

Aspectos da tutela do direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio - ponderações sobre relações de direito público e de direito privado

Autore: Julio Cesar Ballerini Silva

In: Diritto civile e commerciale

Prévias considerações interdisciplinares

Não é desconhecido dos operadores do direito, o fenômeno do esgotamento paradigmático do pensamento jurídico fundado a partir da premissa de um direito natural (concepção tomista que foi empregada por séculos pelos juristas como modo de pensar dogmaticamente o direito) que encontra inúmeras dificuldades de resolver os problemas decorrentes da complexidade das relações intersubjetivas.

Tanto assim que autores como Celso Lafer propugnam, como proposta inicial para a solução do problema referente ao hiato apontado, a adoção de um novo modelo paradigmático¹ (o referido autor propõe chamá-lo de paradigma da filosofia do direito, para permitir um “pensar” menos dogmático, mais aberto ao “perquerir”, tomando, aliás, o dogma não como um fim em si mesmo, mas, ao contrário, como um ponto de partida, como, ademais, vinha sendo sugerido por Tércio Sampaio Ferraz Jr.,² permitindo-se a interpretação que autorize abranger fatores interdisciplinares).

E isso se torna relevante na medida em que, igualmente, se tem por inegável que o Direito seja um fenômeno histórico, revestido de temporalidade e que, nos primórdios da civilização já tinha seu conteúdo intimamente ligado aos desígnios dos detentores do poder (verbi gratia, no Egito Antigo, no período conhecido por Antigo Império, ou seja, entre 2.664 a C e 2.155 a C, cunhou-se a expressão segundo a qual “o justo é o que o faraó ama, e o mal é aquilo que o faraó odeia”³), reforçando-se o entendimento segundo

o qual o direito implica numa evidente técnica de controle social (caráter igualmente destacado pelo já mencionado Tércio Sampaio).

E essas concepções ligando o Direito ao poder se tornam uma questão de grande relevo posto que, em um mundo globalizado, em que o poder econômico se concentra pólos globalizantes opostos aos dos globalizados, se pode passar a questionar se fatores intimamente ligados ao poder não estão colocando em xeque a interpretação que se possa fazer do ordenamento jurídico como um todo, até porque não se desconhece que exista uma estreita relação entre direito e ideologia, eis que, como asseverado acima, o direito enquanto técnica de controle social está intimamente ligado à questão do exercício do poder estatal (e isso é ponderado, sob um prisma acadêmico, sem qualquer juízo de valor a respeito da justiça ou injustiça dessa situação, por exemplo, ou se isso seria inexorável ou não, conveniente ou não).

E tal discussão se torna muito evidente e atual, num mundo em que as informações e a tecnologia são difundidas de forma muito rápida, por veículos como a internet e a própria mídia, de um modo geral, observando-se uma crise de efetividade, outro fator de complexidade a ser sopesado (e, lamentavelmente, não se tem observado a preocupação das Faculdades de Direito em focar tais situações) em primeiro lugar, do ordenamento jurídico enquanto tal (como se pode entendê-lo como forma de controle social eis que o mesmo para ser alterado exige uma série de atos e formas dos poderes normativos, que demandam um tempo totalmente incompatível com as mudanças sociais, e, sobretudo, econômicas ?), o que vem acompanhado da crise instrumental (se o ordenamento estabelece direitos, em caso de violações a esses direitos tem-se o direito de ação para o devido restabelecimento da situação, o qual, como é cediço, repousa num instrumental processual para que possa ser exercitado), o que nos conduz a um terceiro evento, qual seja, o da crise do Poder Judiciário (ente institucional que tem por função precípua o exercício da jurisdição, ou *jurisdicere*, poder de “dizer o direito”, de forma imparcial).

Tais variáveis são postas em conflito, de forma candente, na questão de massas que se delineia no presente momento, com a discussão das ações que se tem observado de um modo mais ou menos freqüente, nos mais variados juízos pátrios, envolvendo processos das mais variadas matizes (ou seja, envolvendo relações jurídicas de natureza pública e de natureza privada⁵), tendo por objeto a garantia de

meios materiais para a preservação da saúde dos indivíduos, seja perante o Poder Público, seja perante entidades privadas (como se dá, por exemplo, em relação às empresas mantenedoras de planos de saúde ou de seguro saúde).

Daí a relevância do tema proposto, justificando-se a escolha do tema escolhido para a elaboração do presente artigo.

O desafio da complexidade e a crise do poder judiciário - os limites de alcance do presente trabalho

E, como é de conhecimento geral, tal como ponderado linhas atrás, um grande contingente de ações similares tem sido suscitado perante Fóruns de todo o país, fazendo com que o exame de algumas questões comuns passe a ser de grande relevância prática e acadêmica, no enfrentamento de questões abordando o reconhecimento do chamado direito à saúde.

Tal volume de ações, inclusive, acaba por contribuir para o agravamento da chamada situação que vem sendo conhecida, de um modo mais ou menos uniforme, como a crise do Poder Judiciário.

Existem, ademais, razões aptas a explicarem tal fenômeno, diante das dificuldades existentes em relação à estrutura do Poder Judiciário estatal para dar vazão ao julgamento de demandas, de forma imparcial, de forma célere, o que tem sido analisado por vários segmentos doutrinários, devendo-se destacar o importante trabalho desenvolvido, de forma imparcial, analisando inúmeras vertentes desta problema, realizado por José Rogério Cruz e Tucci.⁶

Mas é importante que se destaque que tal como demonstrado pelo cientista Edgar Morin⁷, na sua célebre análise do paradigma da complexidade, o pensamento científico não mais pode prescindir da perquirição interdisciplinar na busca de soluções aos problemas a serem enfrentados, posto que, numa sociedade tal como se encontra no estado atual, não mais existiria campo de estudos completamente estanque das demais áreas do pensamento.

Isso porque a ciência deixou de ser um conhecimento absoluto, calcado, apenas e tão somente na verificação empírica, de leis e postulados sem exceção, eis que, em qualquer campo de análise, de se analisar o feixe de fatores a ele relacionados, cujos reflexos poderão influenciar no resultado final.

Tais detalhes não tem permanecido alheios à interpretação do direito, sendo pormenorizadamente destacados em questões como a decidida, por exemplo, pelo Supremo Tribunal Federal na situação de cobrança de contribuições previdenciárias de servidores inativos (outro dado insistentemente divulgado pelos mass media), ou na revisão de entendimentos até então cristalizados, como a referente à inconstitucionalidade de fixação de regime integral fechado nos crimes reputados hediondos.

