

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 432

(ano VII)

(02/09/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

**COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:**
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

*Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF):* **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - *Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário*

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO (MT):** *Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.*

*Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro -* **KIYOSHI HARADA (SP):**
*Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.*

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI (DF):** *Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.*

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DO DIA



02/09/2015 Kiyoshi Harada
» [Tributação dos juros de mora](#)

ARTIGOS

- 02/09/2015 Ivanilson Alexandre Guedes da Silva
» [Necessidade da Antecipação da Tutela e da Indenização por Danos Morais, diante da Negativa do Plano de Saúde ao Fornecimento de Medicamento](#)
- 02/09/2015 Steel Rodrigues Vasconcellos
» [A dicotomia do Direito Pública e Direito Privado sob a perspectiva contratual](#)
- 02/09/2015 Luis Felipe Hatje
» [Os princípios da boa-fé e da função social dos contratos no Direito Obrigacional analisados sob uma perspectiva constitucionalizada](#)
- 02/09/2015 Laura Maria Machado Costa
» [Termo de Ajustamento de Conduta em matéria ambiental e os reflexos penais](#)
- 02/09/2015 Tauã Lima Verdán Rangel
» [Da Edificação do Conceito de Paisagem Cultural: Apontamentos à Portaria nº 127/2009 do IPHAN](#)
- 02/09/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque
» [A aposentadoria por idade rural para mulheres e do regime de economia familiar e seus requisitos](#)

TRIBUTAÇÃO DOS JUROS DE MORA

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Os juros moratórios são considerados como indenização pelo atraso na entrega do que se devia prestar, ao passe que juros compensatórios representam uma compensação pela aplicação de um capital[1].

De há muito a jurisprudência do STF já havia proclamado a natureza indenizatória dos juros moratórios, afastando a ideia de acréscimo patrimonial, objeto de tributação pelo imposto de renda (RREE ns. 548.828, 487.121, 559.964 e 591.140)

Em todos esses julgados foram reconhecidos que não incide o imposto de renda sobre os juros moratórios.

O STJ, por sua vez, editou as súmulas 125 e 136 isentando do IR as férias e licenças prêmios pagas em dinheiro exatamente por enxergar nelas cunho indenizatório.

Mas, para abalar a convicção dos tribunais veio à luz a Lei complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001 acrescentando o § 1º ao art. 43 do CTN nos seguintes termos:

“§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção”.

A reação legislativa à jurisprudência que favorece os contribuintes já se incorporou na rotina do Poder Legislativo que tem acolhido todos os projetos legislativos de iniciativa do Executivo nesse sentido.

Não tardou muito para a semente da confusão florescer no seio dos tribunais.

O E. TRF4, por meio da sua Corte Especial (Plenário) reconheceu “a não recepção do parágrafo único do art. 16 de Lei nº 4.506/64 pela Constituição de 1988 e declarou a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do § 1º do art. 3º da Lei nº 7.713/1988 e do art. 43, inciso II, § 1º do Código Tributário Nacional, de forma a afastar a incidência do imposto de renda (IRPF) sobre os juros de mora legais recebidos, dada a natureza indenizatória da verba” (Arguição de Inconstitucionalidade nº 5020732-11.2013.404.0000).

Não houve interposição de Embargos Declaratórios por qualquer das partes apesar da visível contradição.

Contra essa decisão do TRF4 foi interposto pela União o competente Recurso Extraordinário.

O STF em recente decisão reconheceu a existência de Repercussão Geral sobre o tema constitucional versado, conforme ementa abaixo:

“TRIBUTÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO, INCIDÊNCIA DO IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA. JUROS DE MORA. ART. 3º, § 1º, DA LEI Nº 7.713/1988 E ART. 43, INCISO II, § 1º, DO CTN. ANTERIOR NEGATIVA DE REPERCUSSÃO. MODIFICAÇÃO DA POSIÇÃO EM FACE DA SUPERVENIENTE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI FEDERAL POR TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL.” (RE Nº 855.091-RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, *DJe* 30-6-2015, PUBL. 01-7-2015).

É de se esperar que a Corte Suprema, coerente com a sua jurisprudência mansa e pacífica, promova a interpretação conforme com a

Constituição retirando a eiva de inconstitucionalidade do inciso II, do art. 43 do CTN imputada pelo V. Acórdão recorrido, pois, aquele inciso legal é exatamente o dispositivo que não permite a incidência do IR sobre renda ou proventos que NÃO se traduzam em ACRÉSCIMOS PATRIMONIAIS.

Diga-se de passagem, que a Lei nº 5.172/65, atual Código Tributário Nacional é uma das raras leis que não contém qualquer dispositivo inconstitucional com tem revelado a jurisprudência do STF ao longo de quase meio século de aplicação.

Nota:

[1] Cf. nosso *Desapropriação doutrina e prática*, 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.162.

Necessidade da Antecipação da Tutela e da Indenização por Danos Morais, diante da Negativa do Plano de Saúde ao Fornecimento de Medicamento

IVANILSON ALEXANDRE GUEDES DA SILVA: Advogado - Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio do Recife (Estácio/FIR), Pós-Graduando em Direito Civil e Processo Civil com extensão na Docência do Ensino Superior (ESA-OAB/PE - Escola Superior de Advocacia do Estado de Pernambuco em parceria com a Faculdade Joaquim Nabuco - Recife/PE). Atualmente atuando na qualidade de Servidor Público (concursado) do TJPE - Tribunal de Justiça de Pernambuco, onde exerce a Função de Chefe de Secretaria.

Resumo: Desde os primórdios que o ser humano luta em busca da cura para as mais diversas patologias que surgem com a evolução da humanidade, doenças a bem pouco tempo atrás tidas como “doenças raras, incuráveis e sem controle” acometem uma significativa parcela da população global. As pesquisas científicas avançam a passos largos em busca da tão sonhada cura para tais enfermidades, porém, o êxito nem sempre é possível. Muito embora o êxito da cura nem sempre seja possível, no curso do árduo caminho trilhado pelos cientistas, por vezes, é possível no trilhar dessa caminhada, conseguir descobrir medicamentos que apesar de ainda não ser a cura definitiva, possibilitam dar aos pacientes uma qualidade de vida que jamais teriam sem o uso destes. Por vezes, tais medicamentos devolvem ao portador da patologia a alegria de viver com a redução ou sem os sintomas da doença, podendo levar uma vida praticamente normal. Mas, nem tudo é alegria, nos últimos anos, uma grande parcela da população brasileira, buscou socorrer-se dos Planos de Saúde, sendo esta opção, uma espécie de fuga do já tão assoberbado SUS – Sistema Único de Saúde, a contrassenso, quando os usuários dos planos necessitam deste para um evento mais gravoso, encontram um NÃO como resposta. É nesse contexto que aporta impreterivelmente a Ciência Jurídica, com o fim de preservar o bem maior que é a vida, bem como, o direito à dignidade humana. Insurge-se neste

instante, a premente necessidade, através de um estudo mais aprimorado da melhor doutrina e jurisprudência pátria, demonstrar de forma cristalina, que não assiste razão àqueles que banalizam a vida em detrimento de interesses próprios. Somente através de uma posição crítica e inovadora, poder-se-á demonstrar que nestes casos a vida do ser humano jamais poderá ser relativizada.

Palavra – chave: Medicamento. Vida. Dignidade humana.

Abstract: Since the earliest days that human beings struggle to find a cure for various diseases that arise with the evolution of humanity, the disease very recently seen as "rare diseases, incurable and without control" affect a significant portion of the global population. Scientific research is gaining by leaps and bounds in search of the long awaited cure for these diseases, however, success is not always possible. Although the success of the cure is not always possible in the course of the arduous path trodden by scientists, it is sometimes possible to walk this walk, can discover medicines that despite not being the ultimate cure, provide give patients a quality of life they would not have without the use of these. Sometimes medications such return bearer of pathology the joy of living with reduced or no symptoms of the disease, which can lead an almost normal life. But, not everything is joy in recent years, a large portion of the population, sought to succor Health Plans, with this option, a sort of trail already so overwhelmed SUS - National Health System, the nonsense, when users require such plans to a more onerous event, find a NO for an answer. It is in this context that contributes to Legal Science without fail, in order to preserve the greater good that is life, as well as the right to human dignity. Rebels-at this moment, the pressing need through a much closer study of the best doctrine and jurisprudence motherland, crystalline form of demonstrating that no grounds to those who trivialize life at the expense of their own interests. Only through a critical position and innovative power-will prove that in these cases the life of the human being can never be relativized.

Key-words: Medication. Life. Human dignity.

Sumário: 1. Introdução. 2. Plano de Saúde, direito a vida e a dignidade da pessoa humana. 2.1 A Saúde vista sob a ótica de um direito fundamental. 2.2 Contrato com características de relação de consumo. 2.3 Negativa do Plano de Saúde ao fornecimento de Medicamento. 2.3.1 Rol de Procedimentos da ANS. 2.3.2 Limitação Contratual (nulidade das cláusulas abusivas). 3. Da Tutela de Urgência diante da presença dos pressupostos. 3.1 Prova Inequívoca. 3.2 Verossimilhança das Alegações. 3.3 A presença do dano. 3.4 Coercibilidade através da estipulação de Multa. 4. Necessidade de Indenização pelos Danos Morais. 4.1 Da ilicitude do ato abusivo. 4.2 O nexo causal e a culpa. 4.3 Responsabilidade Objetiva. 4.4 A quantificação do dano e o caráter educativo da indenização. 5. Conclusão.

1 Introdução

O tema escolhido para a abordagem nesta monografia é de suma relevância para estudantes e operadores do direito, levando-se em conta o considerável número de ações que são intentadas em face das Operadoras de Planos de Saúde, que na grande maioria das vezes, insistem em negar ao usuário o medicamento do qual necessita.

Inicialmente, surge à necessidade de esclarecer para o leitor, já se adentrando na problematização do tema, quais os argumentos são levantados por parte das operadoras de planos de saúde para tentar justificar o injustificável.

É imperativo dizer-se que apesar dos esforços mantidos pela ANS – Agência Nacional de Saúde, no sentido de regulamentar a maioria dos procedimentos das operadoras de planos de saúde, estas por sua vez continuam a desrespeitar as resoluções da referida agência.

Portanto desnecessário se faz, contextualizar e demonstrar toda a evolução histórica das operadoras de planos de saúde e de seus

desmandos, sendo de muito mais proveito, abordar logo de início no primeiro capítulo, os argumentos trazidos pelas operadoras que buscam justificar a NEGATIVA do medicamento.

Já no segundo capítulo, será analisada a presença dos pressupostos que viabilizam a concessão da tutela de urgência, muitas vezes diante do risco de morte do paciente, resta comprovado o flagrante desrespeito à vida e a dignidade humana.

Diane dessa conjuntura se busca de forma efetiva, antes de qualquer outra coisa, garantir o direito a vida e a dignidade humana, devendo o direito à vida prevalecer sobre qualquer outro valor.

O terceiro e último capítulo, irá se ocupar do debate existente acerca da possibilidade de indenização por danos morais em favor do usuário do plano de saúde que tem o seu direito ceifado de forma arbitrária.

Em que pese à autoridade intelectual dos operadores do direito, que defendem as operadoras dos planos de saúde, é possível detectar a total fragilidade desses argumentos tendo em vista basear-se em método histórico de interpretação, onde se verifica um engessamento arcaico de interpretação, tais argumentos se apegam apenas a literalidade do texto de lei, de uma análise mais detalhada verificar-se-á ao longo deste trabalho que tais argumentos não encontram sustentabilidade.

O cerne da questão debruça-se diante da possibilidade legítima, de que os usuários de planos de saúde, possam ter legitimamente respeitado o seu direito a vida, a saúde e a dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário, quando provocado, vem de forma sábia e exemplar, coibindo a prática abusiva dos Planos de Saúde.

O presente trabalho buscará a todo o momento demonstrar que não assiste razão as operadoras dos planos de saúde ao praticar o ato de

NEGAR aos seus segurados o direito a prestação à saúde, respeitando, mas guerreando os argumentos que defendem.

2 Plano de Saúde, direito a vida e a dignidade da pessoa humana

De maneira sábia, o constituinte pátrio inovou na Carta Suprema de 1988, ao enaltecer a saúde como direito de todos e dever do Estado, o art. 196 da Constituição Federal, defende no seu contexto a criação de políticas sociais e econômicas que visem em especial à redução do risco doença e de outros agravos ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. Nesse diapasão é a transcrição do texto constitucional feita pelo brilhante doutrinador Alexandre de Moraes, que assevera o seguinte:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário a ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196), sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meios de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197). (MORAES, 2008, p 808).

Compreende-se então, que é de primordial importância que haja um efetivo respeito à Carta Suprema, tendo em vista que, ao se instituir políticas públicas visando uma melhoria na saúde, estar-se-á protegendo o nosso bem maior que é a vida.

Alexandre Issa Kimura sobre o assunto ensina:

O Direito à vida, elementar e essencial no âmbito dos direitos fundamentais, envolve dois enfoques: (a) Direito à existência - refere-se ao direito de sobreviver, de defender, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável; (b) Direito à dignidade - corolário do direito à existência, figura o direito de desfrutar a vida com dignidade (KIMURA, 2005. p. 394).

A saúde é pressuposto indispensável para uma vida plena e feliz, logo, não há como dissociar uma da outra, o significado da palavra saúde atualmente é de grande complexidade. Hoje não é apenas a ausência de doenças, mas envolve o completo bem-estar físico, mental e social.

Destarte, apesar de ser dever do Estado, prover a saúde para a população, não é exclusividade deste, podendo a iniciativa privada dentro dos parâmetros da lei dispor para a população de Planos de Saúde, nesse sentido assevera o art. 199 da Carta Suprema, a assistência à saúde é livre a iniciativa privada. Logo, não existe monopólio estatal, sendo tal modalidade de assistência à saúde denominada de “saúde suplementar”, esta prestação encontra-se desvinculada do SUS – Sistema Único de Saúde, definição mais técnica acerca dessa modalidade de prestação a saúde é dada por Gabriel Schulman:

Entende-se por “*saúde suplementar*” a esfera de atuação dos planos de saúde. A locução denomina, por conseguinte, a prestação de serviços a saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único, vinculada a um sistema organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas (operadoras de planos de saúde). Em palavras mais adequadas às interfaces entre público e privado (adiante objeto de análise), a *saúde suplementar* configura a prestação privada de assistência médico-hospitalar na esfera do

subsistema da saúde privada por operadoras de planos de saúde (SCHULMAN, 2009, p 201).

Deste conceito, abstrai-se que, sendo a iniciativa privada mantenedora de planos de saúde, esta, por sua vez, investe-se igualmente nos deveres do Estado, devendo suprir todas as necessidades voltadas a saúde do contratante, não havendo nenhuma justificativa plausível para negar ao usuário qualquer tipo de procedimento, sendo tal atitude uma verdadeira afronta a dignidade da pessoa humana.

2.1 A Saúde vista sob a ótica de um direito fundamental

O art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos protege o direito a saúde, defendendo este, como sendo um dos vetores principais para a obtenção da cidadania.

Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Diante do respaldo dado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Constituição Federal em seus arts. 6º e 196, eleva o direito saúde a condição de direito fundamental.

O direito a saúde configura-se desdobramento primeiro ao direito à vida, encontrando-se no bojo da Carta maior e a sua completa e indispensável tutela. Sendo assim, sábia é a posição do legislador, tendo em vista que indivíduos saudáveis e capazes a vida laboral é condição

essencial de realização dos princípios basilares de um Estado que se diz democrático de direito, dentre os quais, a dignidade da pessoa humana.

Logo, a Carta Suprema de 1988 reservou, em seu conteúdo, justo e merecido assento ao direito à saúde.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão referem-se aos direitos sociais, econômicos e culturais, tais direitos, reclamam condutas positivas por parte do Estado, é dizer, deve haver condutas e/ou ações positivas por parte do Estado para que tais direitos possam ser efetivados em favor da população, logo, o indivíduo tem o direito de exigir do Estado ou da iniciativa privada que esteja investida nos deveres do Estado, que haja uma efetiva ação positiva ou negativa no que diz respeito ao direito a saúde. Conforme ensina Yeda Tatiana Cury, os direitos sociais, surgiram da tentativa de tentar mitigar as desigualdades sociais, assumindo o Estado, a responsabilidade de promover, o mínimo necessário a sobrevivência do mundo civilizado (CURY, 2005, p 25).

Nos dizeres de José Afonso da Silva:

[...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas nas normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização das situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao 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, 2002, p.285-286).

Em se tratando de um direito social de caráter fundamental, este por sua vez deve ser respeitado, não importando se quem desrespeitou

foi o Estado ou o Plano de Saúde privado, de certo, que o direito à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível, sendo coerente exigir do Poder Público o cumprimento desse dever, de forma que seja garantido a todo o cidadão o acesso à saúde.

Tal situação é de extrema relevância ao passo que Constituição Federal acena no sentido de determinar ao Poder Público a responsabilização pela cobertura no atendimento na área de saúde, de forma, integral, gratuita, universal e igualitária, isto é, sem nenhum tipo de restrição, logo, de tal sorte o Plano de Saúde deve arcar com todas as prestações médicas e hospitalares das quais necessitam os seus segurados.

2.2 Contrato com característica de relação de consumo

Diante do já tão assoberbado e desacreditado SUS, a população busca desesperadamente a contratação de um Plano de Saúde privado, na ilusão de que poderá ter de quem socorrer-se na hora que precisar, lamentavelmente, na grande maioria das vezes que necessita de atendimento para um evento um pouco mais gravoso, se vê diante de uma negativa por parte da operadora. Para a melhor doutrina, em função da precariedade do serviço público de saúde, a sociedade brasileira viu se desenvolver um novo ramo de atividade econômica: a das empresas mantenedoras de planos privados de assistência à saúde (GAGLIANO; PAMPLONA, 2006, p. 221).

Para Lígia Bahia:

O contraste entre o atendimento personalizado, com hora marcada em consultórios particulares e realização imediata de exames e procedimentos terapêuticos, e a filas e os prolongados tempos de espera para marcação de consultas e exames na rede pública confere aos planos privados de saúde o status de passaporte de saída do caos. (BAHIA, 2006, p 161).

É de se ver que a relação jurídica entre as partes contratantes, no caso em apreço, por obediência à Constituição de 1988 e ao Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90, art. 1.º), caracteriza-se como uma relação de consumo, disciplinada por normas de ordem pública e interesse social.

Com efeito, vale lembrar que o contrato estabelecido entre as partes, na grande maioria das vezes, se caracteriza como Contrato de Adesão e, dessa forma, subordina-se às normas protetoras do consumidor, parte vulnerável da relação contratual, o qual deve ser protegido em seus direitos fundamentais de cidadão, principalmente quando se trata do direito à vida e à saúde.

Acerca dos contratos de Planos de Saúde, leciona Antônio Joaquim Fernandes Neto:

De forma semelhante à observada na maior parte dos contratos de consumo, os planos de saúde também são formalizados mediante adesão da parte consumidora às cláusulas e condições estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor. Não existe, como nos contratos paritários, possibilidade de discussão ou questionamento das regras por parte do consumidor”. Deve ser observado que estes contratos se baseiam muito na confiança depositada pelo consumidor em relação à Operadora de Planos de Saúde contratada, e trazem sempre implícita enorme expectativa de cobertura contra os riscos que se obrigou a contratar. Nesse sentido, o autor citado acima (ob. cit. Pág. 145) ensina que: “Os serviços de assistência à saúde são cada vez mais caros e complexos, inacessíveis à renda da maior parte dos indivíduos e famílias, que é obrigada a confiar nas promessas de segurança contra os riscos

que a levou a contratar um plano de saúde (NETO, 2002, p. 137).

Logo, deve-se sempre buscar interpretar os contratos de planos de saúde observando-se o equilíbrio e harmonia da relação jurídica, a boa fé objetiva dos contratantes. (art.4.º, caput, e seu inciso III do CDC).

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [\(Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995\)](#) (...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica ([art. 170, da Constituição Federal](#)), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Nesta situação, o consumidor que é a parte hipossuficiente da relação, ao contratar o serviço, acredita que caso venha acontecer um evento futuro e incerto que envolva a sua saúde, poderá se socorrer do seu Plano de Saúde. Caso assim não o fosse, seria mais plausível se socorrer do SUS e economizar os valores pagos mensalmente a iniciativa privada.

Com efeito, havendo qualquer negativa por parte da operadora do plano de saúde, o contratante deverá socorrer-se do judiciário invocando para si os benefícios previstos no CDC – Código de Defesa do Consumidor (lei nº 8.078/1990), no entendimento de Gabriel Schulman, a jurisprudência já se posicionou pela aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de planos de saúde, independentemente da estrutura jurídica adotada pela operadora (SCHULMAN, 2009, p 207).

Alguns julgados asseveram o posicionamento de SCHULMAN:

CLÁUSULA CONTRATUAL QUE EXCLUI COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO-HOSPITALAR – ABUSIVIDADE – **INCIDÊNCIA DO CDC** – A empresa que explora plano de assistência médica e recebe contribuições mensais de associados, sem submetê-lo a prévio exame, não pode escusar-se ao pagamento de sua contraprestação, alegando existência de doença preexistente, que nem mesmo o segurado tinha conhecimento. Tem-se como abusiva cláusula contratual de plano de assistência médico-hospitalar que exclui tratamento de moléstia grave, devendo o plano de saúde ressarcir o consumidor das despesas decorrentes de internação e tratamento de câncer. (grifo nosso). (TAMG – AC 0335319-9 – 4ª C.Cív. – Rel. Juiz Alvimar de Ávila – J. 23.05.2001.)

COOPERATIVA MÉDICA – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – NÃO COBERTURA DE TRATAMENTO – **APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR** – O contrato adesivo que coloca no mercado planos de saúde, avença regulada através de um contrato de prestação de serviços médicos, na sua execução, está sujeito à aplicação do estatuto consumerista, posto evidenciada a condição

de fornecedora de serviços da cooperativa contratada, tendo figurado como destinatária a consumidora final, elementos que caracterizam uma relação de consumo, nos moldes dos arts. 2º e 3º do CDC. A saúde, bem relevante à vida e à dignidade da pessoa humana, foi elevada na atual Constituição Federal à condição de direito fundamental, não podendo ser, portanto, caracterizada como simples mercadoria e nem pode ser confundida com outras atividades econômicas. Sendo detectada a natureza abusiva de cláusula contratual, possibilita ao Judiciário declarar a sua ineficácia, ainda mais se se apresenta com uma obrigação excessivamente onerosa, quando a parte ao assumi-la não possuía prévio conhecimento da dinâmica e dos termos do contrato de prestação de serviços médicos, com contornos de adesão, que excluía a realização de tratamento de doenças específicas. (grifo nosso). (TAMG – AC 0324266-6 – 3ª C.Cív. – Rel. Juiz Duarte de Paula – J. 14.02.2001).

APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. SOLIDARIEDADE ENTRE OS INTEGRANTES DA CADEIA DE CONSUMO. Falha na prestação do serviço por parte das apelantes, em razão da demora na transferência do apelado para outro hospital, que possuísse estrutura necessária para a realização de angioplastia, com implante de stent, e com melhores condições para o seu atendimento. Demora em autorizar a solicitação médica, que, diante das circunstâncias em que se encontrava o demandante, caracterizou a ocorrência de danos morais na modalidade in re ipsa. Indenização fixada de acordo

com os parâmetros impostos pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que atendeu ao caráter preventivo-pedagógico-punitivo da reparação. RECURSOS AOS QUAIS SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ARTIGO 557, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (grifo nosso)

(TJ-RJ - APL: 00128614320108190202 RJ 0012861-43.2010.8.19.0202, Relator: DES. AUGUSTO ALVES MOREIRA JUNIOR, Data de Julgamento: 26/02/2014, VIGÉSIMA QUINTA CAMARA CIVEL/ CONSUMIDOR, Data de Publicação: 17/03/2014 08:45)

PLANO DE SAÚDE DIREITO DO CONSUMIDOR NEGATIVA DE COBERTURA AO TRATAMENTO RADIOTERÁPICO - Sentença de procedência para declarar abusiva a cláusula restritiva de cobertura do contrato de seguro saúde, com a condenação da Requerida ao custeio do tratamento radioterápico com intensidade modulada de feixe (IMRT) - RECURSO DA REQUERIDA IMPROVIDO. (grifo nosso)

(TJ-SP - APL: 262062020118260405 SP 0026206-20.2011.8.26.0405, Relator: Flavio Abramovici, Data de Julgamento: 07/08/2012, 2ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/08/2012)

Diante da melhor doutrina e jurisprudência pátria, não resta dúvida de que o contrato firmado entre o usuário e a operadora de planos de saúde, possui características de relação consumerista, devendo este, por sua vez, ser interpretado de maneira mais favorável a parte mais vulnerável na relação contratual.

