

***AS DECISÕES JUDICIAIS QUANDO DO USO DE
MATERIAIS ESPECIAIS EM PROCEDIMENTOS
CIRÚRGICOS – RISCOS, NEGOCIAÇÕES
ENVOLVIDAS, PREOCUPAÇÃO COM A QUALIDADE
DO ATENDIMENTO***

**ANGÉLICA CARLINI e equipe de
CARLINI ADVOGADOS
ASSOCIADOS – abril/2009**

SAÚDE E NOVAS TECNOLOGIAS

- Desenvolvimento tecnológico e aumento da expectativa de vida da população nos últimos 50 anos;
- Elevação dos custos dos sistemas de saúde público e privado;
- Viabilidade dos sistemas público e privado é interesse de todos!

LEGISLAÇÃO BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

- Direitos Humanos de Terceira Geração - titularidade coletiva. Consagram o princípio da **FRATERNIDADE**. Englobam o direito ao meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, progresso, paz, autodeterminação dos povos e outros direitos difusos.
- Constituição Federal – 1988 – construção histórica e política;
- Código de Defesa do Consumidor – 1990.

Algumas considerações sobre dignidade da pessoa humana:

- Para Ingo W. Sarlet: “(...) o constituinte de 88, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é **o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário**, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”

Célia Rosenthal Zisman

- “A pessoa tem dignidade por ser pessoa, de modo que o princípio da dignidade é o primeiro de todos na escala axiológica – vale mais que qualquer outro direito. (...) Por isso, o ordenamento jurídico interno de cada Estado soberano não cria ou outorga os direitos de liberdades da pessoa, e sim os declara, facilitando a sua proteção.”

COMO CONCILIAR?

- Dignidade da pessoa humana
X alto custo das novas
tecnologias X recursos
finitos (tanto da área pública
como da área privada)?

EFETIVIDADE NA SAÚDE

- **Prevenção e Tratamento;**
- **Direito à saúde significa, acesso para todos e de forma equânime a serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde – art. 196 da C. Federal;**
- **Acesso tem custo para o setor público e para o setor privado. Em ambos os casos, o serviço poderá ficar inviabilizado se não forem encontrados e respeitados os limites.**

NA SAÚDE PÚBLICA

- O administrador deve ser prudente e levar em conta o planejamento orçamentário;
- Um direito efetivado não pode comprometer, ou **não deveria comprometer** o atendimento das políticas públicas destinadas a toda a população.

NA SAÚDE PRIVADA

- Como afirmam Aaron e Schwartz: “(...) o segurador, que é quem efetivamente paga pelo tratamento médico, **tem que organizar seus recursos cuidadosamente para assegurar que todos os segurados possam ser atendidos (...)**”;
- Função social do contrato não exige a necessidade de cumprir o contrato.

RECURSOS FINITOS PARA A SAÚDE:

- É característica dos sistemas público e privado mesmo em países desenvolvidos;
- Em todos os países do mundo existem dificuldades para equilibrar as múltiplas necessidades da população e a escassez de recursos;
- A falência dos sistemas público e privado não interessa a ninguém.

NOVAS TECNOLOGIAS NA ÁREA DA SAÚDE – Materiais Especiais

- Crescem em um ritmo infinitamente superior à capacidade de custeio público e privado, em todas as partes do mundo;
- É uma **indústria** cuja produção aumenta e o custo não diminui;
- Envolve uma complexidade de informações técnicas que nem sempre são compreendidas adequadamente por pacientes, familiares e pelos membros do judiciário.

RECURSOS FINITOS PARA A SAÚDE

- Holmes e Sustain entendem “*que as finanças públicas são uma ciência ética, porque nos forçam a levar em conta, de modo público, os sacrifícios que nós, como comunidade, decidimos fazer, a explicar o que pretendemos abrir mão em favor de objetivos mais importantes.*”
- É preciso enfrentar a questão de que **todo direito tem custo** e que perante o Judiciário ocorre uma competição por recursos escassos.

Aaron e Schwartz sustentam:

- *“A questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável.”*

O PODER JUDICIÁRIO:

- É visto pela população como o poder mais confiável;
- Encarna a idéia de cidadania;
- Enfrenta o dilema de superar a enorme distância existente entre o sistema jurídico-positivo e as condições de vida precárias de expressiva parte da população brasileira.

O PODER JUDICIÁRIO COMO LOCAL DE DEFINIÇÃO DE ESCOLHAS

- Quando decide a interpretação de uma cláusula leva em conta a vida do indivíduo e não o equilíbrio da mutualidade;
- É uma regulação anômala, que nem sempre beneficia o coletivo, mas que acaba sendo uma forma vital de regulação de mercado.

FUNÇÃO JURISDICIONAL

- Aplicação da Constituição Federal: termos polissêmicos e profusão de princípios (Teresa Negreiros);
- Ampliação da margem decisória do juiz: aspectos positivos e negativos;
- Mudança ou manutenção? Para Bobbio formalismo é fonte de segurança para os que se beneficiam dele e de insegurança para os que aspiram por mudanças.

SOLUÇÕES POSSÍVEIS

- A sociedade precisa entender que os direitos fundamentais não são declarados para que o cidadão disponha deles livremente. Ele pode e deve dispor de direitos fundamentais, **mas como membro de uma comunidade**, o que implica agir em conformidade com o interesse público.
- Não existem direitos absolutos;
- Quando alguns direitos são tornados efetivos outros são postos à margem!