Com isso pode-se dizer que o sistema judiciário, que já se encontrava vivendo uma crise sem precedentes (fenômeno, aliás, que não é uma exclusividade brasileira, eis que vivenciado no mundo todo, de modo mais ou menos uniforme), passa a ser observado com maior intensidade, quando do advento de questões como, por exemplo, a suscitada a partir do precedente formado no chamado “Caso Kelly”, ou a questão das diferenças de correção monetária por Planos Econômicos (Bresser, Verão, Collor I e Collor II)⁸, posto que se encontra, nessas condições, diante de situações em que a solução técnica se encontrará em situação que se encontra em confronto com a solução exigida para a solução de outros problemas de índole para-jurídica (ou seja, complexos problemas econômicos em confronto com a legislação processual e consumerista a respeito do tema, levando a um patente conflito de matiz ideológica para a solução do referido impasse)⁹, em decisões que influenciarão a vida de um número muito grande de pessoas e do próprio país (de modo que parece, inclusive, pertinente, que se aceite a coletivização da discussão, racionalizando-se a prestação jurisdicional, o que implicaria em atender aos princípios da celeridade e

economia processuais, mas, sobretudo, harmonizaria o sistema, evitando-se a coexistência de decisões contraditórias)¹⁰.

Tal deve ser explicado porque o objetivo fulcral do presente texto não pretende ultrapassar tal linha de considerações, não se tendo a pretensão de esgotar os limites do tema sob a ótica de tais fatores, mas, ao contrário, busca-se, apenas e tão somente que sejam tecidas algumas considerações de índole técnica, sobretudo versando sobre questões processuais que tem sido observadas, com bastante freqüência, nos inúmeros grupos de ações propostas em referência a tal espécie de tutela.

Sobre os aspectos macro-fatorais aduzidos, pelo óbvio, de se aguardar que o órgão de cúpula, ou seja, o Supremo Tribunal Federal se manifeste, eventualmente, sobre a questão, eis que, como vem sendo destacado por doutrina cada vez mais freqüente, tal órgão, por sua peculiar função, reserva para si a decisão final acerca das ponderações ideológicas da interpretação do instituto em tela.

Algumas considerações a respeito do direito à saúde no ordenamento jurídico pátrio

No ordenamento jurídico pátrio (ao contrário do que se dá com outros sistemas constitucionais, como se exporá adiante) o direito à saúde não tem “status” de verdadeiro fundamental right (na acepção empregada por J. J. Canotilho, em seu conhecido curso de Direito Constitucional), o que, no entanto, não implicaria em dizer que não existiria base constitucional para a proteção de tal direito, mas, muito ao contrário, como se pretenderá demonstrar e se exporá nas linhas que se seguirão.

Isso porque se trata de um direito correlato e essencial à garantia de um direito fundamental, na medida em que malgrado esteja previsto de forma expressa como direito social no artigo 6º da Magna Carta, como sabido, sem o direito à saúde restará vulnerado o próprio direito à vida, este sim verdadeiro sobre-

princípio constitucional defendido no caput da norma contida no artigo 5º da Constituição Federal, havendo relação, portanto, intrínseca entre ambos os direitos considerados (vida e saúde).

E tal se dá porque como já vinha sendo asseverado, desde há muito, em entendimento, portanto, tradicional no direito pátrio, pela norma contida no artigo 4º do Código Civil de 1916 (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1.916 - o conhecido “Código Bevilacqua”), com disposição análoga, quase literal mantida na norma contida no artigo 2º, do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), a aquisição da personalidade da pessoa física no Direito brasileiro somente ocorreria com o nascimento com vida, de modo que, sem vida, ressalvados raríssimos efeitos jurídicos dos quais não se cuida (como respeito ao cadáver ou às disposições de última vontade), não haverá como se defender qualquer outro direito de ente sem vida (insista-se, em se cuidando de pessoas físicas já que pareceria caricato cogitar-se de saúde de pessoas jurídicas ou entes despersonalizados, por razões de singular obviedade franciscana).

E o plurívoco vocábulo “saúde”¹¹ deve ser entendido na sua acepção ampla para que se dê a maior proteção possível ao direito à vida que como mencionado é um verdadeiro sobre-princípio constitucional.

E de nada adianta assegurar-se o direito à vida se não se assegurar o direito à saúde que nos estritos termos da norma contida no artigo 196 da Constituição é “direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Sobre o tema, inclusive, de se destacar a opinião do eminente JOSÉ AFONSO DA SILVA para quem:

“A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e igualdade de acesso às ações e serviços que a promove¹² m, protegem e recuperam”.

Desta feita, é inescusável o dever do Estado em garantir o acesso igualitário a toda e qualquer pessoa residente e domiciliada em território nacional tal acesso, para que se guarde fidelidade ao escopo preconizado pelo constituinte ao elaborar a norma contida no próprio artigo 5º, caput, da Constituição Federal.

E a questão não é nova, já tendo sido decidida em mais de uma oportunidade por nossos Tribunais, por quase uma década, como se verifica, inclusive, em sede de tutelas de urgência, como se pode observar do teor do seguinte julgado:

“Fornecimento de medicamento - doença grave - tutela antecipada - Agravo de Instrumento - Processo Civil. Antecipação de tutela contra o Estado. Fornecimento de remédio para tratamento de câncer na próstata. Exceção ao comando legal que em princípio, impede a concessão de liminares e antecipação de tutelas contra este ente público, mitigada quando se tratar da saúde pública, dever do Estado, relativa a doença grave” (TJRJ - AI 465/98, 12ª Câmara Cível, Rel. Des. GAMALIEL Q. DE SOUZA, j. 16.03.1999).

Como também:

“Fornecimento de medicamento - Preservação da vida - tutela antecipada - deferimento. Agravo de Instrumento - efeito suspensivo - Agravo Regimental - Recurso Provido. Tutela antecipada impondo ao Poder Público fornecimento de remédio em face da iminência da morte por câncer da agravada. Possibilidade de concessão da tutela porquanto em jogo direito fundamental da pessoa humana, qual seja, o direito à vida e à saúde. E dever do Estado assim compreendido o ente centralizado e as pessoas jurídicas do mesmo dependente, no todo ou em parte. A pessoa jurídica de direito público exercente de funções na área de saúde deve velar para que o dever constitucional de manutenção da saúde seja preservada. A Constituição Federal quando denuncia que a saúde é um dever do Estado o faz no sentido de que é indeclinável, máxime pelas fundações mantidas pelo Poder Público. Essa é a força normativa da Constituição a que se referia Konrad Hesse. Precedentes judiciais que consagram mais elementar de todos os direitos fundamentais que é o da preservação da vida e a fortiori o da saúde. Agravo regimental concedido para cassar o efeito suspensivo deferido pelo relator em agravo de instrumento contra decisão

interlocutória que determinou o fornecimento do remédio” (TJRJ - AgRgAi 5623/1999 - 10ª Câmara Cível - Rel. Des. LUIZ FUX, J. 19.10.99).