2.3 Negativa do Plano de Saúde ao fornecimento de Medicamento

De maneira incansável a ANS – Agencia Nacional de Saúde Suplementar, busca a todo instante disciplinar a relação de consumo existente entre o consumidor e os Planos de Saúde, ainda assim, nos deparamos com desmandos cada vez maiores por parte destes últimos.

Recentemente, o Ministério da Saúde através da ANS, editou a resolução nº 319 de 05 de março de 2013 (**anexo A**), que tem por objetivo disciplinar de que forma será repassada para o consumidor que teve o seu pedido negado administrativamente pela Operadora de Planos de Saúde.

Tal resolução determina que a informação de NEGATIVA de procedimento solicitado pelo usuário, seja repassada em linguagem de fácil compreensão elencando o(s) motivo(s) pelo qual(is) o procedimento foi negado, esta informação deverá ser repassada para o consumidor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas contados da NEGATIVA, devendo inclusive indicar o dispositivo legal ou contratual no qual se alicerça a decisão administrativa.

Louvável o esforço feito pela Autarquia Federal, porém, ainda existem vários casos em que a Operadora de Planos, silencia, não dando ao paciente nenhuma justificativa, simplesmente após protocolar o pedido o consumidor não tem nenhuma resposta, neste caso, nos deparamos com a famosa NEGATIVA TÁCITA.

A Jurisprudência abaixo não deixa dúvidas acerca da assertiva:

APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROCEDIMENTO DE URGÊNCIA. INDICAÇÃO MÉDICA. **NEGATIVA TÁCITA**, COM BASE NO ARTIGO 4º DA RESOLUÇÃO Nº 8 DO CONSU. MATERIAIS NECESSÁRIOS A REALIZAÇÃO DA CIRURGIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. ADEQUAÇÃO DOS

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO COM BASE NO ARTIGO 20, § 4º, DO CPC. APELO PROVIDO EM PARTE. (grifo nosso)

(Apelação Cível Nº 70046471751, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 24/10/2013)

Faz-se imperativo dizer, que em muitos casos a justificativa dada pela Operadora é de natureza meramente genérica, não especificando de forma detalhada qual o motivo que levou a NEGATIVA administrativa, nesse sentido vale observar a jurisprudência abaixo:

RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO. PLANO DE SAÚDE. APLICABILIDADE. PROCEDIMENTO DE EMERGÊNCIA. NEGATIVA DE COBERTURA. AQUISIÇÃO MATERIAL. **NEGATIVA GENÉRICA**. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA. ILICITUDE. COMPROVAÇÃO. ARTS. 757 E 760 DO CC. OFENSA. INOCORRÊNCIA. DANO MORAL. DIREITOS DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. PRESENÇA. SENTENÇA MANTIDA. 1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde (súmula 469 do STJ); 2. Afigura-se indevida a negativa genérica e não fundamentada do plano de saúde em custear materiais indispensáveis à realização de procedimento cirúrgico de emergência; 2. Tendo em conta as particularidades do caso concreto, que demonstram que a negativa de cobertura pela seguradora transcendeu ao mero descumprimento contratual, com evidente violação aos direitos da personalidade, mantém-se a condenação ao pagamento de danos morais em R\$ 2.000,00 (dois mil reais); 3. Recurso conhecido, mas não provido. (grifo nosso).

(TJ-DF - APC: 20130111039842 DF 0027236-98.2013.8.07.0001, Relator: GISLENE PINHEIRO, Data de Julgamento: 24/09/2014, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 30/09/2014 . Pág.: 105)

Vários são os argumentos levantados pelas Operadoras, que tentam a todo o momento justificar o injustificável, dentre esses argumentos, dois foram escolhidos para serem objetos de estudo neste trabalho, tendo como justificativa para a escolha, a recorrência desses argumentos na maioria das peças contestatórias elaboradas pelas operadoras de planos de saúde que buscam justificar a NEGATIVA ao fornecimento de medicamentos, vejamos então.

2.3.1 Rol de Procedimentos da ANS

A ANS periodicamente edita resoluções que atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial **mínima** nos planos privados de assistência à saúde, logo tal rol deve servir de forma minimamente exemplificativa para que as operadoras e os consumidores possam ter um parâmetro mínimo a seguir.

Não obstante tal Rol de Procedimentos, as Operadoras de Planos de Saúde, insistem em interpreta-lo de maneira restritiva, no que diz respeito ao fornecimento de medicamento, é comum alegarem que aquele medicamento solicitado pelo médico especialista, não se encontra no rol de cobertura editado pela ANS, ou ainda, que a medicação prescrita é de aplicação oral ou subcutânea, logo, só haveria cobertura para medicamentos de aplicação endovenosa.

Constantemente a ciência evolui e os laboratórios de pesquisas desenvolvem novas drogas que passam a ser disponibilizadas no mercado, principalmente no que diz respeito a patologias para as quais ainda não foi descoberta a cura, mas apenas o controle da doença, as pesquisas

científicas avançam cada vez mais no sentido de disponibilizar novos e mais eficazes medicamentos para o tratamento da enfermidade.

Diante de tal situação, não seria uma inverdade dizer que a ANS não consegue de maneira rápida editar novas resoluções que atualizem a sua lista do Rol de procedimentos, sendo assim, sempre haverá no mercado novos medicamentos que ainda não foram explicitamente disponibilizados na lista do rol de medicamentos disponibilizada pela ANS.

Com efeito, deve-se salientar que já é entendimento pacificado nos tribunais pátrios, de que as Resoluções editadas pela referida Agência Regulamentadora, limita-se tão somente a estipular as coberturas mínimas, ora tais resoluções surgem com o intuito de indicar as operadoras de planos de saúde, quais são os procedimentos mínimos a serem adotados por estas, para a o tratamento do paciente, as ditas resoluções jamais poderiam excluir qualquer outro tipo de medicamento que por ventura vier a ser prescrito pelo médico especialista para o tratamento do paciente, simplesmente porque se isso fosse possível, a Agência Regulamentadora estaria ilegalmente limitando o poder do médico de prescrever para o seu paciente a medicação que o mesmo julga ser necessária ao pronto reestabelecimento da saúde do paciente, exatamente neste sentido são os julgados abaixo.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PLANO DE SAÚDE. DIAGNÓSTICO DE "DEGENERAÇÃO MACULAR". NEGATIVA DE TRATAMENTO POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL E POR NÃO CONSTAR NO ROL DE PROCEDIMENTOS DE SAÚDE LISTADOS PELA ANS. COBERTURA OFTALMOLÓGICA. DISPOSIÇÃO GENÉRICA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ARTIGO 54, PARÁGRAFO QUARTO, DA LEI Nº 8.078/1990. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. CONSONÂNCIA COM

O ARTIGO 47 DO CODECON. PROCEDIMENTOS ESTABELECIDOS PELA ANS EM PATAMAR MÍNIMO A SER CUMPRIDO. INTERPRETAÇÃO E EXECUÇÃO SEGUNDO OS DITAMES DA BOA-FÉ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Havendo disposição genérica no contrato para a cobertura oftalmológica, entende-se que o procedimento requerido consiste em um desdobramento do tratamento principal, qual seja, o oftalmológico, que se encontra expressamente autorizado no contrato. Dessa forma, entender que a espécie está contida no gênero, além de interpretação lógica da questão controvertida, é imperativo a ser adotado em virtude da proteção ao consumidor. **O rol de procedimentos listados pela ANS não estabelece um ápice para os procedimentos na área de saúde, mas, sim, um patamar mínimo, de sorte que, na ausência de cláusula de exclusão expressa, forçoso reconhecer a obrigatoriedade da contratada em custear o tratamento de que necessita o beneficiário do plano de saúde.** (TJSC - 3ª Câmara de Direito Civil - Apelação nº 2009.066.699-1 - Rel. Des. Fernando Carioni - j. 02/02/2010). (grifos nossos)

PLANO DE SAÚDE. Recusa da ré em custear tratamento oftalmológico com os medicamentos "avastin" e "triancilonona" à justificativa de que não incluídos no rol da ANS. Inadmissibilidade. **Rol divulgado pela agência reguladora que não é taxativo, servindo como mera referência de cobertura para as operadoras de planos privados.** Contrato que não prevê a exclusão do tratamento. Risco de perda da visão. Incidência do CDC. Inteligência dos artigos 47 e 51. Sentença

mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP - APL: 8162220098260695 SP 0000816-22.2009.8.26.0695, Relator: Paulo Alcides, Data de Julgamento: 12/01/2012, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 31/01/2012). (grifos nossos)

PROCESSO CIVIL - RECURSO DE AGRAVO - PLANO DE SAÚDE - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - COBERTURA DE SESSÕES DE FISIOTERAPIA RPG- POSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO CDC - CABIMENTO -NEGATIVA DE COBERTURA. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA. ROL DA ANS NÃO TAXATIVO. OFENSA AO ART. 557 DO CPC. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - Em relação à necessária cobertura por parte dos planos de saúde é imperativo destacar a aplicação do CDC a regular as relações contratuais firmadas, na medida em que são enquadrados como fornecedores. Dessa forma, devem incidir os princípios da boa-fé, da confiança, da hipossuficiência e da vulnerabilidade não sendo legítimo a seguradora perceber por anos a contribuição e quando surge a necessidade se esquivar da cobertura do tratamento indispensável à vida da segurada. II - Cabe ao médico do segurado determinar o tratamento adequado para seu caso clínico. III - É ilegítima a recusa da seguradora a cobrir o procedimento prescrito pelo médico que acompanha o segurado, sob pena de colocar em risco a vida do consumidor. IV - **O rol da ANS não é taxativo, apenas indica a cobertura mínima que as seguradoras devem proporcionar aos seus segurados.** V - O artigo 557, caput, do CPC, permite ao relator proferir decisões monocráticas, quando

estiver diante de recurso manifestamente improcedente, ou seja, em manifesto confronto à jurisprudência do respectivo Tribunal de Justiça ou do Superior Tribunal de Justiça, como no caso em tela. VI - Agravo a que se nega provimento. (TJ-PE - AGV: 2538094 PE 0018986-71.2011.8.17.0000, Relator: Francisco Eduardo Goncalves Sertorio Canto, Data de Julgamento: 14/06/2012, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 115)

Diante da farta jurisprudência pátria, conclui-se sem muito esforço que a ANS, indica em suas resoluções tão somente parâmetros mínimos e meramente exemplificativos, não assistindo razão a alegação levantada pelo plano de saúde.

2.3.2 Limitação Contratual

Há muito tempo o sistema público nacional não é capaz de atender aos preceitos previstos da Constituição Federal, como o acesso universal a saúde e o atendimento adequado à população, logo, o consumidor busca driblar essa incapacidade estatal, através de contratação de Planos de Saúde, na grande maioria das vezes o contrato predominante é o contrato de adesão, por ser esta modalidade, a que mais se adequa a maior parte da população brasileira, contratos estes, que são celebrados frequentemente entre empresas privadas, sindicatos e associações de classe, em benefício de seus funcionários/associados, aí é que se encontra o grande problema, essa modalidade contratual é ótima para as operadoras de planos de saúde, infelizmente não se pode dizer a mesma coisa para os usuários adeptos dessa modalidade contratual, no posicionamento de Fernanda Schaefer, o contrato de adesão caracteriza-se pela ausência de fase pré-negocial e com cláusulas preestabelecidas unilateralmente pelo contratado-fornecedor (SCHAFER, 2012, p. 58).

Ainda, nesse sentido, ensina Fernanda Schaefer:

É a forma utilizada pelos contratos de massa para consolidar os instrumentos contratuais pré-redigidos, regulada pelo art. 54, do Código de Defesa do Consumidor, que visa atingir um número indeterminado de futuras relações contratuais. Não se trata de forma autônoma ou tipo contratual, mas **técnica de formação contatual** que, para as empresas, é mais vantajosa por ser mais rápida e segura, e, para os consumidores, é mais perigosa, culminando, em regra, em cláusulas abusivas ou que determinem grande desequilíbrio contratual (SCHAFER, 2012, p. 57).

Comumente as Operadoras de Planos de Saúde, argumentam que jamais descumpriram com o contrato e nem a legislação vigente, afirmam que cumprem fielmente os contratos pactuados, alegam também, que o consumidor/contratante é que tenta tornar letra morta o contrato havido, afirmam ser legal a exclusão de cobertura de alguns procedimentos, dentre eles, as medicações ambulatoriais, aduz ainda, que no contrato de adesão estão em destaque todas às cláusulas limitadoras de direitos, chegam ao absurdo de dizer que é nulo e inconstitucional o pedido naquilo que quer acrescentar ao contrato palavras que as partes não compactuaram.

A cláusula que limita a responsabilidade da operadora de plano de saúde colocando o consumidor em desvantagem exagerada deve ser anulada e interpretada favoravelmente ao consumidor.

O fato de o contrato ter sido redigido pela Operadora, aliado a sua natureza técnica pouco acessível ao contratante, deixa este praticamente à mercê de aquele impor um caráter quase unilateral ao negócio, ou seja, a igualdade jurídica acaba por dissimular uma desigualdade de fato.

O CDC surgiu para compensar esse desequilíbrio vedando expressamente a existência das denominadas cláusulas abusivas, nos

dizeres de Fernanda Schaefer, cláusulas abusivas são aquelas que geram um desequilíbrio contratual significativo em prejuízo do consumidor (SCHAFER, 2012, p. 57).

Para Luiz Netto Lôbo:

Consideram-se abusivas as condições gerais que atribuem vantagens excessivas ao predisponente, acarretado em contrapartida demasiada onerosidade ao aderente e um injusto desequilíbrio contratual. Através delas, o predisponente, abusando da atividade que exerce e de debilidade jurídica do aderente, estabelece conteúdo contratual iníquo, com sacrifício de razoável equilíbrio das prestações (LÔBO, 1991, p. 12).

Sobre contrato de adesão, segundo lição de Ana Maria Zauhy Garms:

O contrato de adesão é negócio jurídico no qual a participação de um dos sujeitos sucede pela aceitação em bloco de uma série de cláusulas formuladas antecipadamente, de modo geral e abstrato, pela outra parte, para constituir o conteúdo normativo e obrigacional de futuras relações concretas. (GARMS, Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/707/clausulas-abusivas-nos-contratos-de-adesao-a-luz-do-codigo-do-consumidor/2>).

Em que pese os contratos de adesão, é notória a percepção de sua significativa desvantagem, uma vez que este apresenta as chamadas cláusulas abusivas. Normalmente, essas cláusulas não são percebidas nem mesmo identificadas no momento de contratar, isto é, o aderente na maioria das vezes não tem ideia do que está acordando e as

consequências que as referidas cláusulas podem causar. Destarte, na maioria das vezes, estas cláusulas configuram um abuso contra os consumidores.

Um exemplo clássico da limitação contratual e da abusividade das cláusulas do contrato de adesão, se dar corriqueiramente, quando o plano de saúde prevê a exclusão de cobertura para fornecimento de medicamentos, quando este por sua vez for utilizado fora do regime de internação hospitalar ou fora do atendimento ambulatorial, ainda que o medicamento fosse fornecido para que o paciente fizesse uso do mesmo fora do ambiente hospitalar, tal fato, não desobrigaria o Plano de Saúde a fornecer o medicamento imprescindível ao pronto reestabelecimento da saúde do contratante/paciente, é exatamente neste sentido o entendimento jurisprudencial pátrio:

Plano de Saúde Negativa de cobertura para tratamento de quimioterapia oral Beneficiário portador de neoplasia maligna de estômago - Negativa de cobertura para tratamento de quimioterapia fora do ambiente hospitalar ou ambulatorial Inadmissibilidade - Precedentes - Decisão mantida Recurso improvido. **É irrelevante a existência de cláusula de exclusão de cobertura em relação ao medicamento utilizado fora do regime de internação hospitalar ou fora do atendimento ambulatorial, pois a utilização do medicamento “Glivec” corresponde ao próprio tratamento de quimioterapia, que está coberto pelo contrato firmado pelas partes.** A jurisprudência deste Tribunal já se manifestou no sentido da abusividade da cláusula limitativa, considerados os artigos 47 e 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. (TJ/SP - APELAÇÃO N. 990.10.503394-6, Des. Rel. Jesus

Lofrano – 3ª Câmara de Direito Privado - julgado em 30.11.2010). (GRIFOU-SE)

Tais cláusulas restritivas de direito, são consideradas abusivas e consequentemente, nulas de pleno direito, o Código de Defesa do Consumidor – CDC, em seu art. 51, é taxativo ao afirmar que tais cláusulas abusivas, são nulas e devem ser interpretadas em favor da parte mais vulnerável na relação jurídica.

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA INJUSTIFICADA DE COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO. DESCUMPRIMENTO DE NORMA CONTRATUAL A GERAR DANO MORAL INDENIZÁVEL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO ACERCA DA NÃO APROVAÇÃO DO MEDICAMENTO PELA ANVISA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A recusa injustificada de Plano de Saúde para cobertura de procedimento médico a associado, configura abuso de direito e descumprimento de norma contratual, capazes de gerar dano moral indenizável. Precedentes. **2. As cláusulas restritivas ao direito do consumidor devem ser interpretadas da forma mais benéfica a este, não sendo razoável a seguradora se recusar a prestar a cobertura solicitada.** 3. Agravo regimental não provido.(STJ, AgRg no REsp 1253696/SP, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, julgamento em 18.8.2011). (GRIFOU-SE).

A limitação contratual é uma forte característica do contrato de adesão, onde o consumidor encontra o contrato todo pronto, redigido e regulamentado, limita-se a aderir conforme o que lhe foi exposto, sendo o contratante um mero aderente daquilo que lhe foi oferecido, a unilateralidade é explícita necessitando o paciente/contratante da

proteção estatal para não ter o seu direito tolhido, acredita-se ter restado comprovado que também esse argumento trazido pelos planos de saúde para não fornecer a medicação prescrita para o seu segurado, cai por terra diante da melhor doutrina e jurisprudência pátria.

3 Da Tutela de Urgência diante da presença dos pressupostos

Havendo a negativa administrativa pelo Plano de Saúde, ao fornecimento do medicamento de alto custo, do qual necessita o contratante e estando presentes os pressupostos previstos no art. 273 do CPC, não há outro caminho a seguir, a não ser, o deferimento da liminar perseguida, inclusive não importando se a negativa se deu de forma expressa ou tácita.

Vale ressaltar, que além dos pressupostos previstos no art. 273 do CPC, deve o demandante demonstrar ao julgador através de prova documental, a gravidade do eu estado de saúde e que não tendo o seu pedido atendido de imediato, isso poderá leva-lo a desgraça pessoal, culminando em risco de vida ou de agravamento da sua patologia, o que prejudicaria a saúde, vida e demais valores correlatos.

Urge-se destacar que a jurisprudência pátria vem dando seu beneplácito da concessão da tutela inaudita *altera pars*, ao enfrentar situações de extrema relevância, onde se encontra em jogo a saúde.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INAUDITA ALTERA PARS – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES – SITUAÇÃO DE RISCO EXCEPCIONAL – LEI N.º 9.313/96. I - Em relação à concessão da tutela antecipada inaudita altera pars, melhor doutrina e jurisprudência posicionam-se pelo cabimento da mesma em situações excepcionais como a presente; II - O *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* apresentam-se deforma

inconteste no caso em tela. O primeiro configura-se nos documentos acostados aos autos, bem como no fato de o pedido se basear em direito garantido na Constituição Federal de 1988 e em legislação ordinária (Lei n.º 9.313/96). O segundo está caracterizado diante do notório risco de vida que a enfermidade exposta traz ao seu portador, tornando indispensável o fornecimento dos medicamentos pleiteados; III - Agravo de Instrumento desprovido” (TRF 2ª Região, AG-87292/RJ, Des. Fed. Valmir Peçanha, 4ª Turma, Unânime, DJ 07/08/2002).

Sabe-se que a doença não cessa espontaneamente o seu curso, muito pelo contrário, sem o tratamento adequado ela evolui, podendo inclusive levar a invalidez ou a própria morte do paciente, logo, plausível, que se verificando a gravidade da patologia, a essencialidade da medicação, desde que devidamente comprovadas através dos documentos que instruírem o pedido, a antecipação da tutela deve ser deferida.

3.1 Prova Inequívoca

A prova inequívoca faz-se essencial e indispensável para que o julgador possa de plano deferir a liminar, a(s) prova(s) deve(m) ser suficientemente persuasivas para levar ao convencimento do magistrado, conforme entendimento de José Joaquim Calmon de Passos, prova inequívoca é aquela que possibilita uma fundamentação convincente do magistrado (PASSOS, 1996, p. 195).

No caso em concreto, o paciente/contratante deverá acostar aos autos, a prescrição médica do medicamento solicitado, exames laboratoriais e de imagem (quando for o caso) ressonância magnética e/ou tomografia computadorizada, laudo subscrito pelo médico(a) assistente, descrevendo minuciosamente a patologia da qual é acometido o paciente, inclusive, informando quais as consequências pela não

utilização do medicamento prescrito, protocolo da solicitação administrativa da medicação, comprovação da negativa expressa ou tácita, devendo o requerente, demonstrar que envidou todos os esforços necessários para a obtenção da sua pretensão administrativamente, inclusive protocolo solicitando a intervenção da ANS -Agência Nacional de Saúde, junto a operadora do seu plano de saúde.

Diante de toda a documentação acima exemplificada, restará devidamente comprovada a Prova Inequívoca da Alegação.

Para o professor Luiz Guilherme Marinoni:

Inequívoca é uma qualidade atribuída à prova. Assevera o mesmo, que o legislador pretendeu deixar claro que o juiz somente deve conceder a tutela quando for provável que aquele que a postula obterá um resultado final favorável (MARINONI, 2008, p. 271).

Nos dizeres de Nelson Nery Júnior:

Essa prova inequívoca é do “fato título do pedido (causa de pedir)”. Tendo em vista que a medida foi criada em benefício apenas do autor, com a finalidade de agilizar a entrega da prestação jurisdicional, deve ser concedida com parcimônia, de sorte a garantir a obediência ao princípio constitucional da igualdade de tratamento das partes. Como a norma prevê apenas a cognição sumária, como condição para que o juiz conceda a antecipação, o juízo de probabilidade da afirmação feita pelo autor deve ser exigido em grau compatível com os direitos colocados em jogo (NERY JUNIOR, 2013, p. 634).

Entende-se que, assim, restará sem sombras de dúvidas, demonstrada a urgência do tratamento com o uso da medicação solicitada, logo, ainda que em cognição primária e não exauriente, o contratante, logrará êxito na antecipação da tutela pleiteada.

3.2 Verossimilhança das alegações

A grosso modo e sem muitas delongas, verossímil é aquilo que se aparenta ser verdadeiro, plausível, que se parece com a verdade.

Não tendo como alternativa, senão, socorrer-se do judiciário, a parte interessada em obter o medicamento do qual tanto necessita, a fim de ver o seu direito a saúde e a vida respeitados, deve em sua peça arial, levar ao convencimento do magistrado da verossimilhança das suas alegações, logo, as documentações acostadas aos autos, somando-se com as alegações trazidas pelo causídico que representa a parte prejudicada, devem ser fortes o suficiente para formar o juízo de convicção do julgador, sobre o assunto escreve Athos Gusmão Carneiro, o juízo de verossimilhança repousa na forte convicção de que tanto as “**quaestiones facti**” como as “**quaestiones iuris**” induzem que o autor, requerente da antecipação da tutela, merecerá a prestação jurisdicional a seu favor. (CARNEIRO, 2006, p. 28)

Há de se observar que o bem jurídico aqui discutido e ameaçado de sofrer uma lesão, é a saúde e em vários casos a própria vida do contratante do plano de saúde, situação esta de extrema relevância jurídica a ser levada em consideração pelo julgador, sendo neste caso de extrema importância a atuação do judiciário, para a preservação do bem jurídico em questão.

