em Ottawa, Canadá, realizada em 1986, predecessora, portanto, da constituição de nossa lei maior, instituindo-se enquanto instrumento de influência, divulgou a chamada *Carta de Ottawa para a promoção á saúde* ⁽³⁾. Esta propõe um processo de promoção à saúde, objetivando atingir o bem-estar físico, mental e social. Para isso, elencam-se os pré-requisitos para sua obtenção, compreendendo: paz, abrigo, educação, alimentação, recursos econômicos, ecossistema estável, recursos sustentáveis, justiça social e equidade.

O termo saúde adquiriu extensão e complexidade substancial. Envolve a participação de um conjunto de setores sociais para alcançar a finalidade almejada, perpassando por agentes estatais, organizações não governamentais, voluntários, autarquias, empresas, comunicação social e, assumindo papel preponderante, as instituições familiares e a comunidade de modo geral. A saúde tornou-se uma das principais pautas de agendas políticas, de modo a haver o englobamento, por parte destas, das mudanças sociais e organizacionais correntes, firmando ações coordenadas e identificando os obstáculos a uma concreta oferta de condições dignas de saúde pública, que envolve, inclusive, questões como o acesso a um meio ambiente sustentável. Afinal, é essencial avaliar o impacto de cada mudança no padrão de vida, no trabalho e nos momentos de lazer, para, assim, alcançar condições de vida segura.

Destaca-se que a saúde deve chegar aos cidadãos de forma isonômica, garantindo a mesma oportunidade a todos, valendo-se da definição de equidade constitucional, de forma a caracterizar o dever do Estado para com o indivíduo. Contudo, é de importância fundamental que o indivíduo possua função ativa, agindo de modo a promover sua própria saúde, controlando os fatores que a determinam. Para isso, precisa-se desenvolver competências pessoais e sociais, por meio, principalmente, da maior difusão de informações

e da oferta ao acesso à principal arma para um pleno desenvolvimento: a educação. Tal perspectiva consistiria no verdadeiro empoderamento do cidadão.

2.2. Fragilidade socioeconômica do cidadão brasileiro

O Brasil passou por grandes avanços na área social nos últimos anos, observamos isto ao analisar dados divulgados pela Organização das Nações Unidas (ONU). Esta, com o auxílio do Banco Mundial, constatou que 28,6 milhões de pessoas saíram da situação de pobreza entre os anos de 2004 e 2014 ⁽⁴⁾. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), órgão ligado ao Ministério do Planejamento do Brasil, classifica como “pobreza extrema” famílias com renda até um quarto ($\frac{1}{4}$) do salário mínimo per capita e como “pobreza absoluta” as que vivem com meio ($\frac{1}{2}$) salário mínimo ⁽⁵⁾. Dados atuais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), por meio do Sistema de Indicadores Sociais mostram que 9,2% da população brasileira é classificada na faixa de pobreza extrema e 26,7% na de pobreza, somando-se esses dois percentuais chegamos ao valor de 35,9% de população pobre, ou seja, cerca de 75 milhões de pessoas ⁽⁶⁾. Um número assombroso e que mostra o quão difícil é falar de saúde e ainda mais de empoderamento, pois a fragilidade dos atores desse cenário nos mostra a notável necessidade de um assistencialismo por parte do Estado para a própria sobrevivência.

Outro ponto que devemos analisar é a questão da educação, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad), divulgada pelo IBGE, mostra que, no Brasil, há 12,9 milhões de analfabetos, e que mais da metade dos brasileiros com 25 anos ou mais não conseguem completar o ensino médio ⁽⁷⁾. Contrabalançando com o dado da frequência escolar entre jovens de seis a quatorze anos ser praticamente universal, temos o fato do Brasil ter ficado na sexagésima posição no ranking mundial de educação, realizado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, em um contexto de 76 países, um terço das nações do mundo, sendo avaliados conhecimentos em ciências e matemática de alunos com 15 anos ⁽⁸⁾.

3 O EMPODERAMENTO COMO FATOR DE ESTABELECIMENTO DA DIGNIDADE HUMANA

Empoderar é capacitar, significa retirar o enfermo da posição de paciente, aderente, e conduzi-lo à condição de sujeito ativo e corresponsável pelo tratamento. Percebe-se, então, que o empoderamento está diretamente ligado aos princípios da autonomia e autodeterminação e, por consequência, aos princípios da bioética aplicáveis às ciências da saúde, de modo que se faz necessário verificar estas regras de ética normativa para depois analisar a efetivação do empoderamento dos pacientes em situação de vulnerabilidade econômica.

3.1 A bioética enquanto instrumento de decisões

Segundo o dicionário Aurélio, “Bioética é o conjunto dos problemas postos pela responsabilidade moral dos médicos e dos biólogos em suas pesquisas e nas aplicações destas”. Pode ser abordada de forma historicista, filosófica e temática. A forma historicista baseia suas conclusões nos grandes eventos históricos, concluindo com a máxima “modificam-se as formas de nascer, viver e morrer dos seres humanos”⁽⁹⁾ (COSTA, 2001). A abordagem filosófica fundamenta a conclusão em grandes filósofos, tentando responder ao questionamento nos limites de cada modelo teórico. A análise temática argumenta suas conclusões através de casos práticos do dia a dia, esta forma de abordar muitas vezes cai no pensamento raso de defender as moralidades particulares, não ampliando o pensamento para a defesa da diversidade moral da humanidade.

O campo da bioética tenta responder os dilemas diários da relação médico paciente. Atualmente, as respostas têm caminhado muito mais para um diálogo do que uma intervenção unilateral. Porém o juramento hipocrático, tradicionalmente feito por todos os médicos a época da diplomação, não dá a devida importância sobre do diálogo com o doente, já que coloca o médico na posição de realizar o possível para o que considerar o bem do paciente, ou seja, para o resguardo da vida, e mais além, nunca fazer o mal, mesmo que solicitado. Para isso, usa-se os exemplos de nunca facilitar o aborto e jamais ministrar veneno, mesmo quando solicitado, com isso, o médico teria, em último caso, o poder total de decisão sobre o tratamento do paciente.

Aplicar os tratamentos para ajudar os doentes conforme minha habilidade e minha capacidade, e jamais usá-los para causar dano ou malefício. Não dar veneno a ninguém, embora solicitado a assim fazer, nem aconselhar tal procedimento. Da mesma maneira não aplicar pessário em mulher para provocar aborto. (HIPOCRÁTES, século V a.C.)⁽¹⁰⁾

Em que pese reconhecer a importância do Juramento de Hipócrates como norteamento à atividade médica à época em que foi criado, deve-se reconhecer que este documento deve ser interpretado à luz dos princípios hodiernos da ética normativa aplicáveis às ciências da vida (bios + ética = ética da vida), notadamente os princípios da beneficência, não maleficência e autonomia.

O princípio da beneficência e o princípio da não maleficência caminham juntos nas atividades clínicas e de pesquisa. O primeiro, segundo Koerich, Machado e Costa⁽¹¹⁾, está relacionado com o dever de fazer bem ao outro e de promover o que for melhor para seus interesses, potencializar o bem e reduzir o mal, de modo que o pesquisador se comprometa a avaliar os riscos e benefícios e buscar ao máximo estes últimos, minorando aqueles fatores.

O princípio da autonomia, segundo Sgreccia⁽¹²⁾, revela-se no respeito aos direitos fundamentais do ser humano, no qual se insere a autodeterminação, aduz o autor que a regra se situa na máxima de não se fazer a outrem aquilo que não se deseja para si, revelando um sentido intrínseco de alteridade e respeito mútuo. Fala ainda que se baseia na existência de aliança terapêutica tácita entre o profissional e o doente ou sujeito da pesquisa, e no consentimento para os protocolos a serem seguidos no tratamento ou na pesquisa. Para aqueles que não podem expressar a vontade, Sgreccia⁽¹²⁾ entende que esta será suprida com o recurso aos princípios da beneficência e da justiça.