No mesmo sentido e evitando-se repetições inúteis: TJRJ Ai 11992/1999, 11ª Câmara Cível, Rel. Des. NILTON MONDEGO, j. 10.02.2001.

Determinando-se que o Poder Público arque com o pagamento de tratamento de saúde de menor nos Estados Unidos, pelo mesmo fundamento supra mencionado, o decidido pela Primeira Seção do E. Superior Tribunal de Justiça, no Mandado de Segurança nº 8740-MG, da cidade de Juiz de Fora, em matéria divulgada na Revista Consultor Jurídico, sob o título “Jogo da Vida”, in [HTTP://www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), acesso em 06 de março de 2002.

Responsabilidade solidária e intervenção de terceiros dos entes públicos - o sistema único de saúde

Como sabido, a legitimidade e a legitimação, no ordenamento jurídico pátrio, são disciplinadas, como regra, nos estritos termos da norma contida no artigo 6º do Código de Processo Civil, estabelecendo-se que o réu, nas relações de direito público, seria o ente público obrigado, em nome próprio, a arcar com as conseqüências jurídicas do pedido inicial.

E nem se alegue que os Municípios e Estados Federados (eventualmente até mesmo Territórios que vierem a ser criados) estariam excluídos dessa responsabilidade, ou que a mesma fosse prerrogativa da União Federal (Administração Direta ou Indireta), como corriqueiramente se observa em demandas deste jaez, posto que a própria Constituição Federal no seu artigo 200, estabeleceu uma verdadeira responsabilidade solidária em matéria de prestação de serviço de saúde ao jurisdicionado.

E, nesse sentido já alertava Walter Ceneviva na sua obra “Direito Constitucional Brasileiro”, 2ª Edição, São Paulo, Saraiva, Brasil, 1991, pág. 291, inclusive apontando o dever do gestor da coisa pública, de se preparar, em sede financeira e estratégica, para fazer frente aos custos para a operacionalização de tais responsabilidades, do ponto de vista prático.

E, como sabido, a partir da Lei nº 8.080/90 (a própria emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, criou um parágrafo 10º, no artigo 195 da Constituição Federal, estabelecendo a forma como a União disponibilizaria recursos para que Estados e Municípios desenvolvessem as atividades inerentes ao SUS), estabeleceu-se no Brasil formalmente um sistema único de saúde, o que reforça a tese da solidariedade entre os entes públicos no que tange à proteção desse direito.

Aliás, reconhecendo a solidariedade e a responsabilidade de Municípios neste atendimento, de se destacar:

“Saúde - Câncer de pulmão - responsabilidade do Município de Porto Alegre pelo fornecimento de remédios especiais; exclusão de drogas experimentais e limitação ao atendimento padrão específico para sua moléstia. Inteligência do artigo 196 da Constituição Federal. Sentença de procedência. Negaram provimento à apelação, confirmando-se a sentença em reexame necessário.” (TJRS - Apc 70.001230796 - 1ª Câmara Cível Especial - Rel. Des. TULLIO DE OLIVEIRA MARTINS, j. 30.08.2000).

Do mesmo modo:

“Direito público não especificado - constitucional - fornecimento de medicamento para tratamento de paciente portador de câncer - legitimidade passiva do Estado. Sendo a responsabilidade prevista no artigo 196 da Constituição Federal de qualquer dos entes federativos, está o Estado legitimado para figurar no polo passivo da relação processual - dispensa do processo licitatório - Lei nº 8666/93 - art. 24, inciso IV - obrigação do Estado fornecer medicação excepcional a pessoa carente - arts. 196 e 197 da Constituição

Federal e Lei Estadual 9908 - Apelação desprovida - sentença mantida em reexame necessário” (TJRS - Ac - 599470440 - 3ª Câmara Cível - Rel. Des. PERCIANO DE CASTILHOS BERTOLUCI - j. 16.09.1999).

Como se cuida de solidariedade constitucionalmente assegurada, obviamente que compete ao interessado mover a ação para a condenação e obtenção do reconhecimento de tal direito, contra qualquer dos entes ou contra todos eles, conforme seu interesse e lhe é facultado pela norma contida no artigo 46 e seus consectários do Código de Processo Civil (a situação seria de litisconsórcio facultativo e não de litisconsórcio necessário).

Mas isso não impede, obviamente, que o ente processado proceda ao chamamento ao processo, para a garantia de seu regresso parcial, nos estritos termos do artigo 77 do Código de Processo Civil, dos demais legitimados, o que, nessas condições, poderá vir a trazer alterações de competência.

Pense-se, por exemplo, na hipótese comum no sentido de que pessoa processe o Município em que reside, para que arque com o pagamento de tratamento de saúde ou de medicamentos de que necessite para viver, tendo intentado tal demanda, no foro de domicílio do Município réu, perante a Justiça Comum estadual.

Nesse caso, não obstante o princípio da perpetuatio jurisdictiones, cristalizada no direito pátrio, se, por exemplo, o Município, em sua peça de resposta, proceder o chamamento ao processo da União Federal, e em se admitindo tal chamamento, ocorrerá situação de deslocamento de competência do feito para uma Vara Federal, eis que, nos termos da norma contida no artigo 109 e seus consectários da Constituição Federal, se passará a estar em sede de situação da chamada competência absoluta *ratione personae et ratione materiae*, que se tem como inderrogável nos termos do artigo 111 do Código de Processo Civil.

E isso ocasionará situações emergenciais, em que, se o Juiz tiver deferido medida liminar ou tutela antecipada ou de urgência, deverá, ao remeter os autos ao juízo federal, analisar se manterá

precariedade, ou não, os efeitos de tal medida (o que se dará de forma fundamentada), até que os autos venham a se tornar conclusos ao juízo competente.

Para a análise de tal manutenção provisória, inclusive, o Juiz deve se valer de um juízo de proporcionalidade ou razoabilidade (a chamada “lógica do razoável” mencionada por Celso Lafer, como aduzido na obra destacada no primeiro tópico deste artigo), aferindo a imprescindibilidade de manutenção provisória no caso concreto, ou seja, se o medicamento for negado e a vida do autor correr risco sério, o Magistrado deve manter a decisão até que o juiz federal analise o fato e, assim por diante, sob pena de total vulneração do sobre-princípio constitucional respeito à dignidade da pessoa humana (artigos 1º, inciso III e 5º, III da Constituição Federal), o que, inclusive, sob tal perspectiva, não geraria qualquer causa de nulidade absoluta, ao menos num juízo provisório e urgente, nos estritos termos da norma contida no artigo 244 do Código de Processo Civil.