SOLUÇÕES POSSÍVEIS

- Para José Reinaldo de Lima Lopes, “ (...) ***o Judiciário, provocado adequadamente, pode ser um poderoso instrumento de formação de políticas públicas.***”
- Para isso, precisa contar com a sociedade civil organizada e com membros da advocacia e do ministério público efetivamente engajados.

SOLIDARIEDADE CONTRATUAL

- Revolução Francesa e autonomia da vontade;
- Liberalismo e individualismo;
- Código Civil de 1916 e caráter individualista como fator preponderante;
- Industrialização, Estado do Bem-Estar Social, II Guerra Mundial, adensamento populacional e outros fatores determinantes para a mudança social;

SOLIDARIEDADE CONTRATUAL

- Constituição Federal de 1988 – proteção a direitos individuais e sociais;
- Código Civil de 2002/2003 – visão socializante, centrada na pessoa e na proteção à sua dignidade;
- Mudança do Estado Liberal para o Estado no qual a **solidariedade** é o elemento a ser alcançado.

EM QUE CONSISTE ESSA SOLIDARIEDADE CONTRATUAL?

- Para Luciana Antonini Ribeiro: *“O antagonismo antes visualizado como elemento central no direito dos contratos é revisto e substituído pela cooperação entre os contratantes. (...) os contratantes caracterizados como parceiros, atuando de forma coordenada para que os melhores resultados possam ser obtidos.”*

EM QUE CONSISTE ESSA SOLIDARIEDADE CONTRATUAL?

- Para Arnaldo Wald: “ *Esses parceiros pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e igualitária, tendo em vista uma maior fraternidade e justiça.* ”
- Para Maria Celina Bodin de Moraes “ (...) *em lugar da liberdade contratual, a solidariedade social.* ”

EM QUE CONSISTE ESSA SOLIDARIEDADE CONTRATUAL?

- Para Antonio Junqueira de Azevedo três novos princípios devem ser aplicados aos contratos nesta época de hipercomplexidade do direito civil: “ ***boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico do contrato e a função social do contrato.***”
- Como conseguir isso?

COMO CONSEGUIR RELAÇÕES CONTRATUAIS MAIS EQUILIBRADAS?

- Garantindo a todos que tenham informações amplas sobre os contratos que pactuam, em especial aqueles que são classificados como “**contratos cativos de longa duração**”, como define Cláudia Lima Marques;
- **Informação é o maior bem que um ser humano pode possuir na atualidade!**

COMO CONSEGUIR RELAÇÕES CONTRATUAIS MAIS EQUILIBRADAS?

- Para Karl Larenz: ***“ A confiança é um princípio diretriz das relações contratuais. A confiança merece proteção e é fonte autônoma de responsabilidade.”***
- E continua: ***“O princípio da confiança tem suas raízes no personalismo ético: a pessoa livre, social e racional determinará a si mesmo, responderá por seus atos e respeitará a dignidade de outras pessoas, criando maior harmonia nas relações jurídicas.”***

COMO CONSEGUIR RELAÇÕES CONTRATUAIS MAIS EQUILIBRADAS?

- Luhmann, a confiança no sentido mais amplo, de confiar na própria expectativa, nos elementos e na normalidade dos fatos sociais é, em verdade, **um fator redutor da complexidade;**
- Na atualidade, os contratos são longos e formais, informativos e complexos porque **traduzem a falta de confiança recíproca** das partes contratantes.

COMO CONSEGUIR RELAÇÕES SOCIAIS MAIS EQUILIBRADAS?

- Eliminar o déficit informacional entre as partes contratantes;
- Criar uma equidade informacional;
- Informação é poder para quem a possui, mas também é responsabilidade;
- Quanto mais informado o sujeito, maior sua compreensão e responsabilidade pelo cumprimento de seus deveres;
- A Política Nacional de Relações de Consumo do Código de Defesa do Consumidor – art. 4º - aponta para essa necessidade: informar quanto a direitos e deveres!

QUAIS OS MEIOS DE INFORMAÇÃO?

- Uso intensivo da rede mundial de computadores para informar os consumidores – sites interativos, mensagens, programas de debate, etc;
- Preparo da mídia para entender melhor os contratos de saúde suplementar e divulgar com maior clareza as informações e notícias;

QUAIS OS MEIOS DE INFORMAÇÃO?

- Eventos com consumidores!
- Programas de rádio e televisão que tratem do tema saúde suplementar: direitos e deveres dos contratantes;
- Envolvimento da classe médica com a necessidade de esclarecimento dos consumidores;
- Fortalecimento das relações com os intermediários, fornecedores, e todos aqueles que gravitam em torno da saúde suplementar.

QUAL O OBJETIVO A SER ALCANÇADO?

- Criar um consumidor ético, que se perceba como parte de uma mutualidade e entenda que ela é fundamental para a manutenção dos contratos de seguro;
- Criar um consumidor solidário;
- Envolver os participantes diretos e indiretos em uma **rede de defesa** da atividade de saúde suplementar.

É UTOPIA?

UTOPIA

**“Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas!”**

Mário Quintana

Muito obrigada!

- **www.carliniadvogados.com.br
(artigos)**
- **angelicacarlini@carliniadvogados.com.br**
- **19 3255-1878**