Dito isto, entende-se que o Juramento de Hipócrates deve ser interpretado à luz dos princípios da bioética, de modo que o profissional busque o bem maior do enfermo, conforme o princípio da beneficência, mas com a participação deste último na tomada de decisão que defina o que é melhor para o paciente, conforme dispões o princípio da autonomia. Para que esta participação ocorra de maneira eficaz, é preciso que o indivíduo esteja ciente de sua situação e receba todas as informações necessárias para a tomada de decisão. No Brasil,

diante da situação de carência e vulnerabilidade econômica em que está inserida grande parte da população, nem sempre conhecimento e instrução são acessíveis, o que parece dificultar, conforme se analisará a seguir, a efetivação do empoderamento do paciente no país.

3.2. Efetivação do empoderamento dos pacientes

O poder do médico tem sofrido abalos como mostra a obra de Ann Weiss, *Bioethics: Dilemmas in Modern Medicine* ⁽¹³⁾, que descreve um julgamento da Suprema Corte do Estado de Nova York do ano de 1914. Neste, há a condenação de um médico que realizou uma histerectomia, devido a um mioma, sem o consentimento da paciente.

Tem-se transferido, amiúde, o poder que era do médico para o paciente, empoderando-o. Neste caso, trata-se, de acordo com a Organização Mundial de Saúde, de:

Processo educativo destinado a ajudar os pacientes a desenvolver conhecimentos, habilidades, atitudes e autoconhecimento necessário para assumir efetivamente a responsabilidade com as decisões acerca da sua saúde.⁽¹⁴⁾

Lembra, desse modo, a Carta de Otawwa, quando a população deve fazer parte da tomada de decisões, não só a respeito da sua própria saúde como também das políticas públicas.

Pacientes mais informados, envolvidos e responsabilizados (empoderados), interagem de forma mais eficaz com os profissionais de saúde tentando realizar ações que produzam resultados de saúde.⁽¹⁵⁾

Percebe-se que a questão bioética envolve muitos aspectos, mas, trazendo isto para a realidade brasileira, o problema é muito maior. Para haver um efetivo empoderamento do paciente, pensando na seara referente à tomada de decisões, faltam, para grande parte da população brasileira, dois requisitos essenciais: o discernimento para avaliar as possibilidades, enquadrando a que melhor se encaixa ao seu quadro e a impossibilidade de decisão devido ao modelo assistencialista de saúde, que o limita as soluções fornecidas.

A discussão da bioética nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento envolve questões muito mais profundas, envolvendo verdadeiros entraves éticos, relacionados ao mínimo existencial. Os dados fornecidos pelo IBGE, já mencionados anteriormente, referente aos 75 milhões de pessoas em condição de ⁽⁶⁾ quase 13 milhões de analfabetos ⁽⁷⁾, aparta da população qualquer possibilidade de empoderamento.

Conforme artigo científico “Acesso, prática educativa e empoderamento de pacientes com doenças crônicas”⁽¹⁶⁾, a maior dificuldade para os pacientes da zona rural do Estado do Ceará é referente ao acesso de usuário ao serviço de saúde. O bloqueio ao empoderamento de pacientes ultrapassa as fronteiras do fornecimento da consulta médica. Está se tratando de condições dignas de atendimento, tanto para paciente quanto para o próprio agente da saúde. Envolve-se, em tal contexto, desde a oferta de transporte de qualidade, pois, frequentemente, há um deficitário sistema de transporte público, impedido o paciente de até mesmo chegar ao local da consulta, até a obtenção da medicação ou exame adequado. Para além, muitas vezes, o paciente sequer possui o entendimento adequado a realização do uso correto do medicamento receitado, de modo a aderir ao tratamento. Barreiras, essas, enfrentadas constantemente pelos portadores de doenças crônicas.

Com os avanços conseguidos na área de saúde e como descreve Michel Foucault:

[...] o modo pelo qual, desde o século XVII, a prática governamental empreendeu racionalizar aqueles fenômenos suscitados por um conjunto de seres vivos constituídos em população: problemas relativos à saúde, à higiene, à natalidade, à longevidade, às raças e outros. Somos conscientes do papel cada vez mais importante que desempenharam estes problemas a partir do século XIX e também de que, desde então até hoje, se converteram em assuntos verdadeiramente cruciais, tanto desde o ponto de vista político como econômico. (FOUCAULT, p.119) ⁽¹⁷⁾

A racionalização traz grandes desafios para o Estado, pois, conseguir fornecer as soluções em grande escala, tendo por base um sistema assistencialista, é demasiadamente

oneroso, sendo árduo o processo para atingir os objetivos almejados nesses moldes. E, a partir disso, na tentativa de empoderamento, novamente valendo-se de Michel Foucault:

Se pudéssemos chamar “bio-história” as pressões por meio das quais os movimentos da vida e os processos da história interferem entre si, deveríamos falar de “biopolítica” para designar o que faz com que a vida e seus mecanismos entrem no domínio dos cálculos explícitos, e faz do poder-saber um agente de transformação da vida humana [...] o que se poderia chamar de “limiar de modernidade biológica” de uma sociedade se situa no momento em que a espécie entra como algo em jogo em suas próprias estratégias políticas. O homem, durante milênios, permaneceu o que era para Aristóteles: um animal vivo e, além disso, capaz de existência política; o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão. (FOUCAULT, 2005, p. 152)⁽¹⁸⁾.

Transformar o homem contemporâneo em ser “bio-político” é uma tarefa que deva primeiramente passar pela educação e distribuição de riquezas.

4 CONCLUSÕES

A saúde consiste em recurso fundamental para o desenvolvimento social e para promoção de qualidade de vida, perpassando pelo campo econômico, político, cultural, ambiental e o próprio fator biológico, sendo essencial o fornecimento de oportunidades de escolhas sadias. Porém, o contexto social demonstra um impedimento ao pleno alcance desse bem jurídico.

A discussão sobre o empoderamento em países pobres é uma análise que perpassa por diversas searas, pois, para assegurar a população o fornecimento de acesso a saúde em sua integridade, assim como propõe a Organização Mundial da Saúde (OMS), o ônus para o Estado é deveras dispendioso. A população, carente de um sistema educacional de qualidade e empobrecida, torna-se dependente da figura estatal nos mais diversificados âmbitos da vida em sociedade. Cortar o cordão umbilical não consiste em uma tarefa simples, precisa haver

mudanças conjunturais e estruturais, de modo ao cidadão obter uma maior autonomia e isto envolve, primordialmente, ações estatais que corroborem para uma menor desigualdade social, tanto financeira, quanto educacional.

Percebe-se que financiar a saúde aos moldes da definição fornecida OMS, para um Estado com comprovada dificuldade em realizar programas sociais efetivos, é limiar a utopia. Sendo assim, é papel estatal a admissão de suas limitações historicamente inerentes, não detendo condições de arcar com todos os custos despendidos do cotidiano brasileiro, para que, dessa forma, observando as fragilidades sociais, possa gerir as carências mais urgentes, dentre elas, a saúde dos cidadãos, quesito *sine que non* para a concretização da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

- 1- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Nova York: Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, Jul./1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 17 de set. de 2017.
- 2- UNICEF (Brasil). **Cuidados Primários de Saúde**. Brasília, 1979. 64 p. Disponível em: http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/39228/5/9241800011_por.pdf. Acesso em: 17 set. 2017.
- 3- **Carta de Ottawa**: Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde. Ottawa, Nov./1986. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/carta_ottawa.pdf. Acesso em: 17 set. 2017.
- 4- ONUBR. **Número de pobres no Brasil terá aumento de no mínimo 2,5 milhões em 2017, aponta Banco Mundial**. Fev./ 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/numero-de-pobres-no-brasil-tera-aumento-de-no-minimo-25-milhoes-em-2017-aponta-banco-mundial/>. Acesso em: 17 de setembro de >. Acesso em: 17 set. 2017.