Da mesma forma, como dito linhas atrás, e demonstram os acórdãos supra mencionados, não mais vigora entendimento judicial no sentido de que não seriam possíveis deferimentos de tutela de urgência em face da Fazenda Pública, o que já foi superado em sede de garantia do direito à vida ou garantia do direito à saúde face ao caráter privilegiado desses direitos que lhes foi conferido por normas de índole constitucional também já supra mencionadas.

É bem verdade que o direito pátrio ficou aquém do que fizeram outros ordenamentos jurídicos como se pode verificar, por exemplo, pelos artigos 21 e 45 da Constituição da República Popular da China de 04 de dezembro de 1982, pelos artigos 3º e 32, da Constituição a República Italiana, sendo certo que o Código de Processo Civil Italiano em seu artigo 700, expressamente ressalva a proteção com acesso à tutela de urgência nessas situações.

Do mesmo modo, como exemplo para o mundo todo, seria de destacar o teor das normas contidas nos artigos 24 e 64 da Constituição de Portugal e os artigos 23, 36 e 59 da República Nicaraguense, dentre inúmeros outros que poderiam ser destacados (o administrativista Agostin Gordillo já aponta no seu artigo

41 da Constituição da Argentina o germe numa proteção mais ampla do direito à saúde¹³ na própria proteção do meio ambiente, o que fez com que surgisse várias leis ordinárias naquele país defendendo expressamente o acesso a medicamentos e à tutela da saúde em Tratado de Derecho Administrativo, tomo II, La Defensa Del Usuário y Del Administrado. Belo Horizonte, Editora Del Rey, Brasil, 2003, pág. VII - 10).

Mas mesmo não tendo, a Carta Política pátria, sido tão explícita, como as Cartas Constitucionais retro descritas, a jurisprudência pátria tem estendido efeitos amplos para a garantia da efetividade da tutela do direito à saúde, em relação ao dever do Poder Público.

A questão da antecipação de tutela e concessão de tutelas de urgência em face da fazenda pública

Desde que foi introduzida formalmente, no ano de 1.994, a antecipação de tutela no direito processual pátrio, suscitou inúmeras e acaloradas discussões, a respeito da possibilidade, ou não, de seu deferimento em face do Poder Público (lato sensu).

E isso acaba por se tornar mais emblemático quando envolve a liberação de valores, tal como se dá no caso em exame, em que numerário deverá ser despendido pelo Estado, na sua acepção lata, posto que, como sabido, para que ocorra efetiva expropriação desses valores, em face de tais pessoas de direito público, deverá ocorrer, como regra, prévia expedição de precatórios judiciais, nos estritos termos da norma contida no artigo 100 e seus consectários da Constituição Federal.

Ou seja, num primeiro momento se tendeu a concluir que haveria inconstitucionalidade, se por acaso prevalecesse o entendimento de que o Estado lato sensu pudesse ser compelido a liberar valores,

previamente, sem a expedição de precatório judicial.

E, para que se garantisse tal entendimento, inclusive, se promulgou a Lei nº 9.494/97, invocando-se, ainda, a possibilidade de reexame necessário ou ainda o disposto nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil e artigo 100 e seus conseqüentários da Constituição Federal obstaríam a possibilidade antecipação de tutela, de se destacar a opinião do eminente JOÃO BATISTA LOPES, para quem, a respeito de tal tema, dizendo muito, em pouco:

“Pensamos aliás que a tão comentada MP 1570, de 26.03.1997 convertida na Lei nº 9494. 10.09.1997, ao querer dificultar, impor óbice, criar embaraço a concessão à antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, veio, na verdade reconhecer ser possível na antecipação de tutela contra a Fazenda, já que praticamente determinou em que condições deve ser concedida.”¹⁴.

Entendimento diverso implicaria em total violação aos princípios da tripartição de poderes (implicaria em odiosa limitação da atuação do Poder Judiciário), e da inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário, este último previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

E sobre tal aspecto peço humildemente vênua para transcrever trecho de minha dissertação de mestrado referente à efetividade do acesso individual à saúde pública e antecipação de tutela defendida em 25 de junho p.p., na Pontifícia Universidade Católica de Campinas, tendo por orientador o eminente Magistrado Professor JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA, na qual foi frisado o seguinte posicionamento¹⁵:

“Quanto a este aspecto, inicialmente ponderou-se a respeito da dificuldade de aferição diante da possibilidade de que pudesse ocorrer um risco de irreversibilidade dos efeitos do provimento, o que restou afastado pela aplicação de um princípio constitucional implícito, qual seja, o princípio da proporcionalidade. Ademais, quando a Fazenda Pública antecipa prestações de natureza patrimonial, a irreversibilidade, ao menos no plano jurídico não se caracteriza, posto que sempre será possível ao órgão

público peticionar no sentido de obter um reembolso (e se a execução será, ou não, efetiva, ao final, a questão, por si só, não torna a tutela antecipada juridicamente irreversível). Mas mesmo diante de outros argumentos, como o próprio caráter constitucional da execução em face da Fazenda Pública, o que a tornaria incompatível com o instituto da antecipação da tutela, bem como diante da própria necessidade do reexame necessário, conclui-se que, pela aplicação do já mencionado princípio da proporcionalidade, as questões devem ser aferidas caso a caso, de modo que caso haja discussão a ser direito absoluto e fundamental como ocorre no caso da garantia do direito à vida, a integridade física e à própria saúde, inúmeros são os julgados admitindo a concessão da tutela de urgência, inclusive sob a forma de antecipação de tutela. Perfeitamente possível, portanto, pelas razões analisadas nos capítulos anteriores a concessão de antecipação de tutela em ações individuais para a garantia ao direito à saúde, ainda que em face da Fazenda Pública, o que, ademais, repercutirá positivamente em relação ao aspecto efetividade do próprio direito, do ordenamento jurídico como um todo, do Poder Judiciário enquanto instituição e do processo enquanto instrumental do direito de ação e dos poderes jurisdicionais.” (in Efetividade do Acesso Individual à Saúde Pública e antecipação de tutela - 2003 - págs. 184/185).

E, ainda mais, seria de se ponderar, no caso em exame, que, ainda que exista norma de índole constitucional, asseverando uma execução diferenciada em relação aos débitos do Estado lato sensu, tal como preconizado pelo referido artigo 100 e conseqüente da Carta Política pátria, isso não implicaria em dizer que somente os interesses estatais seriam relevantes ou preponderantes sobre qualquer outro valor estabelecido pela ordem jurídica pátria.

Isso porque, como já ponderado no início do presente artigo, a sociedade atual se acha permeada em um estágio de complexidade que não mais permite soluções simplistas para os problemas concernentes à aplicação do direito.