Nesse diapasão, é o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

A “verossimilhança” a ser exigida pelo julgador deve sempre considerar: o valor do bem jurídico ameaçado de lesão; a dificuldade de se provar a

alegação; a credibilidade, de acordo com as regras de experiência, da alegação e da própria urgência (MARINONI, 2008, p. 271).

Ainda sobre o tema, leciona Huberto Theodoro Júnior:

Assim, a ‘verossimilhança da alegação’ corresponde ao juízo de convencimento a ser feito em torno de toda a conjuntura fática invocada pela parte que pretende a antecipação de tutela, não apenas quanto à existência de seu direito subjetivo material, mas também, e principalmente, no relativo ao perigo de dano e sua irreparabilidade, bem como ao abuso dos atos de defesa e de procrastinação praticados pelo réu.” (THEODORO JÚNIOR, 2007, p. 791).

Restando claro para o Juiz que ficou demonstrado de forma efetiva a verossimilhança das alegações, só restará a este, fundamentar a sua decisão informando minuciosamente o que o levou ao seu convencimento e determinar a antecipação da tutela, apesar de no texto de lei dispor a expressão “poderá” art. 273*caput*, o que leva entender faculdade e/ou discricionariedade do julgador, estando presentes os requisitos legais é obrigação do magistrado conceder a tutela antecipada.

Nesse sentido é o entendimento de Nelson Nery Júnior:

(...) na verdade constitui obrigação, sendo dever do magistrado conceder a tutela antecipatória, desde que preenchidos os pressupostos legais, para tanto, não sendo lícito concedê-la ou nega-la pura e simplesmente. Para isso tem o juiz o livre convencimento motivado (CPC 131). (NERY JUNIOR, 2013, p. 634).

Ainda sobre o assunto é o entendimento jurisprudencial:

DESDE QUE PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO CPC 273, É DEVER IMPOSTO AO JUIZ A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA, NÃO HAVENDO PORTANTO, DISCRICIONARIEDADE. (1.º TACivSP, Ag 824084-1, rel. Juiz Rizzato Nunes, v.u., Data de Julgamento: 04/11/1998)

3.3 A presença do dano

O art. 273, I do CPC, impõe que o dano seja irreparável ou de difícil reparação, logo, o legislador tomou cuidado ao deixar claro que não é qualquer dano que ensejará o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, para Romualdo Baptista dos Santos, a definição de dano está estreitamente relacionada à de patrimônio, uma vez que o dano significa uma lesão ou diminuição do patrimônio de determinada pessoa (DOS SANTOS, Coord. DE ARAÚJO, 2008, p. 43).

O maior patrimônio de uma pessoa é sem sombras de dúvidas a sua saúde e em consequência a sua vida, pois o direito a saúde, em consequência do direito à vida e a dignidade humana, foi alçado pela atual Constituição da República a condição de direito fundamental, que abrangeu a saúde como um dos direitos previstos na Ordem Social, art. 193 da CF.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA ESPECÍFICA CONCEDIDA. CABIMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PROVA INEQUÍVOCA E VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO DOS AGRAVADOS. EXISTÊNCIA DE FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 196 E

SEGUINTE, DA CF. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I – In casu, restou comprovado o preenchimento dos requisitos legais exigidos para a concessão da tutela específica, razão pela qual deve ser mantida a decisão recorrida, consoante precedentes dos tribunais pátrios. II - Recurso conhecido e improvido. III – Decisão por votação unânime. (TJ-PI - AI: 200800010010259 PI , Relator: Des. Raimundo Eufrásio Alves Filho, Data de Julgamento: 12/01/2011, 1a. Câmara Especializada Cível)

Sem dúvidas que nas ações que buscam o direito a obter medicamentos, o dano irreparável ou de difícil reparação, se faz presente através da NEGATIVA da obtenção do medicamento administrativamente, sem o medicamento, sem o tratamento adequado, a doença não para, irá sem dúvidas evoluir, fazendo com que o requerente padeça ainda mais de sua moléstia, e, em muitos casos podendo leva-lo a própria morte.

O dano neste caso é um dano concreto, real, não se trata de um dano fictício, hipotético ou eventual, merecendo no caso em concreto a proteção estatal.

3.4 Coercibilidade através da aplicação de multa para efetivação da liminar concedida

Ultrapassado os pontos que tratam dos requisitos para levar ao convencimento do julgador para o deferimento da liminar perseguida, chega-se o momento de debruçar-se sobre um dos maiores problemas nas ações para obtenção de medicamentos, principalmente no que diz respeito a medicamento de alto custo.

No caso em debate, o magistrado ao conceder a liminar para o fornecimento de medicamento, deve lançar mão de todos os recursos que estão a sua disposição para efetividade da medida, neste caso o art. 273,

§ 3º do CPC, dispõe que poderá ser fixada multa diária para efetividade da medida liminar.

Em regra, a multa diária pelo descumprimento da medida liminar, deve ser revertida em favor da parte requerente, esse é de fato o único recurso do qual dispõem o julgador para se buscar a efetividade da medida liminar e assim inibir o descumprimento da decisão, ressalte-se que aparte requerida deverá ser intimada pessoalmente da decisão liminar que concedeu a antecipação da tutela e arbitrou a multa *astreintes*.

Para Nelson Nery Júnior:

Deve ser imposta a multa, de ofício ou a requerimento da parte. O valor deve ser significativamente alto, justamente porque tem natureza inibitória. O juiz não deve ficar com receio de fixar o valor em quantia alta, pensando no pagamento. O objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obriga-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz. (NERY JUNIOR, 2013, p. 808).

As Jurisprudências pátrias não deixam dúvidas sobre o assunto:

A MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER OU DE NÃO FAZER DEVE SER FIXADA PELO JUIZ EM VALOR SIGNIFICATIVAMENTE ALTO, JUSTAMENTE PORQUE TEM CARÁTER INIBITÓRIO, TENDO COMO OBJETIVO FAZER COM QUE O DEVEDOR CUMPRA A OBRIGAÇÃO NA FORMA

ESPECÍFICA. O VALOR ALTO DEVE TER POTENCILIDADE PARA INIBIR O DEVEDOR, FAZENDO COM QUE PREFICA CUMPRIR A OBRIGAÇÃO NA FORMA ESPECÍFICA A PAGAR A MULTA. (TJ-SP - AC: 128244-4/1-00, Relator: Des. Armindo Freire Mármora, Data de Julgamento: 22/08/2002, 4ª. Câmara de Direito Privado)

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NÃO INDICADAS. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL AFASTADA. VALIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL E REEXAME DE FATOS. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPOSIÇÃO DE ASTREINTES. COMPATIBILIDADE. 1. A ausência de expressa indicação de obscuridade, omissão ou contradição nas razões recursais enseja o não conhecimento do recurso especial. Aplica-se, neste caso, a Súmula 284/STF. 2. A inexistência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente em suas razões recursais, apesar da interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial, por lhe faltar o prequestionamento. 3. Atende a exigência legal prevista no art. 801, III, do CPC, a petição inicial da ação cautelar preparatória em que se evidencia a providência jurisdicional a ser pleiteada na ação principal, possibilitando, assim, a análise acerca da plausibilidade do direito invocado, bem como o exercício pleno do direito de resposta do réu. 4. É certo e determinado o pedido, nos termos dos arts. 282 e 286 do CPC, quando perfeitamente caracterizados a tutela jurisdicional e o bem da vida

pretendido, representados, na espécie, pelo pedido imediato de condenação e pedido mediato de autorização para tratamento médico. 5. O reexame de fatos e a interpretação de cláusulas contratuais em recurso especial são inadmissíveis (Súmulas 5 e 7 do STJ). 6. Constitui-se em obrigação de fazer aquela em que o elemento preponderante é a prestação de uma atividade pelo devedor, ainda que sucedida pela entrega de coisa, cabendo, portanto, a fixação de astreintes para o caso de descumprimento. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (STJ, REsp 1186851 MA 2010/0056097-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/08/2013, T3 - TERCEIRA TURMA)

Com efeito, ainda que o juiz arbitre a multa, muitas operadoras de planos de saúde descumprem deliberadamente a decisão judicial, neste caso, caberá ao autor buscar a execução provisória da multa *astreintes*, vale dizer que nas ações para fornecimento de medicamentos o que importa naquele momento ao autor é receber o medicamento do qual tanto necessita, logo, poderá ainda, como último recurso antes de ingressar com a execução, demonstrar ao magistrado que a obrigação não foi cumprida no prazo determinado pelo juiz e requerer a majoração da multa e nova intimação do requerido.

O Ilustre Jurista Nelson Nery Júnior, discorre sobre essa legítima possibilidade:

Não há ofensa à coisa julgada, mas sim aplicação da cláusula *rebus sic standibus* de que se reveste a decisão ou sentença na parte que fixa o valor da multa diária. Em outras palavras, mantida a mesma situação de fato, o valor da multa constante da sentença não pode ser alterado; sobrevindo nova

situação de fato, o valor da multa constante da sentença pode ser modificado. (NERY JUNIOR, 2013, p. 808).

Observa-se então, que o deferimento da tutela antecipada não é sinônimo de efetividade da medida, para que a medida seja de fato efetivada, faz-se necessário a aplicação de multa em face do requerido, caso o mesmo não cumpra à medida que lhe foi imposta no prazo assinalado pelo juiz.

Vale ressaltar, que uma vez deferida a antecipação da tutela pleiteada e esta por sua vez confirmada através de sentença, o julgado final deve conter determinação de que caso o tratamento seja de uso contínuo e por tempo indeterminado, deverá o demandante apresentar sempre que necessitar da medicação, receita médica atualizada, devendo assim ser comprovada a necessidade de continuação ininterrupta da medicação, o objetivo principal dessa determinação judicial é para que se impeça qualquer desvio de finalidade do uso do medicamento solicitado, restando assim, protegida a finalidade pública da decisão.

4 Necessidade de Indenização pelos Danos Morais

O último capítulo deste trabalho, irá fomentar o debate tentando demonstrar que além do deferimento da antecipação da tutela, o requerente/contratante fará jus a uma indenização por danos morais, levando-se em conta o grau de lesão tanto emocional quanto no que diz respeito ao agravamento do seu estado de saúde, faz-se necessário dizer-se que o valor da indenização aqui discutida deve ter o seu caráter educativo/punitivo, para que outras situações semelhantes não tornem a acontecer, buscando inclusive, desafogar o já tão asoberbado Poder Judiciário.

PLANO DE SAÚDE. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais. Autor diagnosticado com tumor carcinoide metastático no

fígado. Prescrição de tratamento quimioterápico com o medicamento Afinitor/Everolimus 10mg. Negativa de cobertura. Restrição contratual que exclui o fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar. Cláusula abusiva. Aplicação do CDC. Limitações constantes no contrato que constituem prática ilegal, fundada no abuso do poder econômico, em detrimento da defesa e do respeito ao consumidor. Nulidade da cláusula restritiva. Precedentes. Aplicação da Súmula 95 deste Egrégio Tribunal. Danos morais configurados ante o descaso verificado com o consumidor e agravamento da situação psicológica de quem já está fragilizado pela doença. Valor fixado em R\$10.000,00. Recurso parcialmente provido. (TJ-SP, Apelação: APL 10233841520138260100 SP 1023384-15.2013.8.26.0100Relator: Milton Carvalho, Data de Julgamento: 07/08/2014, 4ª Câmara de Direito Privado)

Importante frisar que o beneficiário do plano de saúde, no momento que necessita bater a porta do judiciário para a obtenção do medicamento que lhe fora negado administrativamente, pouco esta se importando se vai ou não receber a indenização que lhe é devida, o que lhe importa naquele momento, é ter o seu pedido atendido e consequentemente a melhora da sua saúde já tão fragilizada.

O dano moral esta semeado na sua própria ofensa é decorrente da arbitrariedade e da gravidade do ato ilícito praticado. O dano moral deriva de forma direta do ato do qual resulta a ofensa, logo, desde que provada à ofensa, por consequência restará comprovado o dano moral.

Exatamente neste diapasão é o entendimento de Fernando Gaburri:

Imagine-se como seria provar a dor, sofrimentos, tristeza e humilhações pela via documental, mediante prova testemunhal ou até mesmo por meio de testemunhas. Não como se demonstrar o descrédito, o desprestígio e o repúdio sofridos pela vítima, valendo-se unicamente de tais vias ordinárias, e, se tal fosse exigido, certamente redundar-se-ia na primitiva fase da irreparabilidade do dano moral. (GABURRI, 2008, p. 98 - 99).

4.1 Da ilicitude do ato abusivo

Ao contratar um plano de saúde, o indivíduo tem como objetivo primordial, se prevenir para que numa eventualidade da vida, a qual todo ser humano esta sujeito a passar, busca com isso, não necessitar se preocupar com uma possível doença e os custos do tratamento, bem ainda, não precisar ter que recorrer ao SUS, o qual se encontra em situação de verdadeiro caos.

Com efeito, no momento em que mais se necessita da utilização do plano de saúde, o mesmo recusa-se a cumprir com as suas obrigações, logo, diante da repugnante atitude do plano de saúde, o contratante acaba passando por constrangimentos que sempre buscou evitar ao contratar um plano de saúde.

O que ocorre é sem dúvidas as chamadas cláusulas “surpresa” cláusulas que o contratante só toma conhecimento quando vê a sua cobertura negada, logo, entende-se que a prática de negar a cobertura ao usuário do plano de saúde é ilícita e ilegal.

Nesse sentido posiciona-se a jurisprudência do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – CIVIL – PLANO DE SAÚDE – COBERTURA SECURITÁRIA – RECUSA INDEVIDA DE INTERNAÇÃO

HOSPITALAR – CLÁUSULA ABUSIVA – ATO ILÍCITO – SITUAÇÃO EMERGENCIAL – DOENÇA GRAVE – MENINGITE – OCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS – PRECEDENTES -QUANTUM INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE – REVISÃO – REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO – [SÚMULA 07/STJ](#) - 1- Abusiva a cláusula de contrato de plano de saúde que exclui de sua cobertura o tratamento de doenças infecto-contagiosas, tais como a meningite. 2- A seguradora, ao recusar indevidamente a cobertura para tratamento de saúde, age com abuso de direito, cometendo ato ilícito e ficando obrigada à reparação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais dele decorrentes. **3- A recusa indevida da cobertura para tratamento de saúde, em situações de emergência, quando o fato repercute intensamente na psique do doente, gerando enorme desconforto, dificuldades e temor pela própria vida, faz nascer o direito à reparação do dano moral. 4- Segundo entendimento pacificado desta Corte, o valor da indenização por dano moral somente pode ser alterado na instância especial quando ínfimo ou exagerado, o que não ocorre no caso em tela, em que, consideradas as suas peculiaridades, fixado no valor de dez salários mínimos. 5- AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ – AgRg-REsp 1.299.069 – (2011/0300477-7) – 3ª T. – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – DJe 04.03.2013 – p. 1584). (GRIFOU-SE).**

Conforme entendimento jurisprudencial supra, ao NEGAR o procedimento solicitado pelo paciente, o plano de saúde age com abuso de direito e comete um ato ilícito, nos dizeres do professor Silvio Venosa, o ato ilícito, traduz-se em um comportamento voluntário que transgredir

um dever devendo este ser reparado através de indenização (DE SALVO VENOSA, 2004, p. 26), compartilha-se aqui, deste entendimento.

4.2 O nexo causal e a Culpa

Não se faz necessário aqui, discorrer sobre todas as teorias acerca do nexo causal, sendo de muito mais importância demonstrar onde se configura do nexo de causalidade quando as operadoras de planos de saúde negam o medicamento solicitado pelo contratante.

Não existe uma regra efetiva para se estabelecer o nexo causal, via de regra, verifica-se, se o evento ocorrido contribuiu efetivamente para a ocorrência do dano, no caso em estudo, verificar-se-á, se ao NEGAR o medicamento do qual o contratante necessita para o seu tratamento, o plano de saúde contribuiu efetivamente para as ocorrências danosas que se deram posteriormente a NEGATIVA.

Sendo assim, o magistrado observará quais as consequências danosas vieram à tona, nessas situações por já estar com a sua saúde fragilizada e necessitando o quanto antes iniciar o tratamento, o paciente/contratante passa pelo constrangimento, pela dor e pelo sofrimento, causados pelo plano de saúde que negou o procedimento solicitado pelo médico especialista, ademais, nestas situações, não raro, o paciente além da doença, agora passa a ter mais um sofrimento psicológico, passa muitas vezes a ter o eu estado de saúde agravado, vindo inclusive em muitos casos a ter que se afastar de suas atividades laborais por causa do não início do tratamento para ter a sua patologia controlada e/ou curada.

Conclui-se que ao descumprir o contrato o plano de saúde, gera no contratante constrangimento, dor e sofrimento.

A culpa revela-se de três maneiras, negligência, imprudência e imperícia, todas sendo corolário da inobservância de um dever que o agente deveria conhecer e cumprir, mas não o fez.

Para o mestre em responsabilidade civil, José Aguiar Dias:

A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências da sua atitude. (DIAS, 1979, p. 80).

A relação de consumo existente entre a operadora de plano de saúde e o contratante, é regida pelo art. 14 do CDC, aliás, sobre o tema em lume o STJ editou a súmula n. 469, dispondo esta que: aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, tratando-se de relação de consumo, onde a responsabilidade civil é objetiva, exigindo-se apenas a prova do dano e o nexo causal para gerar a obrigação de indenizar os danos tanto materiais quanto morais sofridos pelo consumidor/paciente, vale lembrar que, em se tratando de relação de consumo, o CDC determina a inversão do ônus da prova.

Sobre a inversão do ônus da prova discorre João Batista de Almeida:

Para inverter esse quadro francamente desfavorável ao consumidor, o legislador alterou, para as relações de consumo, a regra processual do ônus da prova, atento as circunstâncias de que o fornecedor está em melhores condições de realizar a prova de fato ligada a sua atividade. (ALMEIDA, 2010, p. 106).

A jurisprudência se posiciona sobre o tema:

PROCESSO CIVIL - CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS-

PLANO DE SAÚDE - MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - **RESPONSABILIDADE OBJETIVA** - QUANTUM INDENIZATÓRIO. **1-NÃO SE VISLUMBRA A EXCLUDENTE DE NEXO CAUSAL DA CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO** SE A EMPRESA PRESTADORA DO SERVIÇO NÃO FOI DILIGENTE NA SUA PRESTAÇÃO, DEIXANDO DE PAGAR DESPESAS COM INTERNAÇÃO E MEDICAMENTOS, APÓS ASSIM TER AUTORIZADO, FAZENDO COM QUE O HOSPITAL ENVIASSE O NOME DA CONSUMIDORA PARA LISTAS NEGATIVAS. 2- A INDENIZAÇÃO É O MEIO DE AMENIZAR O SOFRIMENTO MORAL E MERECE SER FIXADA COM OBSERVÂNCIA DO GRAU DE CULPA, POTENCIAL ECONÔMICO E A EXTENSÃO DO DANO, EM VALOR RAZOÁVEL E MODERADO. 3- O VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVE OBSERVAR O DISPOSTO NAS ALÍNEAS DO § 3º DO ART. 20 DO CPC, PELO QUE, TRATANDO-SE DE CAUSA SINGELA, NÃO PODE SER ELEVADO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. UNÂNIME. (TJ-DF - AC: 20060110353176 DF , Relator: MARIA BEATRIZ PARRILHA, Data de Julgamento: 02/05/2007, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 10/05/2007 Pág. : 127) (GRIFOUS-E).

De certo, que o nexo causal e a culpa, advêm do próprio ato ilícito praticado pelo plano de saúde, que ao NEGAR o medicamento solicitado pelo contratante, infringe todas as normas vigentes do direito do consumidor e ainda, atinge diretamente um dos pressupostos contratuais que é a boa fé objetiva, logo, não resta outro caminho a não ser a indenização para que o sofrimento experimentado pelo paciente seja minimamente amenizado.

4.3 Responsabilidade Objetiva

Com previsão legal no art. 37, § 6º da Constituição Federal, a responsabilidade civil objetiva ganhou força principalmente com o advento do Código de Defesa do Consumidor, neste caso a obrigação de reparar o dano se dá independente de comprovação da culpa, bastando para tanto a comprovação do dano.

Neste sentido é o entendimento da Jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C RESSARCIMENTO E DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE CARCINOMA DE OVÁRIO RECIDIVO EM 4ª LINHA DE TRATAMENTO. AVASTIN. COBERTURA DEVIDA. **RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA**. PRESSUPOSTOS PRESENTES. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. QUANTUM. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ADSTRIÇÃO À NORMATIVA DA EFETIVA EXTENSÃO DO DANO. FUNÇÃO PREVENTIVO-PEDAGÓGICA-REPARADORA-PUNITIVA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA DESDE O ARBITRAMENTO. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA PRECLUSA. IMPOSSIBILIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA, EM PARTE, REFORMADA. 1. Conquanto não seja possível analisar a questão à luz da Lei n. 9.656/98, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, já que o contrato de plano de saúde em epígrafe (celebrado em 1987, conforme afirmado na petição inicial) é anterior à sua vigência e não há prova de eventual adaptação da relação jurídica aos seus termos, tal peculiaridade

não impede a incidência e análise dos autos de acordo com o Código de Defesa do Consumidor, norma de ordem pública e de aplicação imediata, sobretudo por se tratar de avença de duração continuada. 2.À luz da boa-fé objetiva e da interpretação favorável, e uma vez constatada a necessidade da paciente, diagnosticada com carcinoma de ovário recidivo em 4ª linha de tratamento, de realizar o procedimento de quimioterapia prescrito pelo médico com a utilização do AVASTIN, não pode o plano de saúde se recusar a cobri-lo ao argumento de que a medicação não está no rol de procedimentos da ANS, pois cabe a este profissional definir qual é o melhor tratamento para a segurada. 3.Tendo o plano de saúde colacionado documentação demonstrando o efetivo pagamento de todo o tratamento da paciente, inclusive dos valores devidos a título de complementação do reembolso, é de se reconhecer a quitação da obrigação de danos materiais. 4.Aresponsabilidade civil dos fornecedores de serviços, a cujo conceito se amolda o plano de saúde, é objetiva, fundada no risco da atividade por eles desenvolvida, não se fazendo necessário perquirir acerca da existência de culpa (Súmula n. 469/STJ; CDC, art. 14; CC, arts. 186, 187, 389, 475 e 927). Em caso tais, basta a comprovação do liame de causalidade entre o defeito do serviço e o evento danoso experimentado pelo consumidor, para fins de reparação. 5.O dano moral se relaciona diretamente com os prejuízos ocasionados a direitos da personalidade, cuja violação afeta diretamente à dignidade do indivíduo e constitui motivação suficiente para fundamentar uma ação compensatória dessa natureza. 5.1. A

negativa de prestação de serviço por parte do plano de saúde, quanto ao fornecimento do medicamento AVASTIN, para fins de tratamento de câncer de ovário, acarretou à consumidora constrangimento, dor, sofrimento, medo, sentimento de impotência e indignação suficientemente capazes de consubstanciar dano moral (*in re ipsa*), ferindo os deveres anexos de conduta na relação contratual, notadamente quanto à boa-fé (CC, art. 422). 5.2.A contratação de plano de saúde gera a legítima expectativa no consumidor de que obterá o adequado tratamento médico, necessário ao restabelecimento da saúde, cuja frustração viola a dignidade da pessoa humana e ultrapassa a esfera do mero inadimplemento contratual, atingindo o direito de personalidade. 5.3.O valor dos danos morais deve ser arbitrado em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Não se pode olvidar, ainda, da incidência da função preventivo-pedagógica-reparadora-punitiva, para que se previna novas ocorrências, ensine-se aos sujeitos os cuidados devidos, sob pena de sujeitar-se às penalidades legais, reparação dos danos ao consumidor e punição pelos danos causados. Normativa da efetiva extensão do dano (CC, art. 944). Nesse enfoque, é de se manter o valor dos danos morais arbitrado na sentença, de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). 6.Tratando-se de responsabilidade civil contratual, os juros de mora devem ser contabilizados a partir da data da citação (CC, art. 405). Ao passo que a correção monetária dos danos morais deve ser contabilizada a partir do seu arbitramento (Súmula n. 362/STJ). 7.Disciplinam o Código de Processo Civil, em seus arts. 183 e 473, que, decorrido o prazo, extingue-se, independentemente

de declaração judicial, o direito de praticar o ato, sendo defeso, também, a rediscussão, no curso do processo, de questões já decididas, a cujo respeito já se operou a preclusão. Nesse passo, em que pese a parte autora tenha se insurgido contra o bloqueio de quantia depositada a maior pelo plano de saúde, quando do cumprimento da decisão antecipatória de tutela, e contra o não abatimento do valor afeto às astreintes, tais matérias encontram-se acobertadas pela preclusão. 8. Ainda que a argumentação exposta reitere matéria preclusa, saliente-se não ser possível aferir qualquer atitude temerária nas razões recursais apresentadas pela parte autora, cujos fundamentos comportam relação direta com o exercício do seu direito de defesa, sem incorrer em qualquer abuso passível de justificar a sanção por litigância de má-fé (CPC, arts. 17 e 18). 9. Recurso da parte autora conhecido e desprovido. Recurso do réu conhecido e parcialmente provido para determinar a incidência de correção monetária sobre o valor dos danos morais, pelo INPC, a partir da data do arbitramento (Súmula n. 362/STJ). De ofício, determinou-se a incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês sobre o valor dos danos morais a contar da data da citação (CC, art. 405). Demais termos da sentença mantidos. (TJ-DF - APC: 20100111579806 DF 0051180-37.2010.8.07.0001, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 11/09/2014, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 16/09/2014 . Pág.: 72)

Vale dizer que os planos de saúde possuem a obrigação de resultado, devendo prestar o serviço com zelo e presteza.