- 5- SOARES, S. S. D. **Metodologias Para Estabelecer a Linha de Pobreza**: Objetivas, Subjetivas, Relativas, Multidimensionais. Rio de Janeiro, 2009, 12 p. ISSN 1415-4765.
- 6- IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais**: Uma Análise das Condições de Vida da População Brasileira. Rio de Janeiro: Coordenação de População e Indicadores Sociais, 2015, 137 p. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95011.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2017.
- 7- IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**: síntese de indicadores 2015. Rio de Janeiro, 2016, 108 p.
- 8- OECD. **Educação**. Disponível em: <<http://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/quesitos/education-pt/>>. Acesso em: 17 set. 2017.
- 9- COSTA, S.; DINIZ, D. **Bioética**: ensaios. Brasília: Letras Livres, 2001, 206 p.
- 10- OLIVEIRA B. **A Evolução da Medicina até o Início do Século XX**, p.79, 1981, 79 p.
- 11- Koerich MS, Machado RR, Costa Eliane. Ética e bioética: para dar início à reflexão. In: **Revista Texto Contexto Enfermagem**, 2005 Jan-Mar; 14(1):106-110
- 12- SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**: fundamentos e ética biomédica. Tradução Mário Matos. Cascais: Princípia Editora, 2009, p. 231.
- 13- WESS, Ann E. **Bioethics: Dilemmas in Modern Medicine**. Enslow, 1985, 24p.
- 14- FEST, C.; ANDERSON, E. M. **Empowerment**: from philosophy to practice. Patient Education Counselling, 1995, 26(1-3):139-144 p.
- 15- WAGNER, E. H. **Chronic disease management**: what will take to improve care for chronic illness? Effective Clinical Practice 1998, 1(1):2-4 p.
- 16- TADDEO, P. S.; GOMES, W. L.; CAPRARA, A.; GOMES, A. M. A.; OLIVEIRA, G. C.; MOREIRA, T. M. M. **Acesso, prática educativa e empoderamento de pacientes com doenças crônicas** *Ciência & Saúde Coletiva*, 17(11): 2923-2930, 2012.
- 17- FOUCAULT, Michel. **Nacimiento de La Biopolítica**. trd. Fernando Álvarez-Úria. Archipiélago: cuadernos de crítica de la cultura, Barcelona, v. 30, 1978-1979, 119 p.

18- FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I**: a vontade de saber, 16 ed., trad. Maria T. da C. Albuquerque e J. A. Guilhaon Albuquerque, 2005, 152 p.

O DIREITO À ESTÉTICA DO PACIENTE ONCOLÓGICO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Antonio Carneiro de Carvalho Neto³⁸

Thays Karla Seabra Gomes³⁹

Vitoria Brito de Almeida⁴⁰

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar os direitos do paciente com câncer na legislação brasileira que trata de forma direta sobre o tema, voltando-se para as prerrogativas no campo da estética. Visa fazer uma reflexão acerca da omissão quase total da legislação sobre o tema, e tratar dos artigos que de forma indireta garantem aos pacientes com câncer esse direito. Esse trabalho se deterá a análise das leis 813/2015 do estado da Paraíba e a portaria nº 874 do Ministério da Saúde. Foi utilizado um método de análise crítica das leis infraconstitucionais.

Palavras-chave: Direito a saúde, direito do paciente oncológico, direito a estética.

Introdução

É cediço que o câncer preocupa cada vez mais a população. Seus diversos tipos, prováveis causas e ainda toda a dificuldade que envolve o processo de tratamento, coloca o câncer como sendo uma das maiores preocupações no que diz respeito à saúde, no âmbito estatal, ao incluir todas as deficiências desse, a situação fica ainda mais grave.

Por essas razões, faz-se necessária uma efetiva legislação, que abarque a maior quantidade de direitos garantidos às pessoas com câncer, se preocupando com a prevenção, as consequências e a assistência que deve haver depois de finalizado o tratamento.

³⁸ Estudante de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Integrante do Projeto de Extensão Direito e Saúde.

³⁹ Estudante de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Integrante do Projeto de Extensão Direito e Saúde.

⁴⁰ Estudante de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Integrante do Projeto de Extensão Direito e Saúde.

Dentre as consequências do tratamento e da doença em si, tem-se as mudanças estéticas, que interferem não apenas no aspecto da aparência, mas também no lado psicológico, na autoestima daqueles que estão passando por esse processo naturalmente doloroso.

1. Direitos garantidos aos pacientes portadores de câncer

Estimativas do Instituto Nacional de Câncer José de Alencar Gomes da Silva (INCA) apontam a ocorrência de 600 mil novos casos de câncer no Brasil durante o biênio 2016-2017; tais números demonstram que a doença consiste em problema de saúde pública, requerendo assim, especial atenção e ação por parte do Poder Público e da sociedade como um todo.

Nesse contexto, o aparato jurídico revela-se instrumento essencial para instituir diretrizes de prevenção e combate a neoplasia maligna, além de proporcionar conforto àqueles acometidos por tal patologia e seus familiares, promovendo assim, a igualdade material e dignidade da pessoa humana, de maneira que, a lei exerça seus intuitos fundamentais, tal como sintetizam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Enfim, o postulado fundamental da ordem jurídica é a dignidade humana, enfaixando todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, englobando a afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual, além de garantir a sua autonomia e livre desenvolvimento da personalidade. (CHAVES; ROSENVALD; 2016; p.164)

A Constituição Federal de 1988 elenca a saúde como direito social, além de contemplá-la na seguridade social, sendo direito universal e atribuição estatal, cabendo a uma rede regionalizada e hierarquizada, o Sistema Único de Saúde (SUS), as ações e serviços públicos dessa esfera.

Partindo das consequências fáticas, bem como da satisfação dos institutos principiológicos e legais da Carta Magna do ordenamento brasileiro, há uma gama diversa de direitos dos portadores de câncer positivados, estes não somente ligados ao diagnóstico e tratamento da doença, mas também, à benefícios que possuem o intuito de amenizar impactos, infortúnios, sequelas oriundas do carcinoma e de seu tratamento.

Diante da redução da capacidade laborativa, estão assegurados aos trabalhadores acometidos pelo câncer ou que possua dependente portador de neoplasma maligno, o saque: do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (artigo 20, inciso XI da Lei 8036/90), Programa de Integração Social (PIS), Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), de acordo com disposições da Resolução 01/96 do Conselho Diretor do Fundo de Participação PIS-PASEP; observa-se a disponibilização de prerrogativas previdenciárias a exemplo do auxílio-doença (artigo 201 da CF/88) e aposentadoria por invalidez desde que preenchidos devidos requisitos.

Proventos tributários, como isenção do IPI, ICMS, IPVA na compra de veículos adaptados por pacientes com deficiência física ou dificuldade locomotora, além da dispensa do IPTU (sobre a qual não há legislação nacional, devendo ser observada as disposições específicas de cada município) e desobrigação do Imposto de Renda sobre os proventos da aposentadoria. No tocante a mobilidade são concedidos: a dispensa do rodízio de automóveis, transporte coletivo gratuito e passe livre intermunicipal.

A aquisição de tais direitos está sujeita a prévia comprovação, a qual em sua maioria se dá por intermédio da apresentação de laudo médico, sendo necessária a atenção as peculiaridades legais de cada direito; no tocante ao acesso à justiça, o Código de Processo Civil no artigo 1.048 certifica ao portador de carcinoma a prioridade processual:

Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais:

I - em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou **portadora de doença grave** (*grifo nosso*), assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988:

Como forma de atender as disposições constitucionais que asseguram a universalidade do direito a saúde e a incumbência do Estado de sua devida promoção, aos pacientes portadores de câncer está assegurado o tratamento total pelo Sistema Único de Saúde, no que se inclui o acesso gratuito a determinados medicamentos, cuidados paliativos, podendo-se inferir os tratamentos estéticos, estes fundamentais para o resgate de diversos aspectos da qualidade de vida do paciente.

2. As possíveis mudanças estéticas decorrentes do câncer e do seu tratamento.

O tratamento do câncer pode ser feito através de cirurgia, radioterapia, quimioterapia ou transplante de medula óssea. A depender de alguns fatores como o tipo de tratamento adotado, a intensidade, o local do câncer, a forma como a pessoa reage ao tratamento, poderão surgir diversos efeitos colaterais, que muitas vezes geram alterações fisiológicas nos pacientes, problemas psicológicos e mudanças estéticas.