Ou seja, existem situações de aparente antinomia de normas nas quais as regras usuais de hermenêuticas não podem ser aplicadas de forma eficaz, eis que se tem, por exemplo, e justamente com relação a tal aspecto do direito à saúde, situações em que duas normas de mesma hierarquia, ambas promulgadas na mesma data, sem que uma seja especial em relação à outra, acabam por trazer soluções antagônicas.

Ora, basta que se analise a situação de alguém que se encontre, com grave enfermidade, verbi gratia, câncer, e que, se não for submetida a tratamento de alta complexidade (por exemplo, radioterapia), e, infelizmente, alto custo, sob pena de, em curto lapso de tempo ver seu estado de saúde debilitado de modo a ter sua vida ceifada, e que tem o direito à vida e à saúde, ambos constitucionalmente ressaltados (artigos 5º, 6º e 196 da Constituição Federal) e que se depara com o direito do Estado de ser expropriado desses valores, não obstante obrigado à garantia do direito à saúde dos particulares, pela via do precatório judicial (artigo 100 e consectários do mesmo texto constitucional).

Em casos como tal, pelo óbvio, ambas as normas são de mesma magnitude (ambas se encontram inseridas no texto constitucional), tendo sido promulgadas, num juízo a priori, na mesma data (ainda que emendas possam ter alterado a redação do artigo 100 CF, a orientação de que se deva, como regra, expropriar o Estado por precatório se mantém desde outubro de 1.988), não se podendo, torne-se a insistir, alegar que uma seja especial em relação à outra.

E, partindo-se dos princípios da indelegabilidade e da indeclinabilidade da jurisdição, o magistrado brasileiro não pode se valer da máxima romana que permitia ao praetor declinar do *múnus publicum* que lhe foi outorgado pelo magistrado, de decidir uma lide (no período da *ordo judiciorum privatorum*, antes da fase da *cognitio extra ordinem*), assim, somente lhe restaria afastar uma garantia constitucional em detrimento de outra, já que, nessas condições, *tertius non datur*.

Ainda mais, na medida em que o magistrado tem por dever de ofício a imparcialidade de sua conduta, resta a árdua tarefa de justificar, nessas condições, como afastaria uma das garantias em detrimento de outra.

Assim, o modo de resolução de tal celeuma, como proposto, autorizando o deferimento de tutela de urgência, em condições como tais, vulnerando o direito do Estado *lato sensu* de somente ser expropriado por precatório, deve ser feito com base em princípios maiores, num juízo de razoabilidade e proporcionalidade, invocando-se a referida “lógica do razoável” preconizada por Celso Lafer na mesma obra mencionada no primeiro item deste artigo.

Para tanto, o que autorizaria o magistrado a afastar o direito à execução privilegiada do Estado lato sensu, favorecendo o direito à vida e à saúde do particular seria, justamente, o princípio da dignidade da pessoa humana, com a proibição de tratamento desumano ou cruel de pessoas residentes ou domiciliadas no Território Nacional (artigos 1º, inciso III e 5º, inciso III, ambos da Constituição Federal), eis pareceria repugnar, de um modo geral, o consenso geral das pessoas, a idéia de que alguém venha a morrer ou a sofrer graves seqüelas para a garantia de uma burocracia estatal, às mais das vezes sedutora para o administrador público, que deixaria de comprometer aquelas quantias para outros fins menos nobres, em atos discricionários..

Assim, num juízo a priori não haveria vedação absoluta de concessão de uma tutela emergencial em caso como esse, de vulneração da vida ou da saúde de um jurisdicionado.

No entanto, insista-se, o magistrado não pode perder a consciência de que, ainda em jogo, o erário público, portanto, direito a ser revertido em prol de uma coletividade, de modo que, para justificar o afastamento da execução por precatório, autorizando uma tutela emergencial, deve haver a demonstração de que se fazem presentes os requisitos autorizadores da concessão de tais tutelas emergenciais (dependendo do caso, *fumus boni jûris* e *periculum in mora*, ou, conforme o caso, prova inequívoca de verossimilhança do alegado, abuso do exercício do direito de defesa, etc...), restando excluídas, portanto, situações teratológicas de abuso de direito de jurisdicionado (como, por exemplo, o caso divulgado recentemente, pela internet de que um indivíduo, na Alemanha, buscou junto à Suprema Corte daquele país, o pagamento de prostitutas para saciar suas necessidades psicológicas, não sendo atendido em seu intento, não obstante suas compulsões sexuais - o mesmo podendo ser dito, por exemplo, em relação a ganhos exclusivamente estéticos, etc....).

Algumas ponderações a respeito das relações de direito privado, com o objeto saúde

Tal preâmbulo se faz necessário para que se perceba que o objeto saúde é indisponível, não obstante a natureza privada do contrato havido entre as partes, o que recomenda menor elastério de interpretação hermenêutica quando em jogo exclusão de cobertura (os contratos de prestação de serviços de saúde, inclusive, acabam por se traduzir, às mais das vezes, em relações de consumo, e, portanto, disciplinadas por normas cogentes, ou de ordem pública, contidas na Lei nº 8.078/90)¹⁶.

Acresça-se a tudo isso que, além de se cuidar de contratos com objeto indisponível, ante o destacado acima, não se pode deixar de atentar para o fato de que, às mais das vezes, contratos envolvendo o objeto saúde, são, cada vez, mais, contratações de massa, feitas por contrato de adesão, com oferta ao público em geral, de modo que tem-se como inequívoco o caráter consumerista da contratação que, além de ser regida pela Lei dos Planos de Saúde, deve ser, supletivamente, disciplinada pelos preceitos da Lei nº 8.078/90, eis que não se desconhece a existência de súmula do E. Superior Tribunal de Justiça, nesse sentido (ou seja, ao menos, pelos termos da referida súmula haveria uma abertura exegética para a aplicação dos termos do estatuto consumerista no que se refere a situações de limitação de dias de internação), até porque, como é cediço, o sistema privado é suplementar em relação ao público, não perdendo, ademais, o seu caráter de contrato aleatório ou de risco.

Tanto assim que a própria lei especial que disciplina o regime jurídico dos planos de saúde (a conhecida Lei nº 9.656/98), de forma expressa, nas alíneas de seu artigo 35, que os contratos previstos na referida lei (disciplinados em seu artigo 1º, não se podendo distinguir, portanto, entre os planos de saúde tradicionais e os conhecidos seguros-saúde) devem ser tidos como relações de consumo (seria bizantino, ademais, aduzir-se que a relação não seria consumerista, eis que, como será aduzido, mesmo que se aplicassem os preceitos exegéticos referentes aos contratos, previstos pelo Código Civil vigente, notadamente no que se refere à necessidade de preservação do equilíbrio e eticidade, através de um juízo de boa-fé objetiva, as conclusões seriam praticamente as mesmas, no que se refere ao fortalecimento da posição jurídica do consumidor hipossuficiente, mormente em relação a cláusulas dúbias).