Para Fernanda Shaefer:

Assim, a obrigação das operadoras de planos e seguros de saúde é de resultado, ou seja, assumem o compromisso de prestar um serviço médico de alto padrão e confiabilidade e garantir indenização caso esse resultado não seja alcançado por falha de seus médicos credenciados. Portanto o contrato é considerado descumprido quando o serviço não é executado nos moldes prometidos, como ocorre quando há um erro médico e, por serem as operadoras coordenadoras de toda a rede contratual, são elas, pelo princípio da solidariedade, responsáveis por acidentes de consumo.

4.4 A quantificação do dano e o caráter educativo da indenização

Com já foi dito anteriormente no curso deste trabalho, o consumidor/contratante do plano de saúde, ao ter o seu direito desrespeitado, não busca a indenização como objetivo principal da ação de obrigação de fazer para a obtenção da medicação, a indenização é consequência do pedido principal, que é exatamente a obtenção da medicação para obter o tratamento do qual tanto necessita.

Vale ressaltar, que com a saúde já tão abalada e fragilizado pela doença, é de se esperar que depois de envidar esforços, que se tornaram infrutíferos, o paciente por sua vez, cai desesperadamente no fundo do poço ao ver todas as suas expectativas de melhora serem negadas, a dor e o sofrimento experimentados pelo consumidor, é tudo o que ele não precisava num momento tão difícil da sua vida.

Um dos argumentos de praxe trazidos pelos planos de saúde, diz respeito à chamada indústria do dano moral, alegam em síntese que nada fizeram que gerasse a obrigação de indenizar e que tal pedido não passa

de uma tentativa de ganhar dinheiro fácil, sendo uma tentativa de enriquecimento sem causa, através da indústria do dano moral.

Cabe ainda dizer, que antes de socorrer-se do judiciário, via de regra, o contratante busca antes a obtenção da medicação através da via administrativa, e quando recebe a resposta NEGATIVA tácita ou expressa é aí que recorre ao judiciário.

Longe de buscar o enriquecimento ilícito, o usuário do plano de saúde busca a reestabelecimento da sua saúde, na sua grande maioria, as ações que buscam obter medicamentos negados pelos planos de saúde, não requerem do magistrado um valor específico para ser fixado como indenização por danos morais, ficando esse *quatum* para ser arbitrado conforme o juízo de convencimento feito pelo magistrado, levando-se em conta, a gravidade da doença da qual é acometido o paciente, se esta foi agravada por falta do tratamento adequado, verificando-se ainda, se houve afastamento do trabalho devido a evolução da doença, bem ainda, os documentos que comprovam que o contratante buscou a via administrativa para solucionar o problema, por fim, busca-se verificar a dor, a angustia e a aflição experimentados pelo segurado.

Nesse sentido é o entendimento jurisprudencial do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE MATERIAIS IMPRESCINDÍVEIS PARA A REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. **DANO MORAL CONFIGURADO.** DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.

1 - Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, **a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de**

aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. 2 - Em consonância com a jurisprudência, a quantia de R\$17.500,00 (dezesete mil e quinhentos reais), considerando os contornos específicos do litígio, compensam de forma adequada os danos morais. 3.- Agravo Regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 1254952/SC, Min. Rel. Sidnei Beneti, 3ª Turma, julgamento em 15.9.2011) (GRIFOU-SE).

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSOESPECIAL. PLANO DE SAÚDE.**AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. NEGATIVA DE COBERTURADE EXAMES MÉDICOS.** TRATAMENTO DE CÂNCER. IDOSO. FALECIMENTO DOSEGURADO. DANO MORAL. DECISÃO RECORRIDA EM CONFORMIDADE COM AJURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA. N. 83/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. **1. É passível de danos morais a injusta recusa de cobertura de seguro saúde, por gerar situação de aflição psicológica e de angústia ao segurado que se encontra com a saúde debilitada.** Precedente: REsp n. 918.392/RN, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. 2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ. 3. Em hipóteses excepcionais, quando irrisório ou exorbitante o valor da indenização, a jurisprudência desta Corte permite o afastamento do referido óbice para possibilitar a revisão. No caso, o valor arbitrado pelo Tribunal de

origem não se distancia dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg no AREsp: 204037 CE 2012/0152504-2, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 21/03/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/04/2013) (GRIFOU-SE)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS – RECUSA INDEVIDA À COBERTURA DE TRATAMENTO DE SAÚDE – DANO MORAL – FIXAÇÃO - 1- A recusa, pela operadora de plano de saúde, em autorizar tratamento a que esteja legal ou contratualmente obrigada, implica dano moral ao conveniado, na medida em que agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito daquele que necessita dos cuidados médicos. Precedentes. 2- A desnecessidade de revolvimento do acervo fático-probatório dos autos viabiliza a aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, com a fixação da indenização a título de danos morais que, a partir de uma média aproximada dos valores arbitrados em precedentes recentes, fica estabelecida em R\$12.000,00, cuja atualização retroagirá à data lançada na sentença. 3- Recurso especial provido. (STJ – REsp 1.322.914 – (2012/0097003-6) – 3ª T. – Relª Minª Nancy Andrichi – DJe 12.03.2013 – p. 497) (GRIFOU-SE).

Sabidamente os tribunais estaduais seguem a linha de raciocínio do STJ:

CIVIL - CONSUMIDOR - APELAÇÃO CÍVEL - PLANO DE SAÚDE - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - NEGATIVA DE ATENDIMENTO - SISTEMA NACIONAL UNIMED - ABRANGÊNCIA NACIONAL - ABUSIVIDADE - DANO MATERIAL CORRESPONDENTE AS DESPESAS EFETUADAS NO PROCEDIMENTO - DANO MORAL CONFIGURADO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INEXISTÊNCIA - APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, nos termos da Súmula 469/STJ. 2. As cláusulas contratuais relativas ao plano de saúde, ou seguro-saúde, devem ser sempre interpretadas de forma mais favorável ao consumidor, nos termos do art. 47, do Código de Defesa do Consumidor. 3. Em que pese ser a UNIMED Recife pessoa jurídica distinta da UNIMED João Pessoa, o contrato acostado pela própria apelante autoriza a utilização, por qualquer motivo, dos recursos do contrato através da UNIMED da localidade onde estiver, ou seja, garante a prestação de serviços em todo território nacional. 4. O Hospital, bem como a médica que acompanhou e realizou o parto são integrante da rede credenciada da UNIMED Recife, não encontrando, pois, a negativa de cobertura o respaldo pleiteado pela requerida, eis que, como visto, a interpretação a ser conferida para a cláusula contratual é a de que o ajuste firmado seria patrocinado em todo o Sistema Nacional Unimed. 5. No caso, não foi possível a utilização dos serviços de seus credenciados em razão de injustificável recusa da apelante, portanto, o reembolso deve ser no valor das notas fiscais apresentadas pelos apelados. Isso porque tal recusa não pode ser premiada. 6. Da mesma forma, ao contrário do alegado pela apelante,

a recusa indevida à cobertura do tratamento de saúde, gera danos morais, ultrapassando o mero aborrecimento. **7. Não há dúvida de que a omissão da UNIMED João Pessoa, ao negar assistência médica aos autores, ocasionou-lhes grave abalo moral, imensa indignação e profunda angústia e aflição, ante a negativa indevida da prestadora de serviços.** 8. A pena de litigância deve ser reservada ao comportamento doloso, quando se busca alterar deliberadamente a verdade dos fatos, e não apenas como forma de defesa, como no caso. 9. Apelação que se nega provimento. (TJ-PE - APL: 705822820108170001 PE 0070582-28.2010.8.17.0001, Relator: Francisco Eduardo Goncalves Sertorio Canto, Data de Julgamento: 20/09/2012, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: 178/2012) (GRIFOU-SE)

Não resta dúvidas, de que a verba referente a indenização pelos danos morais deve ser quantificada exatamente pelos prejuízos que o contratante do plano de saúde veio sofrer, decorrentes da NEGATIVA administrativa para a obtenção da medicação, levando-se em conta se o remédio do qual necessita é indispensável para tratamento da sua moléstia, por outra ótica não se pode deixar de levar em conta de que a indenização possui caráter punitivo-educativo.

Nesse sentido entende a jurisprudência:

CDC. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO COLETIVO. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MEDICAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRATAMENTO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE COBERTURA CONTRATUAL. CLÁUSULA ABUSIVA. NULIDADE.

DANO MORAL. O contrato coletivo de plano de saúde gera direitos e deveres entre a operadora dos serviços de saúde e o terceiro beneficiário, consolidando um vínculo jurídico transcendente secundário, conferindo legitimidade a estas partes para questionar diretamente o contrato firmado entre os contratantes originários. O terceiro beneficiário, inobstante não tenha participado da estipulação originária, pode exigir o cumprimento da obrigação instituída em seu favor. A negativa de custeio de tratamento domiciliar indicado por médico, mesmo fundamentada em exclusão contratual, coloca em risco a contratação, despontando como abusiva. Constitui abuso de direito, rendendo ensejo à indenização por danos morais, a negativa de cobertura no fornecimento da medicação quimioterápica a ser ministrada de forma domiciliar, quando evidenciada a necessidade e urgência no tratamento indicado por profissional habilitado. A conduta transcende o mero descumprimento contratual, evidenciando um completo descaso com o direito do consumidor, configurando ofensa aos atributos da personalidade. **A indenização deve ter o caráter não só compensatório pelos constrangimentos, aborrecimentos e humilhações sofridas pela parte ofendida, mas também punitivo e preventivo, a fim de se evitar a reincidência. Portanto, o quantum deve ser fixado levando-se em conta a situação econômica das partes, a gravidade do dano, os incômodos experimentados pela parte autora e o aspecto educativo da sanção,** tendo sempre como parâmetros a proporcionalidade e a razoabilidade da condenação. Recurso conhecido e não provido. (TJ-

DF - APC: 20110710238582 DF 0023300-18.2011.8.07.0007, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Data de Julgamento: 17/12/2014, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 22/01/2015 . Pág.: 438) (GRIFOU-SE)

Resta-se evidenciado, que o dano moral não se presta a gerar um enriquecimento sem causa, busca-se sem sobra de dúvidas evitar que o ofensor continue a desrespeitar os consumidores e a continuar a sua prática abusiva.

Nesse diapasão é o entendimento de Fernando Gaburri:

A indenização por danos morais não pode configurar enriquecimento ilícito por parte do ofendido, devendo cingir-se a estipulação de penalidade de certa monta, capaz de desencorajar o ofensor de voltar a cometer atos atentatórios desse jaez.

Resta evidenciado de maneira límpida e cristalina, que apesar dos argumentos levantados pelos planos de saúde no intuito de justificar a NEGATIVA da medicação solicitada pelo segurado, não assiste razão a tais argumentos, devendo o direito a saúde, a vida e a dignidade humana sobrepor-se a tais argumentos.

5 Conclusões

O trabalho em análise surgiu da necessidade de fomentar o debate acerca do grande número de ações que são intentadas no Poder Judiciário pelos usuários de planos de saúde, que tem o seu direito a obtenção do medicamento NEGADO do qual necessitam para realizar o tratamento médico.

Apesar da Carta Suprema, prevê que a saúde é direito de todos e dever do estado, uma vez a iniciativa privada se investindo nesses deveres, deve também suprir tais exigências, em privilégio ao direito a vida, á saúde e a dignidade humana.

Buscou-se ao longo desse trabalho, demonstrar que não assiste razão as Operadoras dos Planos de Saúde, que ao NEGAR o medicamento do qual necessita o seu contratante, tentam infrutiferamente justificar o injustificável, tais alegações devem ser respeitadas, mas não devem prevalecer, pois diante de uma análise mais detalhada da legislação constitucional, infraconstitucional e jurisprudencial pátrio, tais legações beiram ao absurdo e caem por terra.

Louvável o posicionamento da maioria dos magistrados, que diante de um caso em concreto, desde que presentes os requisitos autorizadores, concedem de plano a antecipação dos efeitos da tutela, em privilégio ao Princípio da Vedação dos Atos de Ruína, conseqüentemente vedando-se os atos que poderão ocasionar a desgraça pessoal do mais fragilizado, o que sem sombra de dúvidas poderá levar ao risco de morte ou o agravamento da sua saúde.

No que concerne a efetivação da Antecipação da Tutela deferida, esta também foi objeto de análise, entendendo-se que a antecipação da medida não é sinônimo de efetivação da mesma, logo, verificou-se ao longo do estudo que o meio mais utilizado pelos magistrados para se fazer cumprir a decisão e também sendo este o mais eficiente, o arbitramento da multa *astreintes*, sendo ainda possível a majoração da mesma.

Verificou-se também, que outra questão importantíssima a ser levada em conta pelos julgadores quando do deferimento da liminar e sendo esta confirmada por sentença, é no tocante a cautela para que não haja desvio de finalidade no uso da medicação, logo, em se tratando de medicamento de uso contínuo e por tempo indeterminado, deve sempre ser apresentada a prescrição médica atualizada, a fim de que seja impedido o desvio de finalidade no fornecimento do remédio.

A Constituição da República resguarda o direito à vida, a honra e a integridade física e psíquica de cada cidadão, sendo legítima a indenização por danos morais quando houver injustiças e violações a esses direitos, logo, demonstrou-se ser legítima a indenização por danos morais.

Ainda sobre a indenização pelos danos morais sofridos pelo paciente, conclui-se que, esta por sua vez, deve ser arbitrada, levando-se em conta as regras da prudência, do bom senso e da imperiosa ponderação da realidade da vida, logo, entende-se que no tocante a NEGATIVA de fornecimento de medicamento, a análise deve levar em conta, principalmente a recusa por parte da operadora de planos de saúde, o agravamento da doença, se houve afastamento das atividades laborais e a própria aflição psicológica, por já se encontrar com a saúde fragilizada, devendo o *quantum* ser fixado nem de forma simbólica, muito menos deverá gerar o enriquecimento sem causa do ofendido, observando-se também, o caráter educativo da indenização.

Em linhas gerais, visualizou-se que a saúde é sem sombra de dúvidas obrigação do Estado, mas, não é monopolizado por este, configura-se também atividade livre a iniciativa privada (planos de saúde), com efeito, ao prestar serviços médicos e de saúde ao indivíduo, o plano de saúde se investe nas idênticas obrigações estatais, inclusive, para a obrigação de fornecer o medicamento do qual necessita o contratante/paciente para a obtenção da cura ou controle de sua patologia.

Em momento algum este singelo trabalho buscou exaurir o tema em questão, tentou-se tão somente fomentar a discussão sobre o tema abordado, buscando-se demonstrar que apesar da legislação constitucional e infraconstitucional proteger o hipossuficiente, esse por sua vez continua tendo o seu direito negado pelos planos de saúde e consequentemente tendo que socorrer-se do já tão assoberbado Poder Judiciário.

Referências

Livros:

ALMEIDA, João da Silva. **Manual de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVES, Jones Figueirêdo. **Manual das audiências cíveis** / Jones Figueirêdo Alves, Misael Montenegro Filho. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BAHIA, Ligia. **As contradições entre o SUS universal e as transferências de recursos públicos para os planos e seguros privados de saúde. Ciência e Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, 2008

BAHIA, Lígia. **Avanços e percalços do SUS: a regulação das relações entre o público e o privado. Trabalho, Educação e Saúde**. Rio de Janeiro: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio – Fundação Joaquim Nabuco, 2006

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Art. In coletânea Reforma do CPC**. Saraiva, 1996.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 6 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CARVALHO, Washinton Rocha de; LÉPORE, Paulo; RESENDE, Mariana Junqueira Bezerra; SOUZA, Otávio Augusto de. **Manual do Advogado Cível – Teoria e Prática**. Bahia: JusPODIVM, 2014.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: Evolução, normatização e efetividade** –Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005.

DE SALVO VENOSA, Silvio. **Contratos em Espécies e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade Civil**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GABURRI, Fernando - DONATO DE ARAÚJO, Vaneska (coord). **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Ed. RT, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Novo curso de direito civil, volume III – responsabilidade civil**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006

KIMURA, Alexandre Issa. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Juarez Oliveira, 2005.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23 ed., São Paulo: Atlas, 2008.

NERY, Júnior, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Civil Comentado**. 10. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NERY, Júnior, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 13. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NETO, Antônio Joaquim Fernandes. **Plano de Saúde e Direito do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NETO, Sebastião de Assis; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil**. Bahia: JusPODIVM, 2013.

PINOCHET, Luis Herman Contreras - PEREIRA, Ana Cristina. **Planos de saúde: você conhece seus direitos?** São Paulo: Paulus, 2010.

ROQUE, Andre; GARJADONI, Fernando; TOMITA, Ivo Shigueru; DELLORE, Luiz; DUARTE, Zulmar (organizadores). **Novo CPC anotado e comparado. Tudo em um**. 1ª ed. Indaiatuba – São Paulo: Editora Foco Jurídico, 2015.

SHAEFER, Fernanda. Responsabilidade civil dos planos & seguros de saúde. 3. Ed. Curitiba: Juruá, 2010. 1ª reimpressão (Ano 2012).

SCHUMAN, Gabriel. **Planos de saúde – saúde e contrato contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 47. ed. Vol I. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

Consultas a Internet:

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR (ANS). **Consumidor. Começam a valer as novas coberturas dos planos de saúde**. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/a-ans/sala-de-noticias-ans/consumidor/2331--a-partir-de-2012014-comecam-a-valer-as-novas-coberturas-dos-planos-de-saude>

Acesso em: 20 jun. 2015.

ALMEIDA, Marília. **Negativa de cobertura é maior problema dos planos de saúde**.

Disponível em: < <http://exame.abril.com.br/seu-dinheiro/noticias/negativa-de-cobertura-e-maior-problema-dos-planos-de-saude> >

Acesso em: 16 out. 2014.

BADIA, Bruno Dutra. **Características do plano de saúde e satisfação dos beneficiários**. Instituto de Estudos de Saúde Suplementar. IESS nº 0015/2008. Disponível em: < http://iess.org.br/?p=publicacoes&id=284&id_tipo=3#.VaVYL IViko >

Acesso em: 14 jul. 2015.

GARMS, Ana Maria Zauhy. **Cláusulas abusivas nos contratos de adesão à luz do Código do Consumidor**. São Paulo, 1997.

Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/707/clausulas-abusivas-nos-contratos-de-adesao-a-luz-do-codigo-do-consumidor/2>.

Acesso em: 29 de junho de 2015.

Plano deve custear qualquer tratamento essencial. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-fev-11/plano-custear-remedio-essencial-mesmo-esteja-fora-rol-ans> >

Acesso em: 08 abr. 2015

SIMÕES, Alexandre Gazetta. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3554, 25 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24039>>. Acesso em: 13 jul. 2015.

Jurisprudências:

BRASIL. Tribunal de Minas Gerais. **APELAÇÃO. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE EXCLUI COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO-**

HOSPITALAR – ABUSIVIDADE – INCIDÊNCIA DO CDC. Acórdão nº: 0335319-9. Órgão Julgador: 4ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 23/05/2001.

BRASIL. Tribunal de Minas Gerais. **APELAÇÃO. COOPERATIVA MÉDICA – CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – NÃO COBERTURA DE TRATAMENTO – APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** Acórdão nº: 0324266-6. Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 14/02/2001.

BRASIL. Tribunal do Rio de Janeiro. **APELAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. SOLIDARIEDADE ENTRE OS INTEGRANTES DA CADEIA DE CONSUMO.** Processo nº 0012861-43.2010.8.19.02002. Apl. nº: 0012861430108190202. Órgão Julgador: 25ª Câmara Cível/Consumidor. Data de Julgamento: 26/02/2014.

BRASIL. Tribunal do Distrito Federal. **APELAÇÃO PLANO DE SAÚDE DIREITO DO CONSUMIDOR NEGATIVA DE COBERTURA AO TRATAMENTO RADIOTERÁPICO.** Processo nº 0026206-20.2011.8.26.0405. Apl. nº: 00262062020118260405. Órgão Julgador: 2ª Câmara de direito privado. Data de Julgamento: 07/08/2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROCEDIMENTO DE URGÊNCIA. INDICAÇÃO MÉDICA. NEGATIVA TÁCITA, COM BASE NO ARTIGO 4º DA RESOLUÇÃO Nº 8 DO CONSU. MATERIAIS NECESSÁRIOS A REALIZAÇÃO DA CIRURGIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. ADEQUAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO COM BASE NO ARTIGO 20, § 4º, DO CPC. APELO PROVIDO EM PARTE.** Apl. nº: 70046471751. Órgão Julgador: 6ª Câmara Cível. Data de Julgamento: 24/10/2013

Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO. PLANO DE SAÚDE. APLICABILIDADE. PROCEDIMENTO DE**

EMERGÊNCIA. NEGATIVA DE COBERTURA. AQUISIÇÃO MATERIAL. NEGATIVA GENÉRICA. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA. ILICITUDE. COMPROVAÇÃO. ARTS. 757 E 760 DO CC. OFENSA. INOCORRÊNCIA. DANO MORAL. DIREITOS DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. PRESENÇA. SENTENÇA MANTIDA. Processo nº 0027236-98.2013.8.07.0001. APC nº 20130111039842 DF. Órgão julgador: 2ª Turma Cível. Data de Julgamento: 24/09/2014

Brasil. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PLANO DE SAÚDE. DIAGNÓSTICO DE "DEGENERAÇÃO MACULAR". NEGATIVA DE TRATAMENTO POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL E POR NÃO CONSTAR NO ROL DE PROCEDIMENTOS DE SAÚDE LISTADOS PELA ANS. COBERTURA OFTALMOLÓGICA. DISPOSIÇÃO GENÉRICA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ARTIGO 54, PARÁGRAFO QUARTO, DA LEI Nº 8.078/1990. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. CONSONÂNCIA COM O ARTIGO 47 DO CODECON. PROCEDIMENTOS ESTABELECIDOS PELA ANS EM PATAMAR MÍNIMO A SER CUMPRIDO. INTERPRETAÇÃO E EXECUÇÃO SEGUNDO OS DITAMES DA BOA-FÉ. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.** Apl. nº: 2009.066.699-1. Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Civil. Data do Julgamento: 02/02/2010

Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. **PLANO DE SAÚDE. Recusa da ré em custear tratamento oftalmológico com os medicamentos "avastin" e "triancilonona" à justificativa de que não incluídos no rol da ANS. Inadmissibilidade. Rol divulgado pela agência reguladora que não é taxativo, servindo como mera referência de cobertura para as operadoras de planos privados. Contrato que não prevê a exclusão do tratamento. Risco de perda da visão. Incidência do CDC. Inteligência dos artigos 47 e 51. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO.** Apl. nº: 0000816-22.2009.8.26.0695. Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito

Privado. Data do Julgamento: 12/01/2012. Data da Publicação: 31/01/2012

Brasil. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **PROCESSO CIVIL - RECURSO DE AGRAVO - PLANO DE SAÚDE - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - COBERTURA DE SESSÕES DE FISIOTERAPIA RPG- POSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO CDC - CABIMENTO -NEGATIVA DE COBERTURA. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA. ROL DA ANS NÃO TAXATIVO. OFENSA AO ART. 557 DO CPC. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.** AGV: 2538094 PE 0018986-71.2011.8.17.0000, Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 14/06/2012.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. PLANO DE SAÚDE. RECUSA INJUSTIFICADA DE COBERTURA DE TRATAMENTO MÉDICO. DESCUMPRIMENTO DE NORMA CONTRATUAL A GERAR DANO MORAL INDENIZÁVEL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO ACERCA DA NÃO APROVAÇÃO DO MEDICAMENTO PELA ANVISA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.** STJ, AgRg no REsp 1253696/SP, Min. Rel. Luis Felipe Salomão. Órgão Julgador: 4ª Turma. Data do julgamento em 18.8.2011.

Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. **PLANO DE SAÚDE NEGATIVA DE COBERTURA PARA TRATAMENTO DE QUIMIOTERAPIA ORAL BENEFICIÁRIO PORTADOR DE NEOPLASIA MALIGNA DE ESTÔMAGO - NEGATIVA DE COBERTURA PARA TRATAMENTO DE QUIMIOTERAPIA FORA DO AMBIENTE HOSPITALAR OU AMBULATORIAL INADMISSIBILIDADE - PRECEDENTES - DECISÃO MANTIDA RECURSO IMPROVIDO.** Apl. Nº. 990.10.503394-6, Des. Rel. Jesus Lofrano – Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. julgado em 30.11.2010Data do Julgamento: 30/11/2010

Brasil. Tribunal Regional Federal 2ª Região. **AGRAVO DE INSTRUMENTO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INAUDITA ALTERA PARS – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES – SITUAÇÃO DE RISCO EXCEPCIONAL – LEI N.º**

9.313/96. AG-87292/RJ, Des. Fed. Valmir Peçanha. Órgão Julgador: 4ª Turma. Data do Julgamento: 07/08/2002

Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. **DESDE QUE PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO CPC 273, É DEVER IMPOSTO AO JUIZ A CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA, NÃO HAVENDO PORTANTO, DISCRICIONARIEDADE.** Ag 824084-1, rel. Juiz Rizzatto Nunes, Órgão Julgador: 1º Tribunal de Apelação Cível. Data de Julgamento: 04/11/1998

Brasil. Tribunal de Justiça do Piauí. **AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA ESPECÍFICA CONCEDIDA. CABIMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. PROVA INEQUÍVOCA E VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO DOS AGRAVADOS. EXISTÊNCIA DE FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 196 E SEQUINTE, DA CF. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.** TJ-PI - AI: 200800010010259 PI, Relator: Des. Raimundo Eufrásio Alves Filho Órgão Julgador: 1ª Câmara Especializada Cível. Data do Julgamento: 12/01/2011

Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. **A MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER OU DE NÃO FAZER DEVE SER FIXADA PELO JUIZ EM VALOR SIGNIFICATIVAMENTE ALTO, JUSTAMENTE PORQUE TEM CARÁTER INIBITÓRIO, TENDO COMO OBJETIVO FAZER COM QUE O DEVEDOR CUMpra A OBRIGAÇÃO NA FORMA ESPECÍFICA. O VALOR ALTO DEVE TER POTENCIALIDADE PARA INIBIR O DEVEDOR, FAZENDO COM QUE PREFICA CUMPRIR A OBRIGAÇÃO NA FORMA ESPECÍFICA A PAGAR A MULTA.** Apelação Cível: 128244-4/1-00, Relator: Des. Armindo Freire Mármora, Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado. Data de Julgamento: 22/08/2002.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. **PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NÃO INDICADAS.**

SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL AFASTADA. VALIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL E REEXAME DE FATOS. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPOSIÇÃO DE ASTREINTES. COMPATIBILIDADE. REsp 1186851 MA 2010/0056097-1. Órgão Julgador: 3ª Turma do STJ, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/08/2013, T3

Brasil. Tribunal de Justiça de São Paulo. **PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUTOR DIAGNOSTICADO COM TUMOR CARCINOIDE METASTÁTICO NO FÍGADO. PRESCRIÇÃO DE TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO COM O MEDICAMENTO AFINITOR/EVEROLIMUS 10MG. NEGATIVA DE COBERTURA. RESTRIÇÃO CONTRATUAL QUE EXCLUI O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PARA TRATAMENTO DOMICILIAR. CLÁUSULA ABUSIVA. APLICAÇÃO DO CDC. LIMITAÇÕES CONSTANTES NO CONTRATO QUE CONSTITUEM PRÁTICA ILEGAL, FUNDADA NO ABUSO DO PODER ECONÔMICO, EM DETRIMENTO DA DEFESA E DO RESPEITO AO CONSUMIDOR. NULIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA SÚMULA 95 DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL. DANOS MORAIS CONFIGURADOS ANTE O DESCASO VERIFICADO COM O CONSUMIDOR E AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO PSICOLÓGICA DE QUEM JÁ ESTÁ FRAGILIZADO PELA DOENÇA. VALOR FIXADO EM R\$10.000,00. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Apelação : APL 10233841520138260100 SP 1023384-15.2013.8.26.0100. Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 07/08/2014**

Brasil. Superior Tribunal de justiça. **AGRAVO REGIMENTAL – RECURSO ESPECIAL – CIVIL – PLANO DE SAÚDE – COBERTURA SECURITÁRIA – RECUSA INDEVIDA DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR – CLÁUSULA ABUSIVA – ATO ILÍCITO – SITUAÇÃO EMERGENCIAL – DOENÇA GRAVE – MENINGITE – OCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS – PRECEDENTES -QUANTUM INDENIZATÓRIO – RAZOABILIDADE – REVISÃO – REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. AgRg-REsp 1.299.069 – (2011/0300477-7) . Órgão**

Julgador: 3ª T. – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Data do Julgamento: 04/03/2013

Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **PROCESSO CIVIL - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS-PLANO DE SAÚDE - MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - QUANTUM INDENIZATÓRIO.** TJ-DF - AC: 20060110353176 DF, Órgão Julgador: 4ª Turma Cível. Relator: MARIA BEATRIZ PARRILHA, Data de Julgamento: 02/05/2007

Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C RESSARCIMENTO E DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA TRATAMENTO DE CARCINOMA DE OVÁRIO RECIDIVO EM 4ª LINHA DE TRATAMENTO. AVASTIN. COBERTURA DEVIDA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PRESSUPOSTOS PRESENTES. DANO MORAL. OCORRÊNCIA.QUANTUM. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ADSTRIÇÃO À NORMATIVA DA EFETIVA EXTENSÃO DO DANO. FUNÇÃO PREVENTIVO-PEDAGÓGICA-REPARADORA-PUNITIVA. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA DESDE O ARBITRAMENTO. REDISSCUSSÃO DE MATÉRIA PRECLUSA. IMPOSSIBILIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA, EM PARTE, REFORMADA.** TJ-DF - APC: 20100111579806 DF 0051180-37.2010.8.07.0001, Órgão Julgador: 1ª Turma Cível. Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 11/09/2014

Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE MATERIAIS IMPRESCINDÍVEIS PARA A REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. DANO MORAL CONFIGURADO. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.** STJ, AgRg no REsp 1254952/SC, Órgão Julgador: 3ª Turma. Min. Rel. Sidnei Beneti, Data de Julgamento: 15.9.2011

Brasil. Superior Tribunal de Justiça (SRT). **PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. NEGATIVA DE COBERTURA DE EXAMES MÉDICOS. TRATAMENTO DE CÂNCER. IDOSO. FALECIMENTO DO SEGURADO. DANO MORAL. DECISÃO RECORRIDA EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA. N. 83/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO.** STJ - AgRg no AREsp: 204037 CE 2012/0152504-2, Órgão julgador: 4ª Turma. Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 21/03/2013

Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS – RECUSA INDEVIDA À COBERTURA DE TRATAMENTO DE SAÚDE – DANO MORAL – FIXAÇÃO.** STJ – REsp 1.322.914 – (2012/0097003-6) – Órgão Julgador: 3ª Turma. – Relª Minª Nancy Andrighi, Data do Julgamento: 12/03/2013

Brasil. Tribunal de Justiça de Pernambuco. **CIVIL - CONSUMIDOR - APELAÇÃO CÍVEL - PLANO DE SAÚDE - INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - NEGATIVA DE ATENDIMENTO - SISTEMA NACIONAL UNIMED - ABRANGÊNCIA NACIONAL - ABUSIVIDADE - DANO MATERIAL CORRESPONDENTE AS DESPESAS EFETUADAS NO PROCEDIMENTO - DANO MORAL CONFIGURADO - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - INEXISTÊNCIA - APELAÇÃO IMPROVIDA.** TJ-PE - APL: 705822820108170001 PE 0070582-28.2010.8.17.0001, Órgão Julgador: 3ª Câmara Cível. Relator: Francisco Eduardo Goncalves Sertorio Canto, Data do Julgamento: 20/09/2012

Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **CDC. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE ATIVA. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO COLETIVO. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. MEDICAMENTO QUIMIOTERÁPICO. TRATAMENTO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE COBERTURA CONTRATUAL. CLÁUSULA ABUSIVA. NULIDADE. DANO MORAL.** TJ-DF - APC: 20110710238582 DF 0023300-18.2011.8.07.0007, Órgão Julgador: 6ª

Turma Cível. Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Data de Julgamento: 17/12/2014

ANEXO A – RESOLUÇÃO NORMATIVA – RN Nº 319,

DE 5 DE MARÇO DE 2013

RESOLUÇÃO NORMATIVA - RN Nº 319, DE 5 DE MARÇO DE 2013

Dispõe sobre a informação aos beneficiários acerca da negativa de autorização de procedimentos solicitados pelo médico ou cirurgião dentista e acrescenta parágrafo único ao artigo 74 da Resolução Normativa - RN nº 124, de 30 de março de 2006, que dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde.

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, em vista do que dispõem os incisos XV, XXIII, XXIV e XXIX do artigo 4º e o inciso II do artigo 10, todos da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000; e a alínea "a" do inciso II do artigo 86 da Resolução Normativa - RN nº 197, de 16 de julho de 2009, em reunião realizada em 27 de fevereiro de 2013, adotou a seguinte Resolução Normativa - RN e eu, Diretor Presidente, determino a sua publicação.

Art. 1º A presente Resolução Normativa - RN dispõe sobre o atendimento a ser dispensado aos beneficiários, por parte das operadoras de planos privados de assistência à saúde, quando houver negativa de autorização de procedimentos solicitados pelo médico ou cirurgião dentista, credenciado ou não; e acrescenta parágrafo único ao art. 74 da RN nº 124, de 30 de março de 2006, que dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde.

Art. 2º Quando houver qualquer negativa de autorização de procedimentos solicitados pelo médico ou cirurgião dentista, credenciado

ou não, a operadora de planos privados de assistência à saúde deverá informar ao beneficiário detalhadamente, em linguagem clara e adequada, e no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas contados da negativa, o motivo da negativa de autorização do procedimento, indicando a cláusula contratual ou o dispositivo legal que a justifique.

§1º Para atendimento ao beneficiário, deverão ser obedecidos os prazos máximos dispostos no art. 3º da RN nº 259, de 17 de junho de 2011.

§2º É proibida a negativa de cobertura para os casos de urgência e emergência, respeitada a legislação em vigor.

§3º Sem prejuízo do disposto no caput deste artigo, a partir de 1º de janeiro de 2014 a prestação da informação deverá atender ao Padrão TISS, disciplinado pela RN nº 305, de 5 de outubro de 2012.

Art. 3º Uma vez cientificado da negativa, o beneficiário poderá solicitar que as informações prestadas na resposta de que trata o art. 2º sejam reduzidas a termo, por correspondência ou por meio eletrônico, conforme sua escolha.

§ 1º O encaminhamento da resposta por escrito deverá observar o prazo máximo descrito no caput do art. 2º.

§ 2º O interessado ou representante legal poderá efetuar a solicitação prevista no caput deste artigo, devendo ser respeitado o sigilo médico.

Art. 4º Para efeito de cumprimento dos disposto nesta RN, as operadoras de planos privados de assistência à saúde deverão fornecer número de protocolo gerado por seus serviços de atendimento ao consumidor.

Art. 5º O art. 74 da RN nº 124, de 30 de março de 2006, passa a vigorar acrescida do seguinte dispositivo:

Art.74.....

Parágrafo único. Na hipótese de a operadora deixar de informar ao beneficiário, na forma estabelecida pela regulamentação da ANS, os motivos da negativa de autorização do acesso ou cobertura previstos em lei ou contrato, a multa será de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

Art. 6º Esta Resolução Normativa entra em vigor 60 (sessenta) dias após a data de sua publicação.

ANDRÉ LONGO ARAÚJO DE MELO

Diretor-Presidente

Este texto não substitui o texto normativo original e nem o de suas alterações, caso haja, publicados no Diário Oficial.

Correlações:

Lei nº 9.961, de 2000

Lei nº 9.656, de 1998

RN nº 197, de 2009

RN nº 305, de 2012

Alteração:

RN nº 124, de 2006

A DICOTOMIA DO DIREITO PÚBLICA E DIREITO PRIVADO SOB A PERSPECTIVA CONTRATUAL

STEEL RODRIGUES VASCONCELLOS: Advogado. Especialista em direito civil e empresarial pela UFPE e especialista em Filosofia e teoria do direito pela PUC-MINAS.

Resumo: Trata-se sobre a dicotomia do direito público e direito privado. Análise de compatibilidade de acordo com a compatibilidade da teoria geral dos contratos.

Abstract: This consists About the dichotomy of Public Law and Private Law. Compatibility analysis of the compatibility of the agreement with the General Theory of Contracts.

Introdução:

No presente artigo faz-se uma abordagem sobre a dicotomia direito público/direito privado será aprofundada.

A temática do princípio da função social contratual pode ser considerada densa e complexa. Pois para uma compreensão mais sólida, é necessária uma análise sobre a evolução histórica do direito, principalmente tocando ao tema do neoconstitucionalismo, além do novo fenômeno da constitucionalização do Direito privado.

Na atualidade, o limite passa pelo crivo da questão conceitual sobre as relações de direito civil, nos espaços privados da sociedade. Limite este que de acordo com novos conceitos e paradigmas do presente século, ademais demanda de novas complexidades do negócio jurídico, estabelece-se assim uma incógnita acerca da própria natureza do direito privado. Não mais se questiona onde se começa a relação privada, mas até onde o Estado pode intervir e qual a

fundamentação para que seja respeitado o Estado democrático de Direito?

A referida dicotomia faz-se importante no presente estudo; por representar especificamente um típico caso das limitações da autonomia privada face à função social contratual – curiosamente, é possível afirmar sobre a importância do contrato para todo o direito privado.

Desenvolvimento:

Segundo CAVALCANTI (1995. v.1 p. 61), é possível encontrar uma interpenetração do direito público no direito privado. O próprio Ulpiano já aderiu a tal modelo; **Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publica utilia, quaedam privatum.** (Direito público é o que diz respeito ao Estado Romano; privado, é referente ao interesse dos indivíduos; na verdade algumas coisas são úteis publicamente, outras não.

Tanto Bonfante, Ulpiano e Justiano, como outros juristas romanos (Cavalcanti 1995. v1. p.8) pacificavam o acordo em distinguir o Direito Civil do Direito Natural e o Direito das gentes. Porque através da distinção era possível encontrar sua delimitação. LEMKE, Nardim Darcy faz uma menção categórica sobre o direito romano tratando da dicotomia:

O direito privado, entre os romanos, era apenas individual. Inexistia qualquer direito contra o Estado, que era um poder público e soberano, embora ainda não se conhecesse o conceito de soberania: *ius privatum est quod ad singulorum utilitatem spectat* (direito privado é o que versa sobre a utilidade de cada um). Ainda segundo ULPIANO, *publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus*

consistit (direito público consiste nas coisas sacras, nos sacerdotes e nos magistrados). Na segunda metade do período imperial, construiu-se a personalidade jurídica do fisco, lado patrimonial do Estado, tornando deficiente a definição citada.

Ainda sobre o direito romano, VENOSA (2001, p. 329), observa o excesso de formalismo:

No direito romano, onde o direito viveu a fase áurea, o contrato estava presente, mas impregnado de um formalismo que o distancia totalmente da versão contemporânea do instituto. Em matéria de contratos nesse ordenamento jurídico, as formas deveriam ser obedecidas ainda que não expressassem exatamente a vontade das partes.

No direito canônico, a igreja simpatizava com a deferência da palavra dada na formalização do pacto. Ou seja, havia uma influência da igreja no conceito de contratos, acerca do acordo de vontades. (DANTAS. 1978, p. 150). A recomendação era de que o indivíduo devia valorizar a relação jurídica, valorizando o consensualismo em detrimento da forma. Os canonistas alcançaram a vontade à condição de elemento essencial do contrato, fundando-se, entretanto, em razões teocráticas para o cumprimento da vontade manifestada. Para os teólogos do direito, o fato de prometer e não cumprir a promessa, mentindo à palavra empenhada, era pecado contra a divindade; o que ensejava as penas eclesiásticas. Para Dantas, essa interferência objetiva no consensualismo da vontade de cada indivíduo, era em prol de uma função social, praticado pela influência da Igreja católica.

Já no período iluminista, uma das heranças da revolução francesa foi a criação e aperfeiçoamento do Estado Moderno. Tal aperfeiçoamento mediante liberalismo (ideologia); uma característica marcante era: na Constituição era aplicado regras referentes ao (ESTADO-INDIVÍDUO), enquanto que a proteção aos direitos dos indivíduos (INDIVÍDUO- INDIVÍDUO) era regulada tão somente pelo próprio Código Civil. Há de convir uma separação e distância do Direito Civil para o Direito Constitucional.

Assim, para o Estado Liberal, era necessária fazer a distinção, logo, separação entre Estado e sociedade civil. Pois a democracia era ligada tão somente à ideia de soberania da nação, enquanto que a única proteção do cidadão era a “omissão” do Estado, ou seja, o Estado mínimo – minimamente interventor – das relações dos indivíduos, ou seja, o Estado era um mero telespectador dos negócios jurídicos feitos na sua territorialidade. O liberalismo acreditava que o distanciamento do Estado era uma forma de garantir a liberdade dos cidadãos. Como bem o diz GARCÍA-PELAYO (2009. p, 09-10):

O Estado era concebido como uma organização racional voltada para certos objetivos e valores, organização dotada de estrutura vertical ou hierárquica, ou seja, construída primordialmente sob relações de supra e subordinação. Tal racionalidade se expressava, principalmente, através: a) de leis abstratas – sistematizadas em códigos, na medida do possível -, b) da divisão de poderes como recurso racional para a garantia da liberdade e para a diversificação e integração do trabalho estatal e c) de uma organização burocrática da Administração Pública.

Seus objetivos e valores eram a garantia da liberdade, da segurança e da propriedade, da convivência pacífica e da execução dos serviços públicos, fosse diretamente, fosse em regime de concessão.

Ainda sobre a primeira dimensão dos direitos humanos, acerca da capacidade de pactuar com mais facilidade sem interferência do Estado, segundo: (LEAL, Mônia. 2007. p, 15-18)

Acerca do Estado Liberal, verifica-se que “o instrumento que melhor pode ordenar os regramentos sobre competências e atribuições, de uma maneira neutra e racional (sob a ótica liberal), é a lei, que, entretanto, para poder vincular inclusive o Estado, precisa adquirir uma conformação que ultrapassa o mero âmbito legal tradicional: a de lei constitucional. [...] A burguesia, na condição de detentora do poder econômico, assume o poder político, fazendo da lei racional e da igualdade jurídica seus instrumentos de atuação no sentido de consecução de seus interesses. Enquanto todos são iguais perante a lei, todos possuem igual capacidade para contratar, o que amplia os limites do mercado, que, regido pelo princípio do *laissez faire, laissez passer*, lê *mondeva lui mene*, possibilita o acúmulo de capital e de propriedade daqueles que possuem maior e melhor competência.

Indubitavelmente, com as características já supramencionadas modelo de Constituição é um marco para o Constitucionalismo. Tal ideologia se explica por ainda haver um trauma da forte centralização de poder arbitrária do absolutismo.

A próxima fase é o Estado Social prometendo não só resguardar efetivamente os direitos da fase anterior como incorpora uma nova dimensão de direitos; estes – sociais, culturais e econômicos. Assim o Estado deixa de ter uma conduta abstencionista para ter um papel de interventor, tendo o sujeito; cidadão, como principal núcleo de proteção feita pelo Estado. SARMENTO (2006, p, 20), confere uma observação acerca do Estado Social configurando a segunda fase dos Direitos humanos:

O Estado Social, na sua vertente democrática, não é outra coisa senão uma tentativa de composição e conciliação entre as liberdades individuais e políticas e os direitos sociais, possibilidade descartada tanto pelos teóricos do liberalismo ortodoxo como pelos marxistas. Apesar de lamentáveis desvios em que incorreu o Estado Social, com sua degenerescência para experiências totalitárias sobretudo na primeira metade do século XX, o fato é que em boa parte do mundo desenvolvido, e durante um razoável período de tempo no século XX, esta solução compromissória entre o capitalismo e o socialismo foi possível e teve razoável sucesso.

O sentido do Estado Social não consiste mais na defesa contra o Estado, mas na defesa do Estado contra os poderes emanados da

máquina econômica: regras de concorrência, disciplina do mercado e liberdade contratual encontram-se ligadas em uma ordem jurídica comum.

A forma como Kelsen (1996, p. 331) aborda a dicotomia é muito significativa para o ordenamento jurídico romano-germânico. Ao defender a natureza da jurídica da norma como ordem eternamente pública – por não haver distinção metódica na criação de uma norma de natureza pública para uma norma voltada para o indivíduo somente – Assim, Kelsen ignora qualquer polêmica na dicotomia, sendo categórico ao afirmar que a norma individualizada – voltada para a conduta do Direito Privado, sempre será refém de uma ordem pública, por uma questão de hierarquização:

O maior valor que advém ao Estado, isto é, aos seus órgãos, em relação aos súditos, consiste em que a ordem jurídica confere aos indivíduos qualificados como órgãos do Estado, ou, pelo menos, a certos de entre eles – os chamados órgãos da autoridade pública – a faculdade de obrigar os súditos através de uma manifestação unilateral de vontade (comando). Exemplo típico de uma relação de Direito público é o comando ou ordem administrativa, uma norma individual posta pelo órgão administrativo através da qual o destinatário da norma é juridicamente obrigado a uma conduta conforme àquele comando. Em contraposição, apresenta-se como típica relação de Direito privado o negócio jurídico, especialmente o contrato, quer dizer, a

norma é dividual criada pelo contrato, através da qual as partes contratantes são juridicamente vinculadas a uma conduta recíproca. Enquanto aqui os sujeitos que hão de ser vinculados participam na criação da norma vinculante – nisto reside precisamente a essência da produção contratual do Direito –, o sujeito que vai ser obrigado não tem, relativamente ao comando administrativo do Direito público, qualquer espécie de participação normativa autocrática, ao passo que o contrato de Direito privado representa um método de criação jurídica pronunciadamente democrático.