De acordo com o Instituto Vencer o Câncer, os principais efeitos colaterais do tratamento são: a queda de cabelo, geralmente na quimioterapia, por afetar as células que se multiplicam mais rapidamente, como é o caso das células nessa área; a queda das unhas, que ficam extremamente frágeis; descamação na sola das mãos e dos pés, pelo fato das células cutâneas também se multiplicarem de forma mais rápida; sensibilidade exagerada na pele, causada tanto na radio quanto na quimioterapia e o escurecimento das veias, quando a quimioterapia é intravenosa.

Além desses efeitos mais gerais, há também as mudanças estéticas que alguns tipos específicos de câncer podem provocar como o de pele, de mama. O câncer de pele, por exemplo, pode causar desde pequenas feridas ou manchas na pele, até mesmo ferimentos que se espalham por toda a extensão desse órgão, que provocam coceiras, irritação, dores, além da questão da imagem e julgamento que ainda existe da sociedade. O câncer de mama, em alguns casos tem como tratamento a mastectomia, cirurgia que amputa por completa a mama, afetando diretamente na autoestima da mulher. Além desses, mais frequentes, vários tipos de câncer, caso estejam em estágios mais avançados podem causar mudanças estéticas, que afetam até mesmo nas relações interpessoais, como câncer na boca, no pênis, anal.

3. O direito à estética das pessoas com câncer nas legislações específicas

Como foi dito, durante o tratamento oncológico, seja com a quimioterapia ou radioterapia, vários são os efeitos colaterais que os pacientes enfrentam, esses não apenas afetam o exterior físico, mas, principalmente, a autoestima e segurança do paciente em tratamento.

Dentre os diversos direitos assegurados aos pacientes com câncer, não temos legislação no ordenamento jurídico brasileiro que verse especificamente sobre a estética (e sua importância) para os portadores de tal doença; ou seja, no geral existe uma omissão legal a respeito.

Todavia, existe uma lei específica, a Lei Nº 12.802, de 24 de abril de 2013 com dois artigos, que tratam do aspecto estético, a dispor “sobre a obrigatoriedade da cirurgia plástica reparadora da mama pela rede de unidades integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS nos casos de mutilação decorrentes de tratamento de câncer”, para dispor sobre o momento da reconstrução mamária. No entanto, surgem outros problemas, o da acessibilidade a esse direito não chega nem 10% a porcentagem de pacientes que possuem acesso, pelo SUS, reconstrução mamária e a falta de profissionais com capacidade para desenvolver esse tipo de cirurgia, segundo a revista Rede Câncer.

3.1. A estética no Projeto de Lei n. 813/2015 da Paraíba

O projeto de lei de Lei n. 813/2015 institui, no âmbito do Estado da Paraíba, o Estatuto do Portador de câncer, e dá outras providências. Como dito anteriormente, não há legislação que trate sobre a estética, especificamente. Porém, alguns incisos constantes em tal Projeto de Lei destacam, de forma sutil e implícita, disposições que dizem respeito à estética:

“**Art. 3º** – São princípios fundamentais deste Estatuto:

V – velar pela humanização, buscando estimular a autoestima da pessoa enferma, em seus amplos espectros.

Art. 11 – O direito à saúde do portador de câncer será assegurado mediante a efetivação de políticas sociais públicas de modo a construir seu bem-estar físico, psíquico e emocional e social no sentido da construção, preservação ou recuperação da saúde.”

Ao utilizar os termos “estimular a autoestima”, “bem-estar físico, psíquico e emocional e social” liga-se a um direito a estética.

3.2 A estética na portaria nº 874 de 2013

A portaria nº 874, de 16 de maio de 2013, institui a Política Nacional para a prevenção e Controle do Câncer na rede de atenção à saúde das pessoas com doenças crônicas no âmbito do sistema único de saúde (SUS), é uma das legislações do ordenamento jurídico brasileiro que entre seus objetivos inclui uma maior e melhor assistência ao paciente oncológico:

“Art. 2º A Política Nacional para a Prevenção e Controle do Câncer tem como objetivo a redução da mortalidade e da incapacidade causadas por esta doença e ainda a possibilidade de diminuir a incidência de alguns tipos de câncer, bem como contribuir para a melhoria da qualidade de vida dos usuários com câncer, por meio de ações de promoção, prevenção, detecção precoce, tratamento oportuno e cuidados paliativos.”

E dentre os princípios e diretrizes que serão meios para se alcançar esses objetivos, ressalta-se o relacionado ao cuidado integral (art.4º, inciso V), que inclui os “cuidados paliativos” (Art. 13º) e que segundo a Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), em conceito definido em 1990 e depois atualizado em 2002:

"cuidados paliativos consistem na assistência promovida por uma equipe multidisciplinar, que objetiva a melhoria da qualidade de vida do paciente e seus familiares, diante de uma doença que ameace a vida, por meio da prevenção e alívio do sofrimento, da identificação precoce, avaliação impecável e tratamento de dor e demais sintomas físicos, sociais, psicológicos e espirituais".

Ou seja, ao trazer o termo “equipe multidisciplinar” deveria remeter a ideia de tratamento em várias áreas, não apenas no tratamento direto do câncer através da quimioterapia, um tratamento integral, que deveria incluir a preocupação com a estética do paciente e como essa pode influenciar em sua vida. Sendo de responsabilidade do Ministério

da Saúde e das Secretarias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de acordo com o artigo 21 da portaria em questão, garantir esses cuidados paliativos.

No entanto, a lei é omissa quanto à estética em si, não fazendo referência a esse termo, dificultando a delimitação de quais seriam os direitos dos pacientes com câncer nesse aspecto.

4. Considerações finais

A universalidade do tratamento da neoplasia maligna decorre dos dispositivos constitucionais os quais determinam que o direito a saúde consiste em uma obrigação do Estado; nesse parâmetro, no tocante aos tratamentos estéticos, tratam-se de mecanismos fundamentais para a proporção do bem-estar físico e psíquico do paciente com câncer, devendo ser incluídos nos procedimentos padrões do tratamento de tal patologia.

A estética constitui campo integrador de um ‘modo de vida’ que proporciona uma melhora no dia a dia, a diminuição do desconforto causado pela quimioterapia ou radioterapia, fornecendo relaxamento, através de procedimentos como o uso de hidratante (em casos de pele ressecada), determinadas maquiagens (em relação às mulheres).

Conclui-se a partir do presente artigo que as leis atuais que tratam dos direitos devidos aos pacientes oncológicos não conseguem abranger de forma eficaz o campo da estética. No entanto, mesmo que a legislação seja omissa em relação aos procedimentos estéticos, reconhece-se a necessidade de serem abordados, em grupos de estudos acadêmicos e trazer para o judiciário essas questões, uma vez que são de fundamental importância na autoestima e recuperação dos pacientes.

REFERÊNCIAS

A.C.CAMARGO CÂNCER CENTER. **Cartilha dos Direitos dos Portadores de câncer:** uma compilação do departamento jurídico do A.C.Camargo Câncer Center / 2. ed. ver, ampl e atual. – São Paulo, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

BRASIL. **Código de Processo Civil** (2015)

BRASIL. **Portaria Nº 874, de 16 de Maio de 2013.**

BRASIL. **Projeto de Lei N. 813/2015.** Paraíba.

BRASIL. **Lei Nº 12.802, de 24 de Abril de 2013.**

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. rev, ampl. e atual. / Salvador: Juspodivm, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** parte geral e LINDB / 14. ed. rev, ampl. e atual. – Salvador: Juspodivm, 2016.

INTITUTO VENCER O CANCER. **O que vai acontecer com seu corpo durante a quimio e a radio?** Disponível em: <<https://www.vencercancer.org.br/dicas-e-noticias/efeitos-colaterais/o-que-vai-acontecer-com-seu-corpo-durante-a-quimio-e-a-radio-pele/>>. Acesso em: 16 out. 2017.

INCA. **Cuidados paliativos.** Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/tratamento/cuidados_pa>. Acesso em: 16 out. 2017.