Isso porque, em primeiro lugar, o que se observa é que, com a possibilidade de reconhecimento e integração de normas de índole consumerista em contratos que tenham por objeto a prestação de serviços

de saúde, em sentido amplo (não se tem apenas a situação do atendimento do médico ao seu paciente, em consultório, ou a situação dos hospitais e nosocômios congêneres, mas, igualmente, a situação das prestadoras de planos de saúde ou seguro-saúde), o regime jurídico a ser aplicado passa a envolver uma série de peculiaridades de relevância cada vez maior ante ao aumento do número de demandas que tenham por objeto tal prestação.

E se principia o exame do tema concernente às relações privadas, com algumas considerações (ainda que breves já que o objetivo desse artigo é uma análise concisa)¹⁷, por algumas referências ao regime jurídico referente às regras de interpretação dos contratos em geral, no que se refere ao tema da prestação dos serviços de saúde, em relação ao que já se assevera que, às mais das vezes, os profissionais e entidades prestadoras de tais tipos de serviços, como apontadas acima, se valem de expedientes que ferem a boa-fé objetiva que deve nortear a forma de tal interpretação contratual, estando, desde há muito superada, a vetusta teoria da força vinculante absoluta dos contratos (o vetusto brocardo latino que chegou ao nossos dias por obra de glosadores medievais, segundo o qual *pacta sunt servanta*, o qual atingiu seu apogeu no limite do liberalismo econômico dos séculos XVII e XVIII, quando imperava o regime do *laissez faire*, *laissez passet*, idéias superadas desde há muito, sobretudo, a partir do regime “entre guerras”, a partir de conceitos como o *new deal*).

E não se desconhece que o mundo esteja passando por uma nova onda de pensamento doutrinário, na qual imperam a complexidade e a interdisciplinarietà (como preconizadas por Edgar Morin citado acima), em nome de uma globalização econômica e de um neo-liberalismo, mas isso, ao contrário do que se possa supor não admite que certas matérias de ordem pública, no que tange à proteção de contratantes hipossuficientes, possam ser tidas como normas não escritas para facilitar a livre circulação de riquezas (a despeito do Documento Técnico nº 319 do Banco Mundial pregar o enfraquecimento das instituições judiciais como forma de propiciar a livre circulação de riquezas, como preconizado por Maria Dakolias, no seu relatório ao Banco Mundial, como igualmente aduzido no início do presente artigo).

Tem-se ainda, sob tal perspectiva, que não se pretende negar que os contratos foram tidos como meios consentâneos, no século XVIII, para o desenvolvimento do capitalismo, engendrando acordos em que as

classes economicamente mais ativas se privilegiavam mais e mais, mediante a exploração daqueles tidos como membros das chamadas classes trabalhadoras, sob a ótica das teorias econômicas, na visão apontada por Francesco Galgano, em sua célebre obra a respeito da História do Direito Mercantil.

Assim, o princípio da autonomia da vontade ainda hoje em vigor, possuía, naquela época (o já mencionado Liberalismo Econômico suplantando, aliás, há alguns séculos), uma aceção extensa, quase absoluta, o que gerava conseqüentemente, abusos dos mais fortes em relação os mais fracos (fenômenos já apontados por Rudolf Von Jhering em sua conhecida obra “A luta pelo Direito”).

Diante dessa liberdade na contratação, como assevera San Tiago Dantas, ocorreu o consórcio de empresas, cujo objetivo precípua era a eliminação da livre concorrência; com isso a doutrina liberal clássica, em fins do século XIX, foi perdendo expressão, em virtude do intervencionismo do Estado, através de conceitos limitadores de tal liberdade (função social, boa-fé, ordem pública etc.), mas que eram, no entanto, vagos e imprecisos, somente passando a ser estudados e definidos, com mais vagar, a partir da Segunda Guerra Mundial, como asseverado acima (por doutrinas como a do new deal e os estudos respectivos de Maynard Keynes).

E, no direito brasileiro, isso não foi uma exceção, ao contrário, passaram a surgir, legislativamente, uma série de restrições ao direito de contratar, deixando com o que o número de cláusulas dispositivas passasse a competir, em situação de igualdade, com o número de cláusulas inderrogáveis de ordem pública (limitações ao direito de contratar com o Estado, nas relações de trabalho, nas relações de consumo etc), em fenômeno igualmente apontado linhas atrás.

Assim, a partir da Lei nº 8.078/90 se experimentou a primeira manifestação legislativa, tendente a corporificar essas tendências de proteção sistematizada dos consumidores hipossuficientes, notadamente face a grandes conglomerados econômicos e seus contratos com estratagemas jurídicos devidamente estabelecidos para obscurecer direitos de contratantes de forma sub-reptícia e pouco ética, sob o prisma eudaimônico, não obstante utilitarista.

Em suma, um desses conceitos supra-aludidos, inicialmente previsto pelo Código do Consumidor e que acabou por ser estabelecido no Código Civil vigente (tornando inequívoco que tal orientação visa conferir eticidade também aos contratos que não seriam tipicamente consumeristas), de forma expressa, em sua norma contida no artigo 422, qual seja o princípio da boa-fé objetiva, afigurando-se como meio idôneo de mitigação a exploração dos hipossuficientes, ainda que não se cuide, propriamente, de uma relação de consumo, disciplinada pela Lei nº 8.078/90.

Do mesmo modo, a norma contida no artigo 421 do mesmo codex estabelece que a liberdade de contratar está sujeita e limitada à função social do contrato (o que reforça o caráter relativo do princípio do pacta sunt servanta como asseverado acima), bem como, neste sentido se orienta o sistema protetivo estabelecido pelo Código Civil vigente, não só nas relações de consumo, estabelecendo, por exemplo, o que é pertinente para o caso em estudo, de forma expressa, que, em havendo contratos de adesão, a interpretação de tópicos obscuros será sempre mais favorável ao aderente (artigo 423 do referido Código Civil), sendo certo, ainda, que serão nulas, em contrato de adesão, cláusulas que estipulem a renúncia antecipada de direitos resultantes da natureza do negócio (artigo 424 do mesmo codex).