BOBBIO (2007. p. 24-25), reafirma que o privado pode ser definido como “não público”, pois “no interior do espaço que os dois termos delimitam, a partir do momento em que este espaço é totalmente ocupado (*tertium non datur*), eles por sua vez se delimitam reciprocamente, no sentido de que a esfera do público chega até onde a começa a esfera do privado, e vice-versa.”.

O autor acima menciona dois novos termos: “publicização do privado” e a “privatização do público”: para explicar um exemplo de que na dicotomia entre privado-público; o Estado é conivente com a publicização e privatização porque:

- a) não interfere na autonomia do Estado.
- b) não há incompatibilidade na dicotomia.
- c) os dois ramos, ambos se compenetraram:

O primeiro reflete o processo de subordinação dos interesses privados aos interesses da coletividade representada pelo Estado que invade e engloba progressivamente a sociedade civil; o segundo representa a revanche dos interesses privados através da formação dos grandes grupos que se servem dos aparatos públicos para o alcance dos próprios objetivos. O Estado pode ser corretamente representado como o lugar onde se desenvolvem e se compõem (...) estes conflitos, através do instrumento jurídico de um acordo continuamente renovado, representação moderna da tradicional figura do contrato social

Tércio Sampaio FERRAZ JR afirma na impossibilidade de definir a dicotomia com rigor, pois ambos os ramos – tanto o público, quanto privado – resultam da utilização de lugares comuns, assim só é possível sua compreensão pelo modo da interpretação histórica. (2003, p. 109)

Embora tentássemos fornecer um panorama coerentemente arrumado dos tipos de normas, utilizando-nos, didaticamente, das relações semióticas – sintaxe, semântica e pragmática -, - leitor deve ser observado que o elenco tipológico não se parece com uma classificação sistemática. De fato, a profusão de norma não permite sua organização teórica na forma de uma definição genérica que se especifica

lógica e rigorosamente em seus tipos. As diversas classificações e seus critérios surgem ao sabor dos problemas que a dogmática enfrenta na decidibilidade, os quais exigem distinções sobre distinções. Os critérios mencionados são então topoi, isto é, lugares-comuns, pontos de vista comumente aceitos que permitem classificações regionais e provisórias, sem alcançar uma sistematicidade abrangente. É o método tópico de raciocínio do jurista, que viemos mostrando em diversas ocasiões, caracterizando por conceber um problema, procurar para ele um critério orientador (o lugar comum) e proceder a distinções e classificações provisórias, pois se multiplicam e exigem novas distinções classificações, à medida que novos problemas são percebidos.

Numa análise mediante a dogmática jurídica, FERRAZ JR, considera a distinção entre a dicotomia público-privado, além de uma questão metódica, pois é uma questão axiológica na medida em que doravante distinção permite uma sistematização maior através de princípio para nortear um ordenamento jurídico. Assim, para acompanhar a norma de significado no ramo jurídico, basta utilizar o princípio da soberania. Já para o direito privado – para fortalecer a autonomia privada, é necessário o princípio da legalidade para estabelecer interesses particulares.

A distinção entre direito público e privado não é apenas um critério classificatório de ordenação dos critérios

de distinção dos tipos normativos. Com sua ajuda podemos, é verdade, classificar as normas, com seus diferentes tipos, em dois grandes grupos. O interesse de classificação, porém é mais extenso. A distinção permite sistematização, isto é, o estabelecimento de princípios teóricos, básicos para operas as normas de um e outro grupo, ou seja, princípios teóricos do trato com as normas de um e outro grupo, ou seja, princípios diretores do trato com as normas, com suas consequências, com as instituições a que elas referem, os elementos congregados em sua estrutura, esses princípios decorrem eles próprios, de modo como a dogmática concebe o direito público e privado. E esse modo, não podendo ter o rigor de definição, é, de novo tópico, resulta da utilização de lugares comuns, de pontos de vista formados historicamente e de aceitação geral.

FERRAZ JUNIOR peca ao permitir que um sistema normativo seja dependente de princípios, principalmente quando se trata de uma intercessão, uma área comum numa dicotomia tão abrangente como direito público-privado, ademais, o mesmo autor também admite que é difícil encontrar uma definição. Tanta abstração normativa possui o potencial em estimular uma insegurança jurídica.

A próxima fase; registra-se o neoconstitucionalismo onde a constituição abrange tanto os direitos da primeira dimensão, como os da segunda. A constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 é um exemplo do neoconstitucionalismo. Nela (constituição), encontra-se

uma característica de hierarquização normativa num ordenamento jurídico por completo. Tal hierarquização não impede de uma ligação maior entre Constituição e Código Civil – oposto do método constitucional no começo do Estado Moderno – Tal implementação conecta a constituição ao Código Civil permitindo assim o fenômeno da Constitucionalização do Direito privado; permitindo assim uma maior eficácia nas relações interprivadas tendo como método a ponderação em função do bem-estar social.

Ainda que o modelo da hierarquização normativa funcione, o modelo normativo inspirado em Kelsen, na própria Constituição Federal é possível apontar conflitos de normas; um exemplo clássico: A função social da propriedade norma estabelecida no art. 5, XXIII, face a direção normativa do art. 170 livre iniciativa econômica. Segundo MALISKA(1998, p. 131-132) com sua exposição:

(i) Aquelas em que a autonomia privada pode ser exercida livremente (as partes estão em posição de igualdade), constituindo um núcleo inabalável, e em geral, vinculada ao direito civil, ainda que o conteúdo público nesta área seja crescente, haja vista institutos como o Código de Defesa do Consumidor, intervenções estatais contra o domínio de mercado e outros; (ii) as atividades particulares em que a ordem pública é reconhecida como são, por exemplo, o direito do trabalho e os campos de direito civil acima referidos. Nas áreas em que o Estado reconhece a desigualdade entre particulares e , em virtude dessa desigualdade, regula as

relações contratuais, não há menor dúvida de que os direitos fundamentais sejam aplicáveis, o que se faz possível, até mesmo, em razão da intervenção do Estado; (iii) por fim, as atividades particulares exercidas por autorização do Estado, assim como as organizações hospitalares, os estabelecimentos bancários e as instituições de ensino, por exemplo.

Sobre o conflito normativo e ideológico, é pertinente invocar a teoria crítica de Joaquín Herrera Flores (2000, p. 19), este afirma que há uma insuficiência na dicotomia público-privada. Assim, estabelece uma previsão em que ambas matérias sofrerão uma cooperação. Pois tanto a sociedade civil, como o Estado necessitam da sistematização do ramo sem haver incompatibilidade nos sentidos adquiridos pela dicotomia. Logo, a proposta de uma superação de conceitos abstratos é evidentemente imprescindível. A teoria crítica propõe um universalismo na dicotomia, afastando-se de conceitos demasiadamente abstratos. O fator primordial para universalizar a dicotomia é a aptidão ética de cada sociedade e de como será utilizada a dicotomia perante dilema nos diferentes jogos de valores:

Una norma, pues, no describe ni crea nada por sí sola. Las normas están inscritas en sistemas de valores... Por tanto, estamos ante medios, ante instrumentos que prescriben comportamientos e imponen deberes e compromisos individuales y grupales, siempre interpretados desde el sistema de valores dominante. Por ello, cuando hablamos de derechos humanos como se

de un „hecho" se tratara, podemos llegar a incluso a confundir a los ciudadanos y a las ciudadanas de un determinado entorno político y cultural, pues pueden que crean que con el solo hecho de que sus expectativas se conviertan en normas, ya tienen asegurado el acceso a los bienes para cuyo acceso esas normas debieron ser creadas.

A síntese histórica que MARIGHETTO, Andrea (2012, p. 114), aborda é o contrato como “fim”. É impossível separar o princípio da função social do contrato com a boa fé contratual, assim como o princípio da equivalência material.

Considerando que a finalidade do instrumento contratual sempre foi, justamente de servir como ferramenta para operações financeiras (2012, p. 115), operações econômicas e canalização de vontade das pessoas humanas. No auge do liberalismo o contrato era apenas um meio meramente econômico. Atualmente há uma grande mudança pois há leis especiais capazes de interferir na esfera privada em função de equilíbrio não só econômico, mas sobretudo social.

Segundo Marighetto, o fenômeno responsável pela limitação das vontades das partes é o “dirigismo contratual”. A autonomia de vontade, direito pelo qual bastante adquirido devido às dificuldades das circunstâncias históricas do pós-absolutismo. Este direito limitado por um novo sentido, direção e finalidade. O sentido é tutelar a plenitude da vida dos indivíduos, sem retirá-los direito de autonomia de pactuar, apenas de condicionar. Direcionamento é a dignidade da pessoa humana, pois não é o homem que deve servir ao direito, mas o direito servir ao homem, ou seja a pessoa humana no centro do universo contratual. A finalidade é um bem-estar social, pois o negócio jurídico não é um ato de vontade isolado, e excludente da sociedade, importa a todos seres

humanos estar numa sociedade que prática negócios jurídicos saudáveis, benéficos não só para as partes que pactuam (2012, p. 122):

Um contrato equitativo, que permite um justo acesso e equilibrada conservação do relacionamento do fluxo de bens, mercadorias e produtos, representa hoje em dia um verdadeiro bem, em riqueza em si. É a demanda de contratos substancialmente equilibrados que conduz o legislador a criar normas e princípios para a garantia do relacionamento jurídico e leva a juiz a decidir equitativamente sobre ele. A necessidade em garantir o justo, é sim uma prerrogativa da livre iniciativa, da concorrência e do respeito ao mercado, mas traduz, antes de tudo, uma maneira de o indivíduo concretizar a própria dignidade, o próprio ser na sociedade.

Portanto, a novidade no ordenamento jurídico ao impor os princípios correlacionados da função social, equilíbrio contratual e boa-fé objetiva, evitam que a pessoa humana, sujeito de direito, sofra qualquer constrangimento, exigências descabidas, humilhações de um instrumento jurídico, etc. Ou seja, desestimular contratos desequilibrados e abusivos, nas palavras de COMPARATO: (2003, p. 30-31^[1]).

Referências:

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. ***A função social dos contratos do novo Código Civil***. In Revista dos Tribunais, Volume 815, São Paulo: RT, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do **mercado: direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social de contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplência contratual.** São Paulo. 1998

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade. Para uma teoria geral da política.** 14ªed. São Paulo: Paz e terra, 2007

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 5 ed. ver.e ampl. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRANDÃO, Claudio. CAVALCANTI, Francisco. ADEODATO, João Maurício.**Princípio da legalidade: da domática jurídica à teoria do direito.** Rio de Janeiro: Forense. 2009.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Princípios gerais de direito público.** 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966. 335p.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.**São Paulo; Saraiva. 2003.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil II: os contratos:** Rio de Janeiro: Rio, 1978

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos tribunais. 2007

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 15ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2010.

_____ **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 17 ed. São Paulo: Saraiva. 1996.

_____ **Curso de Direito Civil brasileiro.** 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.998.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão, dominação.** 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2. Ed., 15 reimpr. São Paulo: Atlas, 2008.

GAGLIANO, Paulo Stolze. **Novo curso de direito civil 4: contratos.** 8ª edição. São Paulo. Forense. 2012.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado contemporâneo.** Tradução de Agassiz Almeida.Filho. Rio de Janeiro: Forense. 2002

HERRERA FLORE, Joaquín. **Hacia una visión compleja de los derchos humanos. En El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal.** Bilbao: Desclée de Brouwer, S.A., 2000

ISELDA Hironaka, Maria F Novaes. **Direito Civil – Estudos.** Belo Horizonte. Del Rey. 2000.

INOMATA, Adriana. **O público e o privado na formação dos paradigmas de estado liberal, social e neoliberal – implicações para concretização dos direitos humanos.** Disponível em: <<http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/768/656>>. Acesso em 31/05/2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado (original alemão Reine Rechtslehre). 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Jurisdição Constitucional Aberta - reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

LEMKE, Nardim Darcy. **Dicotomia Direito Privado x Direito Público.** Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22384-22386-1-PB.pdf>> . Acesso em 31/05/2013.

LOBO, Paulo. **Direito Civil – Contratos**. São Paulo; Saraiva. 2012

_____ **Direito Civil: Contratos**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012

_____ **Direito Civil: Parte Geral**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva. 2012

_____ **Princípios sociais dos contratos do CDC e no novo código civil**. Disponível: <http://jus.com.br/revista/texto/2796/principios-sociais-dos-contratos-no-cdc-e-no-novo-codigo-civil#ixzz2VO7wuq00>. Acessado em 05 de junho de 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **A nova crise do contrato**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

MARTHINS, Costa, Judith. **O novo código civil brasileiro: em busca da 'ética da situação'**. In: _____; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 2002.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

VENOSA, Sílvio. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2001.

WALD, Arnold. **O interesse social do Direito Privado**. Revista dos tribunais. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

Nota:

[1] COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo; Saraiva. 2003, p. 30-31: "A compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e seus direitos, no curso da história tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e sofrimento moral. A cada grande surto de violência os homens recuam, horrorizados diante da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o grande remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações avilantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigências de novas regras da vida digna para todos."

OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS NO DIREITO OBRIGACIONAL ANALISADOS SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONALIZADA

LUIS FELIPE HATJE: Bacharelado do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG É Vice-Presidente do Conselho da Comunidade da Vara de Execuções Criminais da Comarca do Rio Grande/RS. Realizou intercâmbio na Faculdade de Direito, da Universidade de Coimbra (UC), em Portugal. Experiência em projetos de extensão e pesquisa com ênfase no Cooperativismo, Economia Popular Solidária, Execução Penal, Direitos Humanos, Gênero, Questões Decoloniais e Sistema Penitenciário.

Resumo: O presente artigo discorre acerca de dois princípios muito importantes para o Direito Obrigacional, sobretudo após o processo de constitucionalização do Direito Civil, que são os princípios da boa-fé e o da função social dos contratos. Para tanto, se buscará conceituar, desenvolver seu conteúdo e alcance, preocupando-se em demonstrar a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-Chave: Direito Obrigacional; Princípio da boa-fé; Princípio da Função Social dos Contratos; Direito Civil Constitucionalizado.

INTRODUÇÃO

O Direito Obrigacional, como o próprio termo denota, estabelece, em uma relação jurídica, uma obrigação, a partir de vínculos de conteúdo patrimonial, entre uma parte credora e uma parte devedora. A disciplina dessas relações sempre foi imprescindível para a vida das pessoas, que precisavam umas das outras para satisfazer suas necessidades, sejam elas econômicas ou sociais. Esses vínculos obrigacionais, firmados por meio de convenções, sujeitam uma das partes, ao limitarem uma de suas liberdades, ao cumprimento de uma prestação. (GONÇALVES, 2012, P. 18).

Tradicionalmente, o Direito das Obrigações é a parte do Direito Civil que se preocupa com a regulação das relações jurídicas patrimoniais, assim, pode-se afirmar que ele é o ramo que mais se aproxima de um caráter econômico. Conforme preleciona Gonçalves,

É por meio das relações obrigacionais que se estrutura o regime econômico. Pode-se afirmar que o direito a obrigações retrata a estrutura econômica da sociedade e compreende as relações jurídicas que constituem projeções da autonomia privada na esfera patrimonial. Manifesta-se sua importância prática ainda pela crescente frequência, no mundo moderno, da constituição de patrimônios compostos quase exclusivamente de títulos de crédito correspondentes a obrigações. (2012, p. 19)

Dessa forma, verifica-se que o Direito Obrigacional desempenhou papel importante na intensificação da vida econômica das sociedades, sobretudo, ao cumprir com a sua finalidade de fornecer meios para que o credor pudesse exigir o cumprimento das prestações sob responsabilidade do devedor.

É nítido, hodiernamente, que o Direito Obrigacional ainda mantém o escopo de proteger o patrimônio do credor. Todavia, assim como os demais ramos do Direito, este também passou por inúmeras mudanças, sobretudo, após o processo de constitucionalização do Direito Civil. A partir deste fenômeno o Direito Obrigacional, considerado um dos “mais refratário a mudanças” (GAGLIANO, 2012, p. 41), passa a suportar um novo paradigma.

Se antes o direito obrigacional era baseado no exercício da autonomia privada, tendo em vista que os indivíduos tinham quase que irrestrita liberdade para externar sua vontade. Hoje, a aplicação do direito deve estar em conformidade com o Estado Democrático

de Direito, forma consagrada na Constituição Federal brasileira vigente, que estabelece como princípio norteador a dignidade da pessoa humana.

Fiuza, (2006, p. 87), salienta,

O Código Civil, principalmente o Direito das Obrigações, tinha como fundamento a livre iniciativa, amparada no dogma da vontade e na propriedade privada. É evidente que, diante do art. 1º, II e III da Constituição, o panorama mudou. O suporte do Direito Civil das Obrigações deixa de ser a livre iniciativa, baseada no dogma da vontade livre e a propriedade privada, para ser a dignidade da pessoa humana.

Por meio desse processo, consagrado no Estado Liberal, o ordenamento jurídico deve garantir que o desenvolvimento da sociedade esteja aliado com a promoção das pessoas. Assim, nem mesmo a livre iniciativa expressa no artigo primeiro da Constituição pode ser interpretada como autonomia da vontade, mas como um valor social, da mesma forma que a propriedade privada deverá ser vinculada a sua função social, assim, ambas devem servir de instrumento para a realização do ser humano.

O artigo tem como escopo principal desenvolver dois dos principais princípios consagrados após o processo de constitucionalização do Direito Civil, princípios estes que cumprem com a função de promover a dignidade da pessoa humana no seio de todo interesse econômico que existe nas relações reguladas pelo Direito Obrigacional.

Primeiramente, se fará uma leitura do princípio da função social dos contratos. Sobretudo, por ser o contrato o instrumento consagrador da autonomia da vontade, utilizado para legitimar, na maioria dos casos, interesses econômicos, em detrimento dos valores de promoção da pessoa humana buscados pela nova hermenêutica jurídica constitucionalizada. Demonstrando que

essas novas interpretações possibilitam que o princípio da função social do contrato cumpra com a função de estabelecer um equilíbrio de interesses entre as partes na formalização do contrato.

Posteriormente, se buscará elucidar sobre o princípio da boa-fé. Este princípio terá a importante função de frear, juntamente com a função social dos contratos, a autonomia da vontade. Além disso, cria deveres a ambas as partes das relações obrigacionais, limitando os direitos subjetivos desta, efetivando os princípios constitucionais no direito privado. Por isso, ele pode ser um dos princípios que diferencia de melhor forma o Código Civil de 1916 e o seu sucessor e vigente Código de 2002.

Assim pretende este trabalho aclarar os princípios da boa-fé e função social dos contratos, e sua incidência no ordenamento jurídico, valendo-se do método bibliográfico, especialmente através da avaliação do conhecimento que a doutrina tem desenvolvido sobre o tema. Também visa estudar dois julgados pelo tribunal de justiça e verificar sua correspondência com os resultados obtidos da análise doutrinária, valendo-se de pesquisa documental para essa última meta.

1. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

O processo de constitucionalização no Direito Obrigacional também foi muito importante para que se repensasse questões relacionadas aos contratos. Esse fenômeno fica claramente evidenciado com o Código de Defesa do Consumir, pois é ele que consagra o processo de humanização das relações contratuais e do Direito Privado como um todo. Objetivos estes almejados pela constitucionalização obrigacional.

O Código de Defesa do Consumidor foi a lei que primeiro se adequou aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da função social e da boa-fé na no âmbito do direito obrigacional. Princípios estes que dão hoje a unidade do ordenamento jurídico e que devem ser pensados na elaboração dos contratos, ou seja, devem, as

relações obrigacionais estarem vinculadas as exigências do Direito Civil constitucionalizado.

O Código Civil de 2002, diferentemente do Código de Defesa do Consumidor e da Constituição Federal de 1988, não conseguiu de forma satisfatória expressar uma evolução com relação ao conceito, finalidade e conteúdo dos contratos. O Código atual não reflete o modelo do Estado Democrático, no sentido de estar bastante vinculado a questões patrimoniais em detrimento do ser humano. Mesmo que tenha sua vigência após a promulgação da Constituição de 88, o código não pode ser considerado pós-constitucional, pois foi elaborado, em sua maior parte, na década de 1960, e retrata somente parcialmente a nova realidade.

O contrato, nas codificações civis do mundo, elaboradas no século XIX, representava a expressão da autonomia da vontade. O Estado Liberal reconhecia as partes contratantes liberdade para estabelecerem acordos o que servia de instrumento para a expansão do capitalismo. A liberdade para contratar, evidentemente, na verdade tratava-se somente de uma liberdade formal, pois nas relações obrigacionais aqueles que detivessem um maior poder patrimonial logo iriam oprimir aqueles com um menos poder aquisitivo.

Com a emergência do Estado Social, ocorre a atenuação da autonomia da vontade. O contrato passa a representar o direito subjetivo sofre limites e o seu exercício deixa de competir somente aos contratantes, o credor deixa de ter o mesmo poder, a autodeterminação da lei entre as partes, sobre intervenções e pode ser submetida a revisão judicial.

Com esse processo o contrato perde a sua conotação clássica de caráter individualista e voluntarista e volta-se para os princípios constitucionais de dignidade e desenvolvimento do ser humano. Dessa forma, o contrato passa a desempenhar sua função social, para além servir como um instrumento da autonomia da vontade.

O Código Civil de 2002 dispõem em ser art. 420 que “a liberdade de contratar será exigida em razão e nos limites da função social dos contratos”. A função social também é lembrada na Constituição de 1988 que elenca a função social da propriedade como um dos princípios constitucionais.

Essas modificações no Direito Privado em face da aplicação dos princípios constitucionais, de caráter normativo bem como dos princípios estabelecidos pelo Novo Código Civil, principalmente com relação a função social do contrato, prevista no artigo 421 do CC, permitem judiciário intervenção no contrato restabelecimento de seu equilíbrio.

2. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

A noção de boa-fé tem sua mais remota manifestação no Direito Romano, com a figura do *fides*. Figura vinculada a uma deusa de mesmo nome. Designava uma relação entre o cidadão e sua de clientela, onde o *cliens* devia obediência em troca de proteção por parte do cidadão. O instituto se desenvolveu e passou a ser utilizado em contratos internacionais, as partes se obrigavam na sua própria a fé a cumprirem o estabelecido.

Com o tempo foi incorporada a ideia de *bona fides, ou boa-fé*, que representava o cumprimento do que havia sido firmado. Dessa forma, o cumprimento da obrigação ia além do que pudesse estar expresso em um contrato, ele só estaria completo quando o havia sido firmado entre as partes contratantes fosse concluído.

Posteriormente, o conceito sofre novas interpretações com o direito canônico, até chegarmos ao Direito germânico. O conceito então é vinculado a fórmula do “*Treu und Glauben*”, Martins-Costa:

A fórmula **Treu und glauben** demarca o universo da boa-fé obrigacional proveniente da cultura germânica, traduzindo conotações totalmente diversas daquelas que a marcaram no direito

romano: ao invés de denotar fidelidade ao pactuado, como numa das acepções da **fides** romana, a cultura germânica inseriu, na fórmula, as idéias de lealdade (**treu**) e crença (**glauben**), as quais se reportam a qualidades ou estados humanos objetivados. (apud ALMEIDA, 2008, p. 1)

Nessa concepção, o dever de agir que estivesse em consonância com a lealdade e a crença representaria o total cumprimento dos deveres assumidos. Seguindo o transcorrer histórico do desenvolvimento jurídico do instituto, o princípio, que em sua forma objetiva esteve presente no Código Napoleônico, somente assumiu com o Código Civil alemão (BGB) uma maior amplitude. E após os períodos conturbados da primeira guerra mundial o princípio encontrou espaço para poder ser efetivado no ordenamento daquele país e, de igual modo, passou a influenciar nas codificações civis de outros países.

Dessa forma, a incorporação do princípio da boa-fé foi no ordenamento jurídico brasileiro sofreu influência da legislação alemã.