_____. **Estimativa 2016:** incidência de câncer no Brasil / Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva – Rio de Janeiro: INCA, 2015. Disponível em: <<http://www.inca.gov.br/estimativa/2016/estimativa-2016-v11.pdf>> Acesso em: 16 out. 2017.

REVISTA REDE CÂNCER. **Novos construtores de autoestima.** Disponível em: <http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/c60a3e004633c172b358f32d43a04cdb/08_RC27_assistencia.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 16 out. 2017.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: EXCESSO OU NECESSIDADE?

Rafaella Sousa Nunes*

Luciano Nascimento Silva**

Resumo: O direito à saúde é consagrado como direito fundamental do cidadão pela Constituição Federal, que inclusive dita o caminho pelo qual o Estado deve trilhar para garantir a plena eficácia desse direito em seu artigo 196. Contudo, o cidadão não encontra na prestação médico-farmacêutica do Estado um serviço de saúde digno, fazendo com que o usuário tenha de recorrer ao Judiciário para obter as prerrogativas que lhe são garantidas por direito. Levando em conta as teorias dos autores Robert Alexy e Ronald Dworkin, também observando o Princípio da Dignidade Humana e o enlace entre os aspectos abordados nesta introdução que irá se desenvolver o presente escrito: a judicialização como meio de garantir os valores presentes na Constituição, mais precisamente do direito à saúde, dando destaque aqui à assistência farmacêutica, em contraponto com a separação dos poderes e a imprescindibilidade da observância por parte do Judiciário da realidade na esfera do concreto: o orçamento das entidades, a necessidade de um olhar técnico e a reserva do possível. A partir de pesquisa bibliográfica, doutrinária e legal da análise das particularidades contidas nessa “judicialização da prestação de assistência médico-farmacêutica”, serão considerados os aspectos abordados por quem pleiteia e por quem concede, de modo a intentar equilibrar os direitos que são objeto da prestação.

Palavras-chave: direito a saúde; judicialização; Dignidade da Pessoa Humana; princípios, assistência médico-farmacêutica

Abstract: The right to health is consecrated as a citizen's fundamental right by the Federal Constitution, which also dictates the way the country must follow to ensure the full effectiveness of this right in the article 196. However, the citizen does not find medical-pharmaceutical State care as dignified health service, the reason why the users needs to appeal

*Discente do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba. Endereço Eletrônico: rafinha.nunes10@hotmail.com

**Docente titular do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba, Pós-doutor em Sociologia e Teoria do Direito no Centro di Studi sul Rischio dalla Facoltà di Giurisprudenza dell Università dell Salento. Endereço eletrônico: lucianonascimento@hotmail.com

to the judiciary to obtain the rights that are guaranteed by law. Observing the theories of the authors Robert Alexy and Ronald Dworkin, also noting the Principle of Human Dignity and the link between the aspects addressed in this introduction that will unfold this writing: the judicialization as a way of assure the values present in the Constitution, more precisely the right to health, emphasizing pharmaceutical assistance, as opposed to the separation of competences and the indispensability of a reflexion by the Judiciary about reality in the sphere of concrete: the disbursement of the entities, the necessity for a technical verdict and reservation of the possible. Based on a bibliographical, doctrinal and legal analysis of the assay about the particularities contained in this "judicialization of the provision of medical-pharmaceutical assistance", the aspects addressed by the petitioner and by whom grants will be considered, in order to try equilibrate the rights that are the purpose of the provision.

Key words: health rights; judicialization; Dignity of human person; principles, medical-pharmaceutical assistance

Notas Introdutórias

A teoria dos direitos fundamentais está associada à teoria dos princípios, desenvolvida por Ronald Dworkin (DWORKIN, 2007), difundidos no Brasil ao final dos anos 80 e ao longo dos anos 90. Mais adiante, Robert Alexy desenvolve um trabalho no mesmo sentido, e o apresenta à comunidade científica (ALEXY, 1997); sendo este mais próximo das perspectivas do direito estudado no Brasil. A partir das obras desses autores os estudos sobre os temas: princípios e valores passaram a ter maior respaldo e visibilidade, inclusive vindo a ser positivados e inculpidos nas constituições dos Estados.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 inova e traz a Dignidade da Pessoa Humana como máximo valor do Estado e direito fundamental social, é o núcleo que servirá como preceito para a construção de todo o texto Constitucional, pois é sob a luz deste direito, que possui valor de Princípio, que os demais direitos se constroem;sendo sempre a observância a Dignidade da Pessoa Humana imprescindível para que qualquer texto legal tenha eficácia e vigore no ordenamento jurídico brasileiro.

Os direitos fundamentais agora positivados, incluindo aqui os direitos sociais, estão revestidos de caráter principiológico, ou seja, são normas cuja aplicação não deve ficar

adstrita a casos pontuais, uma vez que a mesma é apta para promover a absoluta eficácia dos valores preconizados pela Constituição Federal. E toda esta preocupação em dar base jurídica aos direitos fundamentais positivando-os coloca o homem como centro da garantia de direitos “O processo de fundamentalização, constitucionalização e positivação dos direitos fundamentais colocou o indivíduo, a pessoa, o homem como centro da titularidade de direitos”. CANOTILHO (1998 p. 78)

Neste artigo será abordada a perspectiva de Dignidade da Pessoa Humana relacionada à garantia do direito à saúde, que é também um direito fundamental do cidadão cuja aplicação é imediata, isto é, pode e deve ser cobrado. Tal direito está consubstanciado no artigo 196 da Constituição Federal *in verbis*:

“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 a promoção, proteção e recuperação” CF, 1988, art. 196

A saúde pode, então, ser considerada como genuíno direito fundamental social, tão logo a inobservância ao direito a saúde é também a inobservância ao Princípio da Dignidade Humana, cujos conceitos estão entrelaçados, assim como traz um fragmento da definição de saúde oferecido pela OMS⁴¹ “completo estado de bem-estar físico, mental e social do homem, sem o qual não se imagina possível uma vida digna.”¹. Assim, sem saúde o ser humano torna-se indigno e infeliz, ora, como ser feliz mediante a gama de restrições e os incontáveis limites que a falta de saúde impõe?

Além do artigo 196 da CF, há outros que também tratam e abrangem o tema do direito a saúde, dentre eles o artigo 6º, artigo é responsável por conceber a saúde como um direito fundamental social, tal qual a educação, a moradia, dentre outros, *in verbis*

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (CF, 1988)

A matéria “saúde” não era de todo estranha ao que vigorava no Direito Constitucional Brasileiro antes de 88, pois a União possuía competência para legislar sobre

⁴¹ Disponível em: <http://www.who.int/pt/portuguese/countries/bra/pt/>. Acesso em : 01 de setembro de 2017

defesa e proteção da saúde, mas essa menção à saúde possuía mais cunho de organização administrativa e de prevenção e combate às endemias e epidemias do que propriamente de direito. De modo distinto ao que se observa atualmente, pois hoje a mesma está intrinsecamente relacionada ao cidadão e não a meramente a organização administrativa. Como traz José Afonso da Silva: “Agora é diferente, trata-se de direito do homem”. (SILVA, 2005, pps 308 e 309)

Mesmo o direito à saúde estando, hodiernamente, positivado e fundamentado, inclusive com as diretrizes para atingi-lo no corpo do artigo 196 da CF, já citado neste intróito, ainda nos deparamos com uma “*pseudo-garantia*” à saúde, já que o cidadão não encontra na prestação do Estado um serviço de saúde digno, e sim um serviço configurado pela falta de qualidade, que vai desde a assistência inadequada até a total inassistência.

Pelos fatores expostos alhures, torna-se cada vez mais comum que os cidadãosacionem a ingerência do Poder Judiciário em questões que de primeira via são da competência dos poderes executivo ou legislativo. A este novo papel exercido pelo Judiciário na garantia de direitos individuais tem sido atribuída a noção de *judicialização*. Essa prática consiste na tentativa de obter medicamentos, exames, cirurgias ou tratamentos, aos quais os pacientes não conseguem ter alcance, por meio de ações judiciais e teve início a partir da década de 1980 com a preocupação para a constitucionalização dos direitos sociais e as dificuldades enfrentadas pelo Estado para dar efetividade a esses serviços, como já foi abordado.