A aplicabilidade do princípio da boa-fé objetiva, dar-se-á quando houver um desequilíbrio no auto-regramento das intenções das partes, na qual a autonomia da vontade será suprimida pelo princípio da boa-fé objetiva, de modo que a sua aplicação coadunará na finalidade deste que é o estabelecimento do equilíbrio e harmonização das pretensões das partes em conflito, com isso, expedientes pragmáticos que camuflam estratégias jurídicas de exclusões de cobertura, passam a ser tidos como contrários a tais orientações, facilitando a vida dos consumidores hipossuficientes em todos os tipos de contratação, inclusive, nas dos chamados contratos de planos de saúde (e nos congêneres contratos de seguro-saúde).

Assim, por exemplo, lançar-se termos médicos, sem a devida explicação, de modo claro, para um leigo, para justificar exclusões de coberturas (verbi gratia, proibir-se próteses de um modo genérico, e utilizar isso para negar cobertura de um tratamento cardíaco de stent), será tido, sob a ótica do homem médio (a conhecida figura do *bônus pater familias* do direito quirítario romano - *jus quiritum* ou o congêneres *reasonable man* do direito anglo-saxão no sistema jurídico da *Common Law*), paradigma da prudência e do bom senso, como expediente vulnerador da boa-fé objetiva, justificando a sua não prevalência como causa

jurídica válida para a exclusão da cobertura genérica, ante tudo quanto ponderado (o que ainda encontraria eco na norma contida no artigo 54 e seus conseqüentários da Lei nº 8.078/90).

Destarte, a incidência da autonomia da vontade no contrato, perderá a sua veemência em face da aplicação do princípio da boa-fé objetiva, quando por exemplo, houver cláusulas abusivas, ou por ocasião da inaplicabilidade dos efeitos do negócio jurídico, ou se houver a necessidade de interpretar de forma integrativa uma cláusula contratual lacunosa etc., necessitando-se, assim restabelecer a harmonia nos interesses das partes, para a consecução do fim comum do contrato, que é a satisfação dos interesses contrapostos das partes.

Ante o exposto no parágrafo anterior pode-se definir o princípio da boa-fé objetiva¹ como: um parâmetro de observância geral, na qual o contrato deverá se enquadrar na consonância dos ditames da lealdade e no paradigma de condutas ordinárias que os contratantes devem ter, para a consecução do fim comum dos contratos.²

Com a devida vênia, de se transcrever, ainda, sobre o tema, alguns enunciados da Jornada de Direito Civil, realizada em setembro de 2.002, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, que ajudam a elucidação do princípio em tela:

“Enunciado nº 24: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa; enunciado n. 25: “o artigo 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”; enunciado 26: “o art. 422 impõe ao juiz interpretar, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como exigência de comportamento leal dos contratantes; enunciado 27: “na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos.”

Por derradeiro, cumpre frisar que se fossemos realizar uma exegese literal, no art. 422 do Código Civil,³ o referido princípio só se aplicaria quando da conclusão e no decorrer da execução do contrato.

Tal assertiva hermenêutica não parece ser a mais apropriada, em virtude de desprezar a fase pré e a pós-contratual gerando eventuais detrimientos a uma das partes, como por ex., a expectativas erigidas por uma proposta atraente ao oblato, e que por infundada razão venha a ser desfeita ocasionando gastos ao aceitante.

Sendo assim o princípio da boa-fé objetiva se aplica nas tratativas, bem como no *post pactum finitum*.⁴ Haja vista que vários códigos alienígenas (anteriores ao Código Civil pátrio), como é o caso do código italiano que estabeleceu que, no desenvolvimento das tratativas e na formação do contrato, as partes devem portar-se com boa-fé (artigo 1.337), devendo, outrossim, fazer uma interpretação sistemática nos artigos da própria legislação pátria civil, quais sejam arts. 112 e 186⁵, que reafirmam a finalidade do aludido princípio.

No que concerne a alegações sobre a obrigatoriedade dos contratos, a qual, se expressa por bizantino brocardo latino, qual seja, *pacta sunt servanda*, o qual, numa tradução livre e literal implica a idéia de que o contrato nos faz servos (é conhecida a alusão ao princípio de que “o contrato faz lei entre as partes”), insta destacar que se cuida de argumento bizantino em tempos de globalização, devendo ser visto, nesses tipos de contratação de massa, com grandes cautelas e reservas (mormente diante do indisponível direito à saúde, ante tudo quanto já ponderado linhas atrás).

E a própria idéia de servidão contida no referido brocardo latino (na verdade o que se observa é uma glosa latina formulada na Idade Média pelos glosadores das Institutas de Justiniano e do *Corpus Jures Civilis*) já demonstra que o mesmo tem um caráter medieval, que muito interessava no Iluminismo com seus ideais de absoluta liberdade de contratação (era conhecida a máxima pela qual *laissez faire, laissez passet*), o que, no entanto, sobretudo a partir do advento da Primeira Guerra Mundial restou plenamente

superado, eis que imperativos de ordem pública demonstraram a necessidade de se restringir a ampla liberdade de contratação, o que, no Brasil, inicialmente com idéias tímidas, acabou por se cristalizar no estatuto consumerista, a conhecida Lei nº 8.078/90, o chamado Código de Proteção e Defesa do Consumidor, sendo certo que, como já fartamente destacado acima, isso acabou por se espraiar para a legislação civil, com o advento do novo Código Civil (Lei nº 10.406/02), estabelecendo-se um grande número de normas contratuais de ordem pública que deixaram um espaço, ainda menor, para a aplicação da vetusta teoria do pacta sunt servanta.

Assim, a liberdade de contratação e a autonomia das vontades no objeto de prestação de serviço de saúde, devem ser sopesadas de forma diferenciada, eis que patentes as limitações a serem entendidas em favor dos usuários, não se prestando, nem mesmo, a equação financeira do contrato, a justificar abusos por parte das prestadoras de serviços, eis que, como sabido, se tais serviços são prestados em forma empresarial, é risco do capitalista empreendedor (empresário) avaliar os custos e riscos, devendo socializar as perdas, ou seja, contar com todos os riscos que poderá vir a correr no curso do investimento, ao calcular o preço de seus serviços, de modo que, se calculou mal os custos, isso não pode ser imputado a consumidores que não deram causa a tais dificuldades de gestão, eis que os mesmos tem seus interesses protegidos nos termos da legislação vigente, como ponderado acima.

1 **LAFER**, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. São Paulo: Companhia das Letras, 1.991.

2**FERRAZ JR.**, Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 1.988.

3 **ROBERTS**, J. M. O livro de Ouro da História do Mundo. Rio de Janeiro: Ediouro, 2.001, p. 100.