Conforme Fiuza,

O Código Civil Alemão entrou em vigor em 1900, sobretudo a partir do § 242 juntamente com o estudo de H. Staub sobre a quebra positiva do contrato é que começa a se modificar o conceito tradicional de obrigação. A partir da obra de Staub inaugura-se uma nova leitura das relações obrigacionais, com deveres secundários vinculados à aplicação do princípio da boa-fé. O elemento boa-fé sempre foi exigido nas relações jurídicas, mas foi no Direito Alemão que adquiriu a concepção atualmente adotada. (2006, p. 102)

Na concepção atualmente adotada, é o princípio da boa-fé objetiva que serve de fundamento para a teoria obrigacional, pois estrutura os deveres decorrentes do ato de contratar, desde a informação, a prestação de contas, a proteção para com a pessoa e o patrimônio para ambas as partes contratantes, e principalmente servir de limite para a prática de direitos subjetivos. Dessa forma, o contrato social pode ser capaz de atingir sua função social, que a Constituição lhe condiciona.

Conforme Fiuza “a boa-fé é princípio jurídico porque tem natureza monogenética, constituindo fundamento de regras, isto é, norma que está na base ou constitui a *ratio* de regras jurídicas” (2006, p.17). Assim, a boa-fé institui-se, em regra, no ordenamento jurídico como cláusula geral, ou seja, constitui uma norma que condiciona e dá legitimidade a toda experiência jurídica.

Para aclarar, Cláudia Lima Marques aborda os conceitos de boa-fé e boa-fé objetiva, como,

(...) uma atuação “refletida”, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando seus interesses legítimos, seus direitos, respeitando os fins do contrato, agindo com lealdade, sem abuso da posição contratual, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, com cuidado com a pessoa e o patrimônio do parceiro contratual, cooperando para atingir o bom fim das obrigações, isto é, o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses legítimos de ambos os parceiros. Trata-se de uma boa-fé objetiva, um paradigma de conduta leal, e não apenas da boa-fé subjetiva, conhecida regra de conduta subjetiva do artigo 1444 do CCB. Boa-fé objetiva é um standard de

comportamento leal, com base na confiança, despertando na outra parte co-contratante, respeitando suas expectativas legítimas e contribuindo para a segurança das relações negociais. (apud. AMARAL, 2009, p1)

A boa-fé objetiva está estruturada de tal forma que se efetiva como um dever legal, que se conceitua, nas palavras de Fiuza (2006, p. 18) como um “dever de agir de acordo com determinados padrões, socialmente recomendados, de correção, de lisura e honestidade para não frustrar a confiança de outra parte”, o autor segue elencando três características a boa-fé objetiva:

1ª) A existência de duas pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica que lhes imponha especiais deveres de conduta, de cada uma delas em relação à outra, ou, pelo menos, de uma delas em relação à outra.

2ª) O comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, enfim, da noção do *bonus pater-familias*.

3ª) A observância sobre o fato de a situação criada ter produzido ou não na contraparte um estado de confiança no negócio celebrado. (2006, p.18)

No Brasil, por meio das diretrizes da Constituição, ao eleger como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, aliado aos objetivos de construir uma sociedade livre, justa e solidária, acima dos valores patrimoniais, carece a observância eminente da aplicação da boa-fé nas relações de Direito Obrigacional. De igual modo, na elaboração do Código de Defesa do Consumidor o princípio da boa-fé fez se expressamente presente em dois dispositivos.

Nesse sentido é importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 representa de fato um marco para a aplicação do princípio da boa-fé, pois antes dela, os Tribunais do país, nem mesmo o Supremo Tribunal Federal, levava o princípio em consideração.

Atualmente, o princípio adquiriu força suficiente para justificar a “frustração do fim do contratual objetivo” que gera a extinção das obrigações e resolução de contratos. A boa-fé determina que os contratos que não cumpram com as finalidades pretendidas pelas partes da celebração da relação obrigacional sejam considerados sem efeito.

No Código Civil Argentino, por meio do princípio boa-fé, o artigo 1.198, estabelece que se a prestação da obrigação se tornar onerosa para uma das partes é possível que ocorra a resolução do contrato. Sendo assim, a extinção da relação obrigacional estaria fundamentada na impossibilidade econômica da relação, tendo em vista que o dever de agir deve estar de acordo com a boa-fé.

Posterior ao cumprimento de uma obrigação principal, a que se analisar a pós-eficácia das obrigações atrelada a deveres laterais de lealdade. Os deveres laterais surgem da boa-fé no momento do fim do contrato, mas já não estão vinculados ao cumprimento do dever principal da prestação. Esses deveres são funcionalizados no momento final do contrato e exercem somente uma função auxiliar. Todavia, o seu descumprimento poderá resultar no inadimplemento do dever principal. Fiuza traz alguns exemplos,

Entre os deveres que permanecem, quando termina uma relação obrigacional, está o do sócio que se retira, de evitar prejudicar com sua atividade o funcionamento da sociedade de que participara e de que se retirou. Outro exemplo é a obrigação do ex-empregado de uma empresa em manter em segredo o conhecimento de alguma circunstância

relevante para a fabricação de certo produto. (FIUZA, p. 104)

Deveres laterais têm a particularidade de poderem ser acionados de forma autônoma frente às obrigações principais e, ainda, de pendurarem algumas obrigações mesmo com o fim do contrato, pois servem com uma finalidade específica, diferente da obrigação principal.

Esses deveres laterais de conduta de lealdade, que compreendem a pós-eficácia das obrigações, estão diretamente vinculados com a boa-fé que passa a exigir que as partes de uma relação contratual, após o término do contrato, se eximam de condutas que possam vir a prejudicar as vantagens que a parte oposta tenha garantidas com os dispositivos do contrato. E ainda, terá a pós-eficácia o dever de agir de tal forma que o contrato atinja os seus objetivos contratuais.

No Direito Civil brasileiro atual a pós-eficácia é admitida, diferentemente da codificação anterior onde esta ideia estava vedada devido a noção que imperava com relação à autonomia privada. No Código Civil de 1916, quando as prestações, previstas no contrato, fossem adimplidas as obrigações encerravam-se e, para haver novas relações, como as que existem hoje com o fenômeno da pós-eficácia, era necessário que houvesse uma nova manifestação de vontade que vinculasse as partes. Fiuza, exemplifica,

Um caso importante e consagrado sobre esta questão envolveu dois grandes juristas: Rui Barbosa e J. X. Carvalho de Mendonça.

Versava sobre um acordo negocial realizado em 09 de setembro de 1907 entre o Conde Álvares Penteado e os industriais Jorge Street, Ildefonso Dutra e Alexandre Leslie, cujo objetivo era fundir numa só as fábricas Santana, São João e Santa Luzia, constituindo para esse efeito, uma sociedade anônima. O Conde Álvares alienou sua sociedade,

mas um ano depois o conde fundou nova fábrica, a Cia. Paulista de Aniagens, no mesmo bairro em que funcionava a fábrica Santana, no mesmo ramo industrial. A Cia. Nacional de Tecidos intentou, então, ação contra Álvares Penteado. A autora perdeu em primeira instância. O órgão julgador considerou que da escritura não constava cláusula ou condição de não poderem os alienantes se restabelecer com indústria similar e, na ausência de cláusula restritiva, não seria lícito concluir que tal restrição fosse inerente a sua obrigação negativa, como vendedores ou cedentes. O STF também julgou improcedente a ação da Cia Nacional de Tecidos de Juta, sob o fundamento principal de que, não havendo no contrato compromisso expresso de cessão de clientela, não caberia falar em direito a ressarcimento. (2006, p. 105)

Por meio desse exemplo, é possível perceber que a autonomia da vontade era tratada como uma verdade inquestionável e que a vinculação jurídica era fruto exclusivo da vontade das partes devidamente expressa no contrato, assim, ainda que já se compreendesse a existência no ordenamento jurídico do princípio da boa-fé o mesmo não poderia ser aplicado sem que houvesse uma clara disposição sobre ele nos contratos.

Destarte, a existência de cláusula geral de boa-fé, ou, então, o conhecimento por parte da doutrina da existência desse princípio, não eram suficientes, por si só, para efetivar a utilização do princípio da boa-fé. Somente por meio da superação de uma cultura formalista e positivista do Direito, que a boa-fé, na perspectiva objetiva, no sentido de uma norma de correção e lealdade com relação ao vínculo obrigacional, assumiu espaço no ordenamento jurídico e pode ser efetivamente aplicada.

Com o artigo 422, do Código Civil de 2002, a boa-fé conquista expressamente o espaço de um princípio a ser utilizado como instrumento de interpretação e integração. As partes do contrato devem em todo transcorrer do negócio jurídico se utilizarem dos princípios de boa-fé e probidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, portanto, diante do exposto, que a nova realidade do Direito Civil Obrigacional constitucionalizado, representa uma grande evolução para todo o sistema jurídico no Estado Democrático de Direito. Esse fenômeno foi possibilitado com a incorporação dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos que simbolizam os instrumentos utilizados para que se possa consagrar a dignidade da pessoa humana no seio do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Juliana Evangelista. **A boa fé no direito obrigacional**. Aracaju: Evocati Revista n. 34, out. 2008 Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=281 >. Acesso em: 09/01/2013

AMARAL, Diego Martins Silva do. **O Princípio da Boa-Fé e suas diferenças entre objetiva e subjetiva**. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1781 Acesso em: 08/01/2013

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, volume 2: obrigações. 13 ed. rev., atual e apl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 2: teoria geral das obrigações. 7º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Informação Legislativa, BRASÍLIA, v. 141, p. 99-

- 110, 1999. Disponível em: <<http://www.direitofmc.xpg.com.br/TGDC/texto01.pdf>>. Acesso em: 2 jan. 2013.
- FERNANDES, Carolina Curi. **A nova visão do Direito Obrigacional: estudo sobre a Constitucionalização do Direito Civil**. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/artigos/artigos_2114.html >. Acesso em: 2 jan. 2013.
- FIUZA, César; MARQUES, Emanuel Adilson. **Constitucionalização do direito das obrigações**. Revista Brasileira de Direito Constitucional, n. 8 – jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-087-Cesar_Fiuza_&_Emanuel_Adilson_Marques.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2013.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucionalizado**. 3 ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM MATÉRIA AMBIENTAL E OS REFLEXOS PENAIS

LAURA MARIA MACHADO COSTA: Pós-graduada em Direito Público pela ANAMAGES (Associação dos Magistrados Estaduais) - Newton Paiva -, em Direito Ambiental pelo CAC (Curso de Atualização em Direito) - Universidade Gama Filho -, bem como em Direito Penal e Processo Penal pela UCAMPROMINAS - Universidade Cândido Mendes. Já trabalhou como Oficial Judiciária no Tribunal de Justiça de Minas Gerais de agosto de 2003 a dezembro de 2010, quando foi nomeada para exercer funções de Analista de Direito do Ministério Público de Minas Gerais. Atualmente lotada na Assessoria Técnico Jurídica da Procuradoria Criminal.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise, através do método dedutivo, das implicações da realização do termo de ajustamento de conduta e do termo de compromisso ambiental na seara criminal, enfocando o tema no Direito na atualidade e em consonância com os objetivos das normas de proteção ao meio ambiente. Visa demonstrar que há situações paradoxais quando fatos que configuram ilícitos administrativos também são tipos penais, ocorrendo uma sobreposição de normas e efeitos de cunho material e processual penal a se esclarecer. Pretende-se analisar a necessidade de buscar soluções que levem a uma relação mais harmônica e coerente entre as diferentes esferas incidentes sobre o mesmo fato. Ainda, pretende-se demonstrar que, apesar de prevalecer o entendimento de que as instâncias penal, civil ou administrativa são independentes, no que tange ao dano ambiental, a busca por sua reparação através do termo de ajustamento de conduta deve prevalecer sobre as questões penais, podendo nelas refletir.

Palavras-chave: Termo de Ajustamento de Conduta. Crime Ambiental. Reparação do Dano Ambiental. Consequências.

Introdução

O presente estudo tem como escopo averiguar os aspectos relativos à realização do Termo de Ajustamento de Conduta em casos em que a conduta que ensejou este também configura um tipo penal ambiental. Ao longo desse trabalho, serão apresentados esclarecimentos técnico-jurídicos obtidos através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, utilizando-se o método dedutivo, para que seja alcançada uma melhor análise dos possíveis reflexos penais da celebração do termo de ajustamento de conduta.

A norma principiológica insculpida no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 traz a imposição do dever de defesa e preservação do meio ambiente à coletividade, sendo este o objetivo primordial do direito ambiental e o objeto do termo de ajustamento de conduta em matéria ambiental, previsto no artigo 5º, §6º, da Lei nº. 7.347/1985, e do termo de compromisso ambiental, inserido no artigo 79-A da Lei nº. 9.605/98.

Sem desconsiderar o princípio constitucional da independência das instâncias, o que se faz necessário é verificar, sob a ótica do direito penal e processual penal, se há justa causa para ação penal, quando há termo de ajustamento de conduta em cumprimento, se deveria ser reconhecida causa de extinção de punibilidade, quando há reparação do dano ou remoção do ilícito, antes do recebimento da denúncia, a exemplo do que ocorre com o crime de peculato culposo, apropriação previdenciária e crimes contra a ordem tributária, ou se a reparação do dano ambiental seria causa supralegal de exclusão da ilicitude.

Tais questões têm gerado questionamentos na aplicação das normas criminais ambientais e representam um desafio, posto que a administrativização do Direito Penal, fenômeno consistente na criminalização de condutas que também configuram ilícitos administrativos, resulta em uma sobreposição de normas e sistemas penais administrativos ou civis. Ressalte-se que o ramo do direito que já lida com tais situações, exigindo a necessidade de se exaurir a esfera fiscal

anteriormente à incidência da norma penal é o Direito Penal Tributário, entendimento consolidado em nossa jurisprudência, depois de longos anos de contradições.

Isto porque o Direito Penal Tributário exige o exaurimento da via administrativa quando há dúvidas sobre a existência da obrigação que se imputa descumprida. Contudo, uma vez comprovado que o crédito é devido, pode-se caracterizar o delito, bem como extinguir a punibilidade do autor do fato, através da realização do pagamento do tributo.

Contudo, o Direito Penal Ambiental ainda apresenta dificuldades geradas pela sobreposição de esferas do direito de modo considerável, já que inúmeros tipos penais apresentam elementos que necessitam, para sua compreensão, do recurso à esfera administrativa. Além disso, muitas são as condutas penais que somente se configuram quando praticadas sem autorização da autoridade ambiental e podem ser regularizadas por meio do termo de ajustamento de conduta ou do termo de compromisso ambiental.

A reflexão quando ao momento histórico é importante, eis que atualmente o Brasil vive um momento em que já se reconhece que a necessidade do crescimento econômico, a preservação do meio ambiente e a equidade social devem caminhar juntos. Desde a década de sessenta várias situações contribuíram para a implementação do estado de direito socioambiental, eis que descobertas científicas alavancaram as discussões a respeito da escassez de recursos ambientais e sua finitude.

Destaque-se a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, ocorrida no período de 20 a 22 de junho 2012, na cidade do Rio de Janeiro, em que se destacou o expresso apoio às políticas públicas para a promoção da preservação do meio ambiente e suas medidas reparadoras.

Desta forma, importante o incentivo às medidas de garantia do meio ambiente equilibrado, como a celebração do termo de ajustamento

de conduta e do termo de compromisso ambiental. Para tal, deve-se analisar com parcimônia possíveis causas que possam obstar a ação penal quando obtido o fim maior do Direito Ambiental que é sua preservação.

Desenvolvimento

A Constituição Federal, em seu artigo 225, *caput*, trouxe a previsão de um novo direito indisponível de terceira geração, qual seja, o de um meio ambiente equilibrado, como uma nova dimensão do direito à vida, intrinsecamente ligado ao direito à saúde.

A tutela penal do meio ambiente no Brasil encontra base no artigo 225, §3º, da Constituição Federal e, em termos materiais - fáticos, nas próprias necessidades essenciais do homem, tendo o legislador ordinário editado a Lei n.º 9.605/98, de natureza híbrida, em que se misturam os conteúdos penal, administrativo e internacional.

Luiz Regis Prado, com propriedade, leciona sobre o conteúdo da Lei de Crimes Ambientais:

Para logo, fica assentado seu caráter altamente criminalizador, visto que erige a categoria de delito uma quantidade de comportamentos que, a rigor, não deveriam passar de meras infrações administrativas ou, quando muito, de contravenções penais, em total dissonância com os princípios penais da intervenção mínima e da insignificância (*v.g.*, arts. 32, 33, III, 34, 42, 44, 49, 52, 55, 60 etc.). (PRADO, 2005, p. 176-177)

Na lei de crimes ambientais, em seu capítulo IV, estão previstos os tipos penais divididos em crimes contra a fauna, crimes contra a flora, crimes de poluição e outros crimes ambientais, crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural e crimes contra administração. Contudo, como já mencionado anteriormente, a lei não

trata somente de crimes contra o meio ambiente, mas de infrações administrativas, responsabilidade civil, normas de processo penal, requisitos para cooperação internacional e infrações penais.

Dentro da classificação dos crimes ambientais previstos na Lei n.º 9.605/98, existem os crimes de dano, ou seja, que exige uma lesão ao bem jurídico tutelado - a exemplo do delito do artigo 38 -, os crimes de perigo, quais sejam, os que se consumam com a mera possibilidade de dano - a exemplo do delito descrito no artigo 54 -, os crimes materiais, que são aqueles que se consumam com a produção do resultado - como o do artigo 39 -, os crimes formais, que são aqueles em que não se exige um resultado, mas é possível a sua ocorrência - como o crime do artigo 51, os crimes de mera conduta, que são aqueles em que o legislador descreve uma conduta inicial sem a exigência de um resultado, sendo-lhe indiferente ou impossível a ocorrência do resultado - a exemplo do crime do artigo 52 -, crimes comissivos, omissivos próprios ou impróprios, crimes instantâneos, que são aqueles cuja consumação se dá no momento de sua prática (artigo 62, inciso I), crimes permanentes, cuja consumação se prolonga no tempo (artigo 38), crimes instantâneos de efeitos permanentes, que são aqueles que se consumam em um determinado momento, mas seus efeitos prolongam-se no tempo.

A reparação do dano ambiental está prevista nos artigos 9º, 14, II, 17, 20, 23, inciso II, 27 e 28 da Lei n.º 9.605/98 e tem por escopo restaurar ou recompor o dano causado ao meio ambiente, procurando-se, assim, que o autor da conduta nociva restaure, às suas expensas, o que foi danificado ou destruído. Somente não sendo possível reverter o dano ambiental é que se admite indenização em valor considerável e correspondente.

Outro esclarecimento que se impõe é a distinção entre os termos "restauração" e "recuperação". Os referidos termos estão definidos na Lei n.º 9.985/2000, lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da

Natureza - SNUC, em seu artigo 2º, incisos XIII e XIV, como sendo restauração o ato de "restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada o mais próximo possível da sua condição original" e recuperação como sendo "restituição de um ecossistema ou de uma população silvestre degradada a uma condição não degradada, que pode ser diferente de sua condição original".

Destaque-se que a previsão constitucional é de restauração dos processos ecológicos essenciais prevalecendo sobre qualquer outra forma de reparação. Assim, fica clara que há uma gradação entre tais modalidades de reparação do dano ambiental, como bem indica Romeu Thomé:

É incumbência do Poder Público (e de toda a coletividade) proteger o meio ambiente, mantendo-o saudável e, caso seja verificado algum tipo de impacto ao ecossistema, restituí-lo o máximo possível ao seu estado original. (THOMÉ, 2012, p. 150)

Considerando que a celeridade é crucial para a efetividade da tutela do meio ambiente, pode-se afirmar que o termo de ajustamento de conduta tem se firmado como mecanismo indispensável para solucionar situações de lesão ou ameaça de lesão nessa seara, optando por alternativa mais vantajosa para o interesse público, restando verificar se, ainda sim, seria possível e viável a ação penal pública incondicionada para punição dos autores de conduta comissiva/omissiva lesiva ou de ameaça de lesão ao meio ambiente.

O direito penal ambiental reparador encontra-se inserido na própria Lei nº. 9.605/98 em quatro fases, no primeiro estágio está a previsão de condição de composição do dano ambiental para transação penal (art. 27), o segundo estágio está caracterizado no artigo 28, quando condiciona a reparação de dano, salvo a impossibilidade de fazê-lo, para a aplicação do artigo 89 da Lei nº. 9.099/95, nos casos de crimes ambientais

de menor potencial ofensivo. Já o terceiro estágio, constante no artigo 20, trata da previsão de fixação de valor mínimo para reparação de danos causados ao meio ambiente, em sede de sentença penal condenatória e, por fim, o quarto estágio a reparação do dano e condições relacionadas à ações de proteção do meio ambiente também são exigidas no artigo 17 da Lei de Crimes Ambientais para conceder a suspensão condicional da pena.

Destarte, consta na Lei de Crimes Ambientais, em seus artigos 9º e 12, que as penas restritivas de direitos de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária devem se voltar para as ações de conservação/restauração do meio ambiente e destinação financeira necessariamente ambiental, respectivamente.

A proteção de bens jurídicos não cabe unicamente ao Direito Penal, ao revés, em atenção aos princípios da intervenção mínima, da fragmentariedade e da necessidade, a lei penal deve intervir em situações realmente graves como *ultima ratio*.

Conforme leciona Luiz Regis Prado (2005, p.99), "[...] na área pertencente aos bens jurídicos metaindividuais, *in casu* o ambiente, a intervenção penal legalizada se faz, em geral, de forma subsidiária e acessória".

Isto não significa, é claro, priorizar a lesão ao Direito Administrativo, mas sim buscar, através de decisões administrativas, o meio mais eficaz de constatar as condutas lesivas ao meio ambiente e de buscar sua reparação ou, até mesmo, ações preventivas.

O termo de compromisso ambiental, introduzido pela Lei nº. 9.605/98, em seu artigo 79-A (MP n. 1.710-6/98), nada mais é do que a celebração de acordo pelos órgãos integrantes do SISNAMA - responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental - e pessoas físicas ou jurídicas responsáveis por atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras. O referido termo

apresenta, inclusive, força de título executivo extrajudicial, ou seja, descumprido o estabelecido, cabe a sua execução direta.

Trata-se de ato jurídico que deve observar requisitos de natureza subjetiva, objetiva, formal e temporal, da mesma maneira que o termo de ajustamento de conduta previsto na Lei n.º 7.347/85.

Contudo, com relação aos reflexos penais, a lei não atribui nenhuma consequência da celebração do termo de compromisso ambiental. De qualquer maneira, em uma nova concepção sistêmica, algumas consequências podem ser vislumbradas na esfera criminal, razão pela qual o compromissário deve observar o conteúdo da proposta e recuperar o passivo ambiental, até porque a suspensão da norma penal ambiental pode ser vislumbrada no caso em que suspensa também está a sanção administrativa.

Assim como o termo de compromisso ambiental previsto na Lei n.º 9.605/98, o termo de ajustamento de conduta é de suma importância para a conservação e reparação do meio ambiente, constituindo igualmente um título executivo extrajudicial, contudo, apresenta algumas características diversas que passo a expor.

O termo de compromisso ou termo de ajustamento de conduta se presta a solucionar de forma rápida e eficiente os conflitos entre interesses ou direitos coletivos *latu sensu*. Tal celeridade se deve ao fato de que este constitui um título executivo extrajudicial, não sujeito a morosidade de uma ação judicial, ou seja, sua relevância no campo social é evidente.

O artigo 113 da Lei n.º 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor - acrescentou ao artigo 5º da Lei n.º 7.347/85 o §6º com a seguinte redação: "Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial."

Apesar de existirem vários posicionamentos sobre a natureza jurídica do TAC, tais como de que se trata de transação ou de acordo/compromisso, o fato é que, considerando que se trata de ajuste sobre direitos indisponíveis - como o meio ambiente equilibrado -, o termo de ajustamento de conduta mais se aproxima de ato jurídico bilateral, eis que depende de manifestação volitiva de uma das partes e formaliza-se com a intervenção do órgão público.