Uma das particularidades da assistência médica que mais tem sido impactada por ações judiciais é a assistência farmacêutica, pelo fato da garantia do acesso a medicamentos não ser totalmente disponível nos serviços públicos. Várias são as razões alegadas, dentre elas: os preços exorbitantes praticados pelos fabricantes ou falta de estoque, padronização do uso, registro no país e comprovação científica de eficácia. A atuação do Judiciário torna-se a via de acesso daqueles que necessitam com urgência da garantia do direito à saúde, entretanto, esse ativismo necessita estar adstrito a critérios e paradigmas que façam jus a atividade judicial na seara das políticas públicas de saúde.

Por meio de pesquisa bibliográfica, doutrinária e legal e análise das particularidades contidas nessa “judicialização da prestação de assistência médico-farmacêutica”, tendo como preceito as teorias já citadas dos autores Robert Alexy e Ronald

Dworkin, também observando o Princípio da Dignidade Humana e o enlace entre os aspectos abordados nesta introdução que irá se desenvolver o presente escrito: a judicialização como meio de garantir os valores presentes na Constituição, mais precisamente do direito à saúde, dando destaque aqui à assistência farmacêutica, em contraponto com a separação dos poderes e a imprescindibilidade da observância por parte do Judiciário da realidade na esfera do concreto: o orçamento das entidades, a necessidade de um olhar técnico e a reserva do possível.

Desenvolvimento

Sujeitando-se ao Princípio misterda Dignidade da Pessoa Humana, o texto Constitucional Brasileiro, em seu artigo 196 traz a saúde como “direito de todos e dever do Estado”. A redação do artigo em tela exprime o compromisso por parte do Estado de assegurar a todos os cidadãos o irrestrito direito à saúde. Essa garantia, em conformidade com o sentido objetivo do artigo, será efetivada “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 forma análoga, dispõe a Lei nº 8.080/90, que trata das condições para a proteção, promoção e recuperação da saúde, organização e funcionamento dos serviços correspondentes, em seu artigo 2º, caput: “Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Uma vez que o Estado não promove a devida prestação material e assistencial, aquilo que está positivado na Constituição inerente a dignidade da pessoa humana - que como aduz RobertyAlexy por estar elevada a qualidade de Princípio tem eficácia plena e irrestrita (ALEXY, 1997, p. 81 e ss)- e ao direito a saúde, torna-se apenas um texto destituído de qualquer conotação jurídica.

O Estado nem sempre promove aquilo que está previsto na Constituição Federal e o direito à saúde, que é por sua vez direito social subjetivo, acaba por ser maculado devido aos grandes fardos de burocracia e ineficiência, ficando significativa parte da população desassistida em algo tão essencial ao ser humano, fazendo com o que cidadão recorra às vias judiciais para tutelar seu direito.

Assim considerado, é plenamente viável a exigência judicial da prestação material faltante, conforme lição de Luís Roberto Barroso:

“Eficácia jurídica ou simétrica é o nome pelo qual se convencionou designar a eficácia associada à maioria das regras. (...) a aplicação da eficácia positiva aos princípios ainda é uma construção recente. Seu objetivo, no entanto, seja quando aplicável a regras, seja quando aplicável aos princípios, é o mesmo: reconhecer àquele que seria beneficiado pela norma, ou simplesmente àquele que deveria ser atingido pela realização de seus efeitos, direito subjetivo a esses efeitos, de modo que seja possível obter a tutela específica da situação contemplada no texto legal. Ou seja: se os efeitos pretendidos pelo princípio constitucional não ocorreram – tenha a norma sido violada por ação ou por omissão –, a eficácia positiva ou simétrica pretende assegurar ao interessado a possibilidade de exigí-los diretamente, na via judicial se necessário”. BARROSO, 2008, p. 377.

Desse modo, reafirma-se que quando não forem prestadas ao cidadão as garantias constitucionais de forma honrosa e integral, o indivíduo poderá exigir o seu direito por meio do litígio judicial. Saliente-se que este não deve ser uma “aventura jurídica”, mas sim fundamentado em preceitos como: o socioeconômico, a eficácia comprovada do fármaco, em laudos fundamentados emitidos por profissional médico e também quanto à necessidade da dosagem indicada.

O Estado com o intuito de efetuar a assistência material, como prevê a Constituição, instituiu a RENAME⁴², Relação Nacional de Medicamentos, que é segundo o Conselho Federal de Farmácia, uma lista de medicamentos que deve atender às necessidades de saúde prioritárias da população brasileira. Deve ser um instrumento mestre para as ações de assistência farmacêutica no SUS e é uma das estratégias da política de medicamentos da Organização Mundial da Saúde (OMS) para promover o acesso e uso seguro e racional de medicamentos. Foi adotada há mais de 25 anos, em 1978, pela OMS e continua sendo norteadora de toda a política de medicamentos da Organização e de seus países membros.

A RENAME é editada periodicamente, tendo em vista as necessidades da população, as patologias mais recorrentes e seus respectivos tratamentos eleva em consideração alguns critérios: a demonstração da eficácia e segurança do medicamento; a

⁴² Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/leia-mais-o-ministerio/471-sctie-raiz/daf-raiz/daf/13-daf/18892-teste-versoes-rename>. Acesso em 01 de setembro de 2017

vantagem com relação à opção terapêutica já disponibilizada; e o oferecimento de concorrência dentro do mesmo subgrupo, como estratégia de mercado. A última atualização se deu em agosto de 2017, acrescentando medicamentos contra HIV e Alzheimer⁴³ à lista.

Também sobre a assistência farmacêutica dispõe a Portaria nº 1554 de 30 de julho de 2013, expedida pelo Ministério da Saúde, que “Define que o custeio das ações de saúde é de responsabilidade das três esferas de gestão do SUS, observado o disposto na Constituição Federal e na Lei Orgânica do SUS”.

Desse modo constata-se que afora essa relação de medicamentos básicos (RENAME) existem outros programas norteadores da distribuição e do orçamento para aquisição de medicamentos na rede pública, voltados para segmentos específicos. Cabe aos municípios o fornecimento de medicamentos básicos e aos Estados e à União os de média e alta complexidade. Fica a cargo dos Estados, por exemplo, a dispensação dos medicamentos denominados “excepcionais”. No estado da Paraíba essa dispensação é feita pelo CEDMEX - Centro Especializado de Dispensação de Medicamentos Excepcionais. Pelo fato da responsabilidade ao direito a saúde ser solidária entre os entes da federação, essa divisão de competência quanto aos medicamentos não é de todo obedecida quando proferidas as decisões judiciais, e muitas vezes a responsabilidade de fornecer determinado fármaco que era do estado-membro ou da União acaba por recair sobre o município e vice-versa, trazendo desorganização a previsão orçamentária do ente. Ressalte-se que esta não pode ser alegada como obstáculo ao fornecimento dos serviços de saúde, conforme jurisprudência:

“Agravo de instrumento. Tutela antecipada. Fornecimento gratuito de medicamento. Direito à saúde. Art. 196 da CF. Ausência de previsão orçamentária. Comprovação periódica da necessidade do uso do medicamento. Recurso parcialmente provido. Entre as ações inclusas no campo de atuação do Sistema Único de Saúde - SUS, encontra-se a de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (Lei nº 8.080/90, art. 6º, inc. I, d). A falta de dotação orçamentária específica não pode servir de obstáculo à aquisição e ao fornecimento de medicamentos e suplementos alimentares ao doente necessitado, sobretudo quando a vida é

⁴³ Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2017/08/ministerio-da-saude-publica-lista-de-medicamentos-para-o-sus>. Acesso em 01 de setembro de 2017

o bem maior a ser protegido pelo Estado, genericamente falando. (Apelação Cível n. , rel. Des. Jaime Ramos) O medicamento, ainda que não padronizado, uma vez demonstrada a necessidade do paciente, deve ser fornecido gratuitamente pelo Estado, entendendo-se este em todos os seus níveis - federal, estadual e municipal. (Apelação Cível nº , rel. Des. Luiz César Medeiros)”.(TJ-SC - AG: 332746 SC 2009.033274-6, Relator: Pedro Manoel Abreu, Data de Julgamento: 31/03/2010, Terceira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Agravo de Instrumento n. , de Gaspar)

Apesar da RENAME ser extensa na quantidade de medicamentos disponibilizados, estes não abarcam todos os tratamentos, visto o número realmente grandioso de insumos disponíveis no mercado. Essa não existência do componente necessitado pelo usuário na lista pode ser considerada como falta ou deficiência dos serviços da assistência farmacêutica e do fornecimento de insumos terapêuticos, o que configura ameaça ao direito à vida e, não raramente, é capaz de produzir lesão irreparável a esse direito. O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, é legítima a intervenção jurisdicional que visa a afastar lesão ou ameaça a esse direito.