4 Ferraz Jr. Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do Direito. São Paulo: Atlas, 1.988.

5 E, como se exporá linhas adiante, tal diferenciação acaba por perder sentido, num mundo globalizado, em que normas de direito público acabam por permear, de um modo cada vez mais freqüente, as relações típicas de direito privado (por exemplo, em contratos de consumo), e, em outra mão da mesma via, tem-se observado que relações típicas de direito público, acabam por ser flexibilizadas como se fossem de direito privado (e aí estão as parcerias público-privadas e outros institutos congêneres).

6 Tucci, José Rogério Cruz e. Tempo e Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.998.

7 Morin, Edgar. Ciência com Consciência, Rio de Janeiro: Bertrand, Brasil, 2.000.

8 Em casos como esses, não obstante a solução jurídica pareça ser de cristalina obviedade, ainda assim restam suscitadas teses apontando fatores meta-jurídicos, com argumentos de natureza econômica para justificar sua conduta.

9 Com isso, passa-se a exigir de Magistrados, de um modo geral, conhecimentos variados em outros campos do conhecimento científico, com questionamentos que fazem aflorar aspectos ideológicos, de

forma candente, devendo o Juiz em condições como tal, passar a analisar, por exemplo, se sua decisão irá criar precedentes que influenciarão na formação de um grande número de demandas, em escala macrofatorial, com influências em contas públicas, aumento do chamado “risco-país”, redução da segurança jurídica etc... E não se desconhece, não obstante isso seja pouco propalado, a ratificação do Brasil, junto com outros países da América Latina e do Caribe, o conhecido Documento Técnico nº 319 do BIRD, encampando o estudo realizado por Maria Dakolias, a respeito das mazelas da morosidade do Poder Judiciário, na livre circulação de riquezas na América Latina, diploma, inclusive, que acabou por levar à criação de leis internas, como se dá, por exemplo, com a Lei nº 9.307/96, a chamada Lei de Arbitragem..

10 Daí a necessidade de se fomentar, até mesmo para facilitar a livre circulação de riquezas, reduzindo-se o risco país, mencionado na nota anterior, que os entes legitimados para tanto, como, por exemplo ocorre nas situações do artigo 81 e seus consectários da Lei nº 8.078/90, passem a intentar ações coletivas, com o que se diminuía o número de demandas individuais, racionalizando-se e facilitando o trabalho de distribuição de justiça.

11 Qualquer dicionário de língua portuguesa apontará várias acepções para o termo saúde, que vai de um simples brinde até a sua acepção que se pretende empregar no presente artigo, que se refere a um estado de higidez física e psíquica das pessoas físicas.

12 **SILVA**, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo: 17ª edição, Malheiros, Brasil, 2000, pág. 804.

13 Em nora anterior se fez referênciã ao fato de que a expressã saúde é plurívoca, ou seja, não inequívoca, contendo várias acepções, e, mesmo diante da acepção com relação a higidez física e psíquica, muitas seriam as conseqüências, até mesmo no âmbito coletivo, com possibilidade de tutelas amplas e coletivas, envolvendo, até mesmo aspectos proteção ambiental (não se desconhece que certas anomalias ambientais são aptas a gerar sérios danos à saúde de pessoas físicas expostas a tais adversidades, sendo um exemplo disso, a conhecida tragédia da usina de Chernobill, na extinta União Soviética ou o vazamento de céσιο 137, na cidade de Goiânia, em meados da década de 1.980) .

14 **LOPES**, João Batista. Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 108/109.

15 Tal trecho, inclusive, se encontra inserido na obra, de minha autoria “Direito à saúde, aspectos práticos e doutrinários”, atualmente no prelo da Ed. Imperium, Leme, 2.007.

16 E, quanto a isso, de se reiterar tudo quanto lançado acima, no que se refere aos desafios da complexidade, num era globalizada, em que, cada vez mais, os contornos se tornam menos nítidos, ou seja, surgem situações de interpenetração cada vez maior de normas de direito privado nas relações de direito público, com o propósito de tornar-se o Estado cada vez mais eficiente (não obstante, por vezes, isso acabe fomentando a corrupção, como um efeito colateral dessa flexibilização), mas a recíproca acaba por se tornar verdadeira, eis que igualmente, tanto por tanto, normas de caráter cogente acabam por se mesclar de modo indelével em espaços antes dominados pela autonomia da vontade e a liberdade para contratar.

17 Para reflexões mais concretas a respeito dos temas suscitados, me permitam referência ao meu livro pertinente ao estudo do acesso ao direito à saúde, editado pela editora Imperium, Leme, 2.007.

1 Segundo Cibele Pinheiro Maçal Cruz e Tucci, “a boa-fé objetiva constitui um princípio geral, aplicável ao direito das obrigações, através do qual se produz nova delimitação do conteúdo objetivo do negócio jurídico, especialmente o contrato, mediante inserção de deveres e obrigações acessórias, ou produzindo a restrição de direitos subjetivos, ou ainda através da aplicação de método hermenêutico integrativo, para interpretação da declaração de vontade, sempre com vistas a ajustar a relação jurídica à função econômico-social determinável no caso concreto.”

2 Maria Helena Diniz, discorre no sentido de que segundo o princípio da boa-fé, “na interpretação do contrato, é preciso ater-se mais à intenção do que ao sentido literal da linguagem, e, em prol do interesse social de segurança das relações jurídicas, as partes deverão agir com lealdade e confiança recíprocas, auxiliando-se mutuamente na formação e na execução do contato.”

3 O artigo 422 do CC, estabelece, como já destacado, que: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

4 Silvio de Salvo Venosa explana que: “tanto nas tratativas como na execução, bem como na fase posterior de rescaldo do contrato já cumprido (responsabilidade pós-obrigacional), a boa-fé objetiva é fator basilar de interpretação. Dessa forma, avalia-se sob a boa-fé objetiva tanto a responsabilidade pré-contratual, como a responsabilidade contratual e a pós-contratual. Em todas essas situações sobleva-se a atividade

do juiz na aplicação do direito ao caso concreto. Caberá à jurisprudência definir o alcance da norma dita aberta do novo diploma civil, como aliás, já vinha fazendo como regra, ainda que não seja mencionado expressamente o princípio da boa-fé nos julgados. É no campo da responsabilidade pré-contratual que avulta a importância do princípio da boa-fé objetiva, especialmente na hipótese de não justificada conclusão dos contratos.”

5 Silvio de Salvo Venosa expõe que “desse modo, sob o prisma do novo código, há três funções nítidas no conceito de boa-fé objetiva: função interpretativa (artigo 112); função de controle dos limites do exercício de um direito (artigo 186) e função de integração do negócio jurídico (artigo 421).”

<https://www.diritto.it/aspectos-da-tutela-do-direito-a-saude-no-ordenamento-juridico-patrio-ponderacoes-so-bre-relacoes-de-direito-publico-e-de-direito-privado/>