Contudo, apesar de ações que merecem ser destacadas como a instituição da RENAME, o sistema público de saúde ainda é muito modesto e o Estado não dá conta de atender a todas as demandas existentes. Cabe ressaltar que este número de demandas é bastante volumoso; o que requer constante investimento em ampliação da lista de medicamentos, em pessoal, em procedimentos, em aparelhos, e também em inovação: por meio da contingência por meio da pesquisa científica de trazer novos métodos de tratamento que sejam menos dolorosos e mais eficientes.

“A finalidade do consumo da pesquisa clínica de qualidade é fundamental para os profissionais da saúde porque dá alicerce forte para avaliar criticamente a prática em relação aos achados de pesquisa e promover mudanças baseadas em evidências.

O grande desafio desta próxima década é formar e capacitar profissionais da área da saúde com discernimento para entender significância clínica e estatística, com competência quer, para medir o impacto de uma pesquisa

clínica e quer para saber se a intervenção proposta traz redução da morbimortalidade e melhoria na qualidade de vida dos pacientes atendidos em serviços de saúde.” (BARBOSA,2010,p. 7)

Pela falência⁴⁴ desse formato da estrutura atual, que não acompanha a complexidade do sistema, nem o crescimento do número de usuários, nem investe da maneira adequada muitas das demandas acabam por serem satisfeitas apenas depois de passarem pela apreciação do Poder Judiciário. Ao passo que surgem novas decisões judiciais, surgem também as discussões quanto à fundamentação.

“Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe faltou fundamentação” (NERY JÚNIOR,2016. p.175-6)

Ressalte-se que ao arcar com a maior onerosidade de um tratamento, diversas vezes caríssimos, o sistema único de saúde deixa de atender as necessidades de várias outras pessoas.

Essa prática suscita os questionamentos acerca do princípio da equidade, qual seja: “equidade implica que idealmente todos deveriam ter a justa oportunidade de obter seu pleno potencial de saúde e ninguém deveria ficar em desvantagem de alcançar o seu potencial, se isso puder ser evitado” (WHITEHEAD, 1990, p.7).

Também o princípio da reserva do possível é posto em pauta quando se trata de políticas públicas de saúde, de modo que só se poderia exigir do Estado a execução de uma prestação ou o atendimento de um interesse em benefício de alguém, desde que essa medida não sobrecarregue as contas públicas. Esse argumento, contudo, é utilizado muitas vezes com o escopo de relativizar as políticas públicas, o que não pode acontecer:

⁴⁴Disponível em: <https://al-sp.jusbrasil.com.br/noticias/100038516/opinioa-a-falencia-da-saude-publica>. Acesso em 02 de setembro de 2017

“O princípio da reserva do possível não pode ser utilizado como forma de relativizar a aplicação de políticas públicas de saúde, até mesmo porque a vida humana não pode deixar de ser levada em consideração por motivos financeiros, pois o princípio orçamentário não pode prevalecer sobre o direito fundamental à saúde, o qual está indissociável à vida”. (BARBOSA, 2014, p. 2)

Seria, então, justo obrigar o Estado a pagar o tratamento farmacológico caro de uns em detrimento da possível falta de assistência para outros, condizente com os princípios da equidade e reserva do possível? Responder a essa questão não é uma atividade trivial. Utilize-se a teoria da Justiça de John Rawls para a resposta dessa equação: Rawls abordaem sua obra o conceito de justo como precedente ao de bem, então, a contingência de prioridade no financiamento dos procedimentos de alta complexidade adjacente aos princípios de universalização no atendimento e integralidade no acesso, pode ser considerada uma política justa, no sentido do autor, embora não garanta a expansão do “bem” para todas as pessoas. (RAWLS, 2002)

Sabe-se que não é critério para se tornar juiz qualquer curso ou especialização na área da assistência farmacêutica, muito menos o estudo detalhado da RENAME, logo, o juiz não detém todo o conhecimento técnico acerca do assunto; assim como também não é critério para que os nossos legisladores ou representantes do executivo sejam eleitos. Desse modo, a atividade jurisdicional só deve ser colocada em prática quando notadamente estiver sendo violado o que pressupõe a Constituição e quando o juiz for capaz de fundamentar precisamente a decisão proferida.

Conforme artigo:

“Uma última observação: em muitas situações, o legislador realiza ponderações em abstrato, definindo parâmetros que devem ser seguidos nos casos de colisão. Quando isso ocorrer, não deve o intérprete judicial sobrepor a sua própria valoração à que foi feita pelo órgão de representação popular, a menos que esteja convencido – e seja capaz de racionalmente demonstrar – que a norma em que se consubstanciou a ponderação não é compatível com a Constituição”. (BARROSO, 2007, p. 9)

Logo, constata-se que a devida cautela por parte do Judiciário para proferir as decisões, e não somente deste, também dos operadores do direito quando forem propor as ações, são essenciais para que sejam coibidos os excessos. Esse “excesso” pode vir a decorrer da ausência de informação, tocante às políticas públicas de saúde e aos aspectos técnicos envolvidos na prescrição medicamentosa, podendo decorrer também da má-fé de profissionais médicos e da indústria farmacêutica: o médico deixa de prescrever um medicamento da Rename para prescrever medicamento diverso, ademais se exime da obrigação de por na prescrição o princípio ativo do medicamento, pondo o nome comercial beneficiando a determinada marca. Sobre o tema veja-se o seguinte fragmento:

“Os médicos têm obrigação, como profissionais indispensáveis à administração da saúde, a preencher suas receitas para compra pelo Sistema Único de Saúde (SUS) a partir da indicação do princípio ativo do medicamento e não através do nome comercial do remédio. Entendimento neste sentido foi adotado pela 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça, em análise de apelação cível que questionou o fornecimento de medicamento a um paciente portador de câncer de próstata.”⁴⁵

Destarte, é imprescindível que o profissional médico verifique se a prescrição está em consonância com os princípios básicos: o que prevê a administração da saúde, também com o diagnóstico da enfermidade e com os tratamentos a que o usuário já se submeteu. O Manual de orientações básicas para prescrição médica - Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba/ Conselho Federal de Medicina dispõe sobre como deve ser realizada a prescrição:

“A realização do ato médico se completa com a prescrição médica. O seguimento dos princípios básicos do relacionamento médico-paciente transfere ao paciente segurança e, conseqüentemente, aderência à prescrição. Faz-se necessário, contudo, transparência na prescrição, com esclarecimentos e disponibilidade do profissional para possíveis reações adversas. Ressalte-se que a falta de conhecimento sobre os medicamentos

⁴⁵Disponível:<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/noticias/107951/receita-medica-tem-que-ir-com-principio-ativo-de-remedio>. Acesso em 02 de setembro de 2017

coloca em risco a saúde do paciente e a credibilidade do profissional”
(MADRUGA, 2011, p. 13)

Bem como é relevante uma fiscalização por parte do magistrado posteriormente, com vistas a constatar se a emissão de receita foi efetuada por profissional habilitado e especialista no trato de problemas da espécie, se a dosagem prescrita atende ao que prevê o tratamento e se há medicamento com mesmo princípio ativo na lista do SUS. Evitando, assim, uma confirmação pelo poder judiciário de uma prescrição irresponsável.

Como já mencionado acima, o magistrado não é dotado de conhecimentos técnicos, então é indicado que para fundamentar as decisões cerquem-se de profissionais habilitados a auxiliá-los na instrução do processo judicial.

Esse serviço de cooperação poderia contar com o auxílio das Secretarias de Saúde dos estados e municípios, tendo em vista que elas também seriam beneficiadas por tais atividades, ficando até mais claro para se cumprir a hierarquia inicialmente estabelecida pela Portaria nº 1554 de 30 de julho de 2013, expedida pelo Ministério da Saúde: os medicamentos básicos são de responsabilidade do município e os excepcionais dos estados e da União.

Representantes da União, estado e municípios seriam imprescindíveis nessa ação, uma vez que explanariam as competências de cada ente ao cidadão; também sobre o princípio ativo do medicamento; que poderá ser fornecido a ele um medicamento de nomenclatura diversa, contudo que terá o mesmo efeito e em nada o tratamento médico recomendado será prejudicado. Seria uma atividade integradora e ao mesmo tempo pedagógica, algo essencial na relação prestador x usuário.

“É importante que o gestor municipal promova a integração dos serviços de saúde existentes no município, para tanto, é importante que cada serviço de saúde conheça o território sob sua responsabilidade e os compromissos assumidos com a gestão do SUS. Para isso, as unidades da rede básica devem estabelecer uma relação de compromisso com a população a ela adscrita e cada equipe de referência deve ter sólidos vínculos terapêuticos com os pacientes e seus familiares, proporcionando-lhes abordagem integral e mobilização dos recursos e apoios necessários à recuperação de cada indivíduo. Sempre que necessário, deve-se assegurar a referência da rede básica de saúde para as unidades da rede especializada, buscando

garantir a integralidade da atenção”. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2009. p. 13)

A intervenção do Poder Judiciário torna-se de grande valia para o cidadão hipossuficiente, que não possui as condições financeiras de adquirir determinado medicamento, exame ou procedimento necessários a um diagnóstico clínico ou tratamento. Esta intervenção carece de observar todos os critérios: hipossuficiência do usuário, eficácia comprovada do medicamento, adequação na dosagem, observância de qualificação do profissional que prescreve e se há indicação na prescrição do princípio ativo e não do nome comercial.

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SEPARAÇÃO DOS PODERES. VIOLAÇÃO. NÃO CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRECEDENTES. HIPOSSUFICIÊNCIA. SÚMULA 279/STF. 1. É firme o entendimento deste Tribunal de que o Poder Judiciário pode, sem que fique configurada violação ao princípio da separação dos Poderes, determinar a implementação de políticas públicas nas questões relativas ao direito constitucional à saúde. 2. O acórdão recorrido também está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, reafirmada no julgamento do RE 855.178-RG, Rel. Min. Luiz Fux, no sentido de que constitui obrigação solidária dos entes federativos o dever de fornecimento gratuito de tratamentos e de medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes. 3. A controvérsia relativa à hipossuficiência da parte ora agravada demandaria a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é viável em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, ARE 894085 AgR/SP, Rel Min. ROBERTO BARROSO, j. 15/12/2015, Primeira Turma, DJe 16-02-2016)

Por meio do exposto não resta dúvida de que a ponderação de interesses feita nas peculiaridades de cada caso concreto é o mais acertado meio de se aferir o grau de necessidade da concessão da tutela pelo Poder Judiciário. E que se não forem observados os

critérios técnicos da prescrição médico-farmacêutica tanto pelo médico, quanto pelo magistrado poderão ocorrer erros quando da decisão judicial. Proveitoso na tentativa de conter estes erros seria a cooperação entre os entes seria que para fundamentar as decisões os magistrados tivessem o auxílio de profissionais habilitados no conhecimento dos critérios que envolvem uma prescrição médica. Esse serviço de cooperação poderia contar com o auxílio das Secretarias de Saúde dos estados e municípios, tendo em vista que elas também seriam beneficiadas pela apreciação judicial respaldada por critérios técnicos.

Conclusão

Diante da negligência por parte dos órgãos públicos para com a efetivação das garantias que estão previstas na Constituição Federal, na conjuntura do presente escrito: a perspectiva da garantia ao direito à saúde relacionada ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a discussão quanto à efetivação dos direitos fundamentais sociais não deve estar adstrita a legitimidade do Poder Judiciário para proferir decisões em face do Poder Público, esta deve vislumbrar todas as faces do problema: desde a não observância do que está escritona Constituição Federal quanto a Dignidade da Pessoa Humano, da garantia ao direito a vida e a saúde como já apontado, até as questões de déficit orçamentário enfrentado pelas esferas administrativas.

É plausível trazer à tona os impactos orçamentários que ofenômeno da judicialização provoca, entretanto, não se pode adotar esse argumento como máxima com vistas a impedir que Poder Judiciário faça valer as normas constitucionais destacando a saúde como um dos preceitos para uma vida digna. Seria muito melhor para o paciente, para o poder público e para o próprio Poder Judiciário a não intervenção do último para a efetivação de direitos fundamentais como o direito à saúde, mas como ainda é necessária a intervenção devido à própria inoperância do sistema, se faz fundamental que a mesma esteja adstrita a critérios e métodos eficazes para se evitar erros e conter os abusos nas decisões judiciais.

Para quea judicialização seja combatida ou amenizada, cabe ao próprio poder público acudir a população com melhores condições assistenciais no âmbito da saúde, garantindo assim o mínimo existencial.

Quando verificados os critérios legais e constatada a veemente urgência da medida jurisdicional, os argumentos contrários a judicialização devem sair de cena, dando

vez aos que vislumbram a proeminência da salvaguarda tanto da saúde como da integridade do paciente, ou seja, da vida como um todo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Colección El Derecho y la Justicia. v.17. Enero-Abril. 1994.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Fórum. Belo Horizonte, v.9, n.46, nov. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6. ed. 4. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARBOSA, Maria da Glória Virgínio. Judicialização do direito à saúde: saúde suplementar no Brasil. 2014. Disponível em: <http://www.correioforense.com.br/wp-content/uploads/2016/08/JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O-DO-DIREITO-%C3%80-SA%C3%9ADE.-SA%C3%9ADE-SUPLEMENTAR-NO-BRASIL.pdf>. Acesso em 04 de setembro de 2017.

BARBOSA, Dulce. Importância da pesquisa clínica para a prática na área de saúde. Acta paul. enferm., São Paulo, v. 23, n.1, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

BRASIL. Lei n. 8080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de setembro de 1990.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria-Executiva. Departamento de Apoio à Descentralização. O SUS no seu município: garantindo saúde para todos / Ministério da Saúde, Secretaria-Executiva, Departamento de Apoio à Descentralização. – 2. ed. – Brasília : Ministério da Saúde, 2009. 46 p. : il. color. – (Série B. Textos Básico de Saúde).

BRASIL. Ministério da saúde. PORTARIA Nº 1554 de 30 de julho de 2013. Disponível em: <http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/abril/02/pt-gm-ms-1554-2013-alterada-1996-2013.pdf>. Acesso em 03 de setembro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ARE 894085 AgR/SP, Rel Min. ROBERTO BARROSO, j. 15/12/2015, Primeira Turma, DJe 16-02-2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina - AG: 332746 SC 2009.033274-6, Relator: Pedro Manoel Abreu. Data de Julgamento: 31/03/2010, Terceira Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Agravo de Instrumento n.2014.024298-6, de Gaspar.

CANOTILHO, Gomes JJ - in Direito Constitucional e Teoria da Constituição: Coimbra, Portugal: Livraria Almedina - 2a Ed. - p. 380, 1998.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MADRUGA, Célia Maria Dias. Manual de orientações básicas para prescrição médica / Célia Maria Dias Madruga, Eurípedes Sebastião Mendonça de Souza – 2ª ed. rev. ampl. Brasília: CRM-PB/CFM, 2011.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p.175-6.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 308-309.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. (Coleção Justiça e Direito).

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma reformulação. Organização Erin Kelly. Tradução de Claudia Berliner. São paulo: Martins Fontes, 2003.

WHITEHEAD, M. The concepts and principles of equity in health. International Journal of Health Services. v. 22, n. 3, 1992.