Destarte, como bem salientou Akaoui (2003, p. 72):

Nem se fale que age o membro do Ministério Público ou a autoridade pública com discricionariedade, por meio de critérios de oportunidade e conveniência, uma vez que, como acima já mencionado, não é esta figura uma transação *stricto sensu*, pouco sobrando de liberdade para o agente público que toma o ajustamento.

Conquanto haja o entendimento de que o termo de ajustamento de conduta abranja somente a responsabilidade civil ambiental, não excluindo a responsabilidade penal e administrativa, o fato é que o estímulo às condutas de preservação do meio ambiente e à negociação direta com os interessados pela composição de dano, mostra-se, muitas vezes, um instrumento de maior relevância do que as ações penais para tutela e gestão dos recursos ambientais.

Por isso a necessidade de analisar os possíveis reflexos penais da utilização dos aludidos instrumentos - termo de compromisso ambiental, previsto no artigo 79-A, da Lei n.º 9.605/98, e o termo de ajustamento de conduta, previsto no artigo 5º, §6º, da Lei n.º 7.347/85.

Existem situações em que se pode verificar a ausência de justa causa para o exercício da ação penal, tais como no caso em que a conduta é atípica, quando não há indícios suficientes de autoria ou materialidade,

bem como nas hipóteses de ocorrência de prescrição da pretensão punitiva ou outra causa de extinção de punibilidade.

Nas situações descritas acima, caso oferecida a exordial acusatória, esta deverá ser rejeitada.

Como bem afirmou Távora e Alencar (2010, p. 146), "a justa causa, todavia, não é pacificamente aceita como quarta condição da ação. Alguns a integram ao interesse de agir, ou mesmo como requisito ao desenvolvimento do procedimento".

Rogério Lauria Tucci (TUCCIA, Rogério Lauria. *Teoria do direito processual penal. Jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 95) admite a justa causa como condição da ação ligada ao interesse de agir, já José Barcelos de Souza (SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal: nulidades, nomeamento do processo, pressupostos processuais, condições de ação, condições de procedibilidade, falta de justa causa no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 155) entende que a justa causa está ligada ao mérito da ação penal e não constitui condição de sua admissibilidade.

O fato é que para a ação penal se desenvolver regularmente é imprescindível que a peça inicial se baseie em um lastro probatório mínimo da materialidade delitiva e indícios da autoria.

Na Lei n.º 10.409/02, em seu artigo 39, inciso II, a justa causa era expressamente apresentada como causa para rejeição da denúncia, razão pela qual o entendimento de que aquela constitui condição da ação parece razoável, como bem apontou Oliveira (2004, p. 94) "[...] pensamos que o citado acréscimo (art. 39, II), na verdade, vem consagrar a justa causa como verdadeira condição da ação, e como ausência de lastro probatório mínimo para a instauração da ação [...]".

Desta feita, percebe-se que, se configurada a falta de interesse de agir, em razão da lavratura do Termo de Ajustamento de Conduta, tal resultaria em óbice ao exercício da ação penal por crime ambiental a ser intentada pelo Ministério Público. Isto porque o bem da vida desejado já teria sido alcançado, com a satisfação da pretensão, sem que fosse necessária a judicialização da questão.

Apesar de ainda predominar o entendimento de que as instâncias penal, administrativa ou civil seriam independentes, o fato é que quando a esfera administrativa deixa de impor sanção e decidir, pode ocorrer que a própria certeza técnica da conduta criminosa reste prejudicada para a ação penal por crime ambiental.

Diante de possíveis contradições, alguns julgados vêm reconhecendo que o termo de ajustamento pode significar ausência de justa causa para a propositura de ação penal. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim decidiu:

Habeas Corpus. Trancamento de ação penal. Crime ambiental. Existência de Termo de Ajustamento de Conduta. Justa causa que não se verifica. Denúncia que não individualiza a conduta do paciente. Direito de defesa prejudicado. Inépcia. Ordem concedida (TJMG – HC 1.0000.06.445201-4/00, rel. Reynaldo Ximenes Carneiro, j. 16/11/2006, v.u.).

Com relação ao termo de compromisso ambiental, GUILHERME DE SOUZA NUCCI, em comentários ao art. 79-A da Lei n.º 9.605/98, traz que:

Se houver acordo entre os órgãos de controle ambiental e pessoas físicas ou jurídicas para a regularização de atividades relativas à exploração ambiental, pode haver reflexo na órbita penal, afetando a prova do dolo ou da culpa, bem como

servindo de obstáculo à propositura da ação penal, por falta de justa causa. Depende, pois, da análise do caso concreto. (NUCCI, 2010, p. 1024)

No sentido de se buscar o binômio interesse - utilidade, Moraes (2000, p. 87) afirma:

O estudo do critério da utilidade vem mostrando seu benefício não apenas no tocante ao interesse de agir, mas, cômicos dos autos custos de todos os atos processuais, os doutrinadores vêm aplicando-o até mesmo com maior proveito na detecção da multiplicidade de interesses processuais.

Como bem ressaltado por Ada Pellegrini Grinover (2007, p. 185):

Ainda é mister que o provimento invocado seja útil para a obtenção do bem da vida que o autor pretende. O interesse - utilidade significa que o Estado condiciona o exercício da atividade jurisdicional, em cada caso, à utilidade que o provimento desejado possa trazer ao escopo de atuação da vontade concreta do direito material, bem como à justiça da sujeição da parte contrária ao provimento jurisdicional.

Apesar de todas as críticas a tal entendimento, que se baseiam na tríplice e independente responsabilidade em matéria ambiental constante no artigo 225, §3º da Constituição Federal, de fato, a ausência de justa causa para ação penal em casos em que restou firmado o termo de ajustamento de conduta e reparado o dano ambiental, bem como cessado o ilícito, nada mais é do que a consideração do papel subsidiário do direito penal, de intervenção mínima, priorizando-se uma melhor política social, de eficiência.

Alguns doutrinadores entendem que a celebração do termo de ajustamento de conduta entre autor da conduta e o Ministério Público ou outro co-legitimado ao ajuizamento da ação civil pública, inserto no artigo 5º da Lei nº. 7.347/1985, antes de oferecida a denúncia ou antes desta ser recebida, resultaria em causa de extinção de punibilidade do agente.

Conforme MILARÉ (2005, p. 135), a extensão da reparação dos danos ao meio ambiente, caso proveniente de ação espontânea do agente, deve resultar em causa de extinção de punibilidade, afastando a aplicação de pena, em homenagem ao Princípio da Intervenção Mínima do Direito Penal.

Lavrado o Termo de Ajustamento de Conduta, entendem alguns juristas que o ajuizamento de uma ação penal em razão fato ilícito ambiental, que também é o móvel do "acordo", perde sua justificativa e, em especial, sua utilidade. Sobre o sentido da utilidade da jurisdição, afirma DIDIER (2005, p. 282):

Há utilidade da jurisdição toda vez que o processo puder propiciar ao demandante o resultado favorável pretendido. A providência jurisdicional reputa-se útil na medida em que, por sua natureza, verdadeiramente se revele — sempre em tese — apta a tutelar, de maneira tão completa quanto possível, a situação jurídica do requerente.

Em analogia ao que ocorre com os crimes tributários, poder-se-ia, ainda, aplicar causa especial de extinção de punibilidade nos casos em que se firmou o termo de ajustamento de conduta para fatos que também configurem crime ambiental.

A Lei nº. 9.430/96, em seu artigo 83, §4º, se houver pagamento total dos débitos de natureza tributária, inclusive os acessórios, extingue-se a punibilidade, e a Lei 12.382/11 regulamentou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do

débito tributário. Ainda, o § 2º do art. 9º da Lei 10.684/2003, prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito a qualquer tempo.

O delito descrito no artigo 168-A, do Código Penal, apresenta sua causa extintiva da punibilidade no seu próprio § 2º, nos casos em que o agente espontaneamente declara, confessa e paga os valores devidos, inclusive com acessórios, antes do início da ação fiscal, entendendo-se este momento como o da notificação pessoal do contribuinte da instauração da ação fiscal.

Também há previsão especial de extinção da punibilidade, sem pagamento, mas com conduta facilitadora da ação da autoridade fiscal, no crime descrito no art. 337-A do Código Penal, pois, em seu § 1º prevê a extinção da punibilidade se o agente, espontaneamente, declarar e confessar as contribuições, importâncias ou valores, prestando todas as informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

A respeito do tema, tratou Fernando Galvão (2013, p. 987-988) sobre a sucessão de leis sobre essa matéria:

O parcelamento dos débitos tributários e previdenciários suspende os efeitos da pretensão punitiva e, conseqüentemente, da prescrição que lhe é incidente. Cabe observar que a previsão legal impõe que o parcelamento ocorra antes do recebimento da denúncia e constitui situação jurídica mais gravosa do que a anteriormente estabelecida pela Lei n.º 11.941/09. Novamente o operador do direito deverá ter cuidado redobrado para analisar se a previsão legal existente ao tempo do fato é mais benéfica ao acusado.

Gilberto Passos de Freitas (2005, p. 220) posiciona-se no sentido de que seria de suma importância uma alteração na legislação de crimes ambientais para que passe a existir a previsão de extinção de punibilidade em caso de reparação integral do dano ambiental antes do recebimento da denúncia assim como a suspensão do prazo prescricional nos casos em que esta demande tempo mais longo e acrescenta que a reparação do dano é fator fundamental e imprescindível para o êxito de uma política de proteção ao meio ambiente. O autor acrescenta ainda que a reparação do dano, antes do oferecimento da denúncia não tem o condão de afastar a tipicidade/antijuridicidade da conduta, mas deve ser considerada, de *lege ferenda*, causa extintiva de punibilidade.

Nesse diapasão, o Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais já decidiu que o Termo de Compromisso acarreta a extinção da punibilidade na ação penal em que dirigentes da Câmara de Lojistas de Belo Horizonte foram denunciados pelo art. 63 da Lei 9.605/98 porque colocaram na sede do prédio duas placas publicitárias, sem a prévia licença dos órgãos competentes, sendo que o local está no perímetro urbano da Praça da Liberdade. Tais dirigentes celebraram o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta e passaram a cumprir as obrigações lá elencadas, contudo, dias após, foram denunciados pelo aludido delito. Então, o TJMG decidiu, nos termos do art. 79-A da referida Lei, que como o referido termo de acordo tem força de título executivo extrajudicial, extingue-se a punibilidade do agente, impedindo, de fato, a propositura da ação criminal. Entendeu que, feita a transação, apenas o descumprimento avançado deve ser objeto de execução, pois a matéria penal ficou definitivamente desconstituída, não se mostrando justa a instauração da ação penal:

Habeas corpus. Acordo firmado com força de título executivo extrajudicial. Matéria penal definitivamente desconstituída que impede a

apresenta o de denúncia sobre o mesmo fato. Denúncia oferecida e recebida. Constrangimento ilegal caracterizado. Trancamento da a o penal ordenada. Ministério Público. Parte ilegítima para instaura o de inquérito administrativo com a finalidade de persecu o penal. Ordem concedida. (TJ/MG, AC 1.000.04.410063-4/000(1), rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel, DJ 08.10.2004)

Importante ressaltar que muitos são os doutrinadores com posicionamento em contrário ao reconhecimento da extin o de punibilidade em face da realiza o de TAC que verse sobre fato que configure delito ambiental. Inicialmente, tal entendimento se funda no fato de que as causas de extin o de punibilidade devem estar previstas em lei, tal como ocorre nos delitos tributários e de apropria o indébita previdenciária, como retro mencionado.

De qualquer maneira,   necessário observar que a dupla responsabiliza o pode levar a situa es paradoxais e de pouca utilidade para a finalidade maior do direito ambiental que   a preserva o de um meio ambiente equilibrado.

Nos casos dos crimes de resultado, a exemplo do de picha o, a existência de um termo de ajustamento de conduta ou termo de compromisso ambiental firmado e que leve   satisfa o integral de recupera o do ambiente lesado poderia resultar na aplica o imediata de pena (artigo 27 da Lei n. 9.605/98), eis que a composi o de danos obtida no TAC   requisito para tal.

Mas no referido caso, a repara o poderia ser feita de forma cabal e facilmente comprovada, restando o questionamento se, ainda sim, poderia haver o bin mio necessidade - interesse para a a o penal.

Nesse caso, o reconhecimento de causa supralegal de exclusão da ilicitude - excedente ao rol do artigo 23 do Código Penal -, estaria

viabilizada através de um acordo entre o autor da conduta e o Ministério Público.

Destarte, o estabelecimento de condicionantes técnicas e cronograma fixado para a execução das obrigações no referido termo se traduz exatamente no ideal do desenvolvimento sustentável, que busca crescer sem destruir, eis que não impediria a continuidade das atividades, mas a simples adequação desta às normas ambientais, de forma que a conduta abstratamente delituosa perderia, no caso concreto, seu caráter de antijuridicidade.

Isto porque, "além das causas discriminantes expressas em lei há outras que estão relacionadas em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico e do costume. A lei apresenta casos padrões, mas não impede que outros sejam utilizados." (CAPEZ, 2005, p. 589)

Édis Milaré (2005, p. 872) sustenta que o termo de ajustamento de conduta constitui causa suprallegal de exclusão da ilicitude da conduta e afirma:

Em síntese, a legislação ambiental tem por vocação a prevenção e a reparação do dano, que são exatamente o objeto do chamado Termo de Ajustamento de Conduta. Este instrumento, ao estabelecer condicionantes técnicas e cronograma para a execução de determinadas obrigações, definidos mediante as negociações que se realizam entre o órgão ambiental e o empreendedor, garante a regulação das atividades e, ao mesmo tempo, a sua continuidade. É a forma legal de conciliação entre a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico, que se traduz exatamente no ideal do desenvolvimento sustentável, que busca crescer sem destruir. Quando essa situação se apresenta, a

conduta tida abstratamente como delituosa perde, no caso concreto, seu caráter de antijuridicidade.

Contudo, apesar de tal entendimento merecer atenção e ser relevante, no que tange aos crimes ambientais de perigo - aqueles em que não exigem efetivo dano no núcleo do tipo - e, inclusive, de dano, poluição e, em alguns casos, de perigo concreto, o Superior Tribunal de Justiça acolheu até então. Vejamos:

Processual penal. *Habeas corpus*. Crime ambiental. Poluição. Trancamento da ação penal. Impossibilidade. Termo de ajustamento de conduta que não impede a instauração da ação penal. Independência entre as esferas administrativas e penal. Aceitação de *sursis processual*. Ordem denegada.

1. A suspensão condicional do processo não obsta o exame da alegação de trancamento da ação penal. Precedentes do STJ.

2. O trancamento de ação penal em sede de *habeas corpus* reveste-se sempre de excepcionalidade, somente admitido nos casos de absoluta evidência de que, nem mesmo em tese, o fato imputado constitui crime.

3. A estreita via eleita não se presta como instrumento processual para exame da procedência ou improcedência da acusação, com incursões em aspectos que demandam dilação probatória e valoração do conjunto de provas produzidas, o que só poderá ser feito após o encerramento da instrução criminal, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal.

4. A assinatura do termo de ajustamento de conduta não obsta a instauração da ação penal, pois esse procedimento ocorre na esfera administrativa, que é independente da penal.

5. Ordem denegada (HC 82.811, de 05.05.2009, grifo pessoal)

O fato é que a assinatura de termo de ajustamento de conduta, com a conseqüente reparação do dano ambiental, tem sido reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça como circunstância que tem efeito apenas na fixação da pena na seara criminal, tendo relevância na dosimetria da pena em favor do réu, não excluindo, contudo, a tipicidade e a ilicitude, como o decidido no *Habeas Corpus* 183.047 de 22.03.2011.

O termo de ajustamento de conduta pode servir como viabilizador da composição de danos de forma a permitir a aplicação dos benefícios penais relativos à transação penal, suspensão condicional do processo e da pena, conforme previsto nos artigos 17, 27 e 28, inciso I, da Lei nº 9.605/98, vejamos:

Art. 17. A verificação da reparação a que se refere o § 2º do art. 78 do Código Penal será feita mediante laudo de reparação do dano ambiental, e as condições a serem impostas pelo juiz deverão relacionar-se com a proteção ao meio ambiente.

[...]

Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de

que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:

I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no *caput*, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo;

Desta maneira, pode-se afirmar que ao menos tais efeitos penais poderá o termo de ajustamento de conduta acarretar, não havendo que se falar em ausência total de reflexos na seara criminal. Inclusive, consta no art. 14, inciso II, da Lei nº 9.605/98, a previsão da reparação do dano como circunstância atenuante da pena.

Conclusão

Como restou demonstrado, não há na legislação a previsão de causa de exclusão da tipicidade, da ilicitude ou de causa de extinção de punibilidade em face da celebração do termo de ajustamento de conduta ou do termo de compromisso ambiental e da reparação ambiental.

Ressalte-se que as causas de extinção de punibilidade devem estar previstas em lei, tal como ocorre nos delitos tributários e de apropriação indébita previdenciária, contudo, tal previsão não há quanto aos crimes ambientais.

Em se tratando da aventada causa supralegal de exclusão da ilicitude em face do termo de ajustamento de conduta em matéria

ambiental, cumpre salientar que poucos doutrinadores admitem tal ideia, em face da relevância social do dano ou ameaça.

Ademais, há que se lembrar do preceito constitucional de independência das sanções penais e administrativas, inserido no artigo 225, §3º, da CF/88, e do tratamento do tema inserido no ordenamento jurídico pela Lei nº. 9.605/98, que dispõe sobre sanções decorrentes da prática de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Contudo, parece-me que o entendimento de caráter político criminal mais acertado é o de que a intervenção penal na proteção do meio ambiente seja feita de forma limitada e cautelosa, de forma a priorizar e incentivar as medidas que efetivamente levem a reparação do dano ou a seu afastamento.

Não se pode olvidar que, em se tratando de matéria penal ambiental, tal está submetida aos rígidos ditames dos princípios constitucionais da legalidade dos crimes e das penas, da intervenção mínima e da fragmentariedade, entre vários outros. Assim, o direito penal é a *ultima ratio* do ordenamento jurídico, devendo ser utilizada apenas para as hipóteses de atentados graves ao bem jurídico ambiental, de forma que tal disciplina assume uma função subsidiária.

Destarte, é de se perceber que, quando no caso concreto as demais esferas de responsabilização forem suficientes para atingir integralmente os objetivos primordiais de prevenção e reparação tempestiva e integral, correto é o entendimento de que não há mais razão jurídica, ao menos em tese, para a incidência do Direito Penal.

Pode o termo de ajustamento de conduta elencar condições de cunho reparatório do dano ao meio ambiente, resultantes de uma conduta criminalmente prevista, através de obrigação de fazer, não fazer e pagar, inclusive fazer declaração da existência de um direito e até criar espaço territorialmente protegido.

Tal efetividade dos TAC's muito se deve ao fato da aplicação do Princípio da Máxima Coincidência Possível, ou seja, busca-se, como prioridade, proteger o bem indisponível, que é o bem ambiental e não a cobrança de valores como sanção. Nele constará, de forma clara e inequívoca, as condições de tempo, forma, modo e lugar do cumprimento das obrigações, priorizando-se a recuperação do dano em detrimento da compensação ambiental. Sem contar que esse instrumento constituirá título executivo extrajudicial, que poderá, inclusive, ser homologado judicialmente, com base no artigo 475 - N, inciso V, do Código de Processo Civil.

As vantagens do termo de ajustamento de conduta em matéria ambiental são muitas e, se cumprido espontaneamente pelo autor da conduta danosa ao meio ambiente, não pode ser desconsiderado na seara criminal, até porque nele negocia-se algo possível faticamente, facilitando o cumprimento da obrigação e constituindo solução economicamente barata e célere para a resolução de conflitos, priorizando a defesa do meio ambiente. Por óbvio, a judicialização é sempre medida mais cara.

Nesse diapasão, há que se considerar o reflexo na seara penal do cumprimento do termo de ajustamento de conduta quando houver a efetiva reparação ambiental ou remoção do ilícito. Pode-se perceber que a posição mais acertada não é a de que tal situação resultaria na exclusão da antijuridicidade ou tipicidade do fato ou até mesmo no reconhecimento da extinção de punibilidade, pelas razões já expostas, e sim a de que deve-se entender que tal situação resulta em ausência de justa causa para ação penal.

Uma alteração legislativa poderia trazer a previsão de causa de extinção de punibilidade nos casos em que haja celebração do TAC antes do recebimento da exordial acusatória, nos casos em que a observância pelo autor da conduta das condicionantes técnicas e dos prazos para a execução garanta a recuperação ambiental, passando então, esta opção, a ser a mais acertada para aplicação aos casos em que se observe tal situação. *In casu*, deveria se prever igualmente a suspensão do prazo

prescricional para os casos em que a reparação do dano demande certo tempo.

Desta maneira, a norma penal não deixaria de ser reconhecida, tampouco a responsabilidade criminal, incorrendo o autor na prática de conduta típica penal ambiental. Contudo, seria verificada a efetividade do TAC de forma a afastar a ação penal, por ausência de interesse de agir (interesse - utilidade), condição esta que existe apenas quando há para o autor da ação a necessidade de obter por esse meio a satisfação de um interesse maior.

Assim, atingido o interesse maior através do termo de ajustamento de conduta, logrando-se êxito em reparar o dano ambiental ou cessando a ameaça ao meio ambiente equilibrado, não há utilidade em intentar a ação penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKAOUI, Fernando Vidal. *Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

AKAOUI, Fernando Vidal, *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

ALMEIDA, Maria Carmen C. de; AKAOUI, Fernando ; BARBOSA, João Batista Machado; BRANCO, Elaine Castelo; CAPELLI, Sílvia; MARCHESAN, Ana; RODRIGUES, Geisa de Assis; MARQUES, José Roberto; PEREIRA, Marco Antônio Marcondes; PINZETTA, Odete; RIOS, Aurélio Veiga; SALTZ, Alexandre Sikinowski; STEIGLEDER, Annelise. *Orientações para a elaboração e celebração de termos de ajustamento de conduta em matéria ambiental*. IN: MIRANDA, Marcos Paulo de Souza (org.). *Compêndio de cartas conclusivas e estudos técnicos da Associação Brasileira dos Membros do Ministério Público de Meio Ambiente*, 2012.

ALONSO JR, Hamilton. *Direito Fundamental ao Meio Ambiente e Ações Coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BENJAMIN, Antonio Herman; SÍCOLI, José Carlos Meloni, Darcy; ANDRADE, Filipe Augusto Vieira. *Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente*. 2.ª ed. São Paulo: IMESP, 1999.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 05 de outubro de 1988. 1.ª ed. atual. até a Emenda Constitucional n. 56, de 20 de dezembro de 2007. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

BRASIL. Lei n.º 9.985 de 18 de julho de 2000. *Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências*. In: DOU.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 9. ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JR, Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação – O Juízo de Admissibilidade do Processo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

FREITAS, Gilberto Passos de. *Ilícito Penal Ambiental e Reparação do Dano*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal - parte geral*. 5ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº. 69. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Roberto. *Crime ambiental: reparação do dano e extinção da punibilidade*. *Revista de Direito Ambiental*, n. 43, p. 347-351. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho - setembro de 2006.

MARQUES, José Roberto. *Reparação do dano ambiental: necessidade de adequação do dimensionamento do pedido*

formulado em ação civil pública. Revista do Ministério Público de Minas Gerais, Belo Horizonte: CEAFF, edição especial meio ambiente, p. 08-09, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MILARÉ, Édis. *O Compromisso de Ajustamento de Conduta e a Responsabilidade Penal Ambiental*. In: A AÇÃO CIVIL PÚBLICA APÓS 20 ANOS: EFETIVIDADE E DESAFIOS. Coordenador Édis Milaré. São Paulo: Editora RTr, 2005.

MORAES, Maurício Zanóide. *Interesse e Legitimação para Recorrer no Processo Penal Brasileiro*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Comentadas*. 5.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 3.ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PEREIRA, Ana Paula Mendes Simões. *Uma análise do termo de ajustamento de conduta ambiental como instrumento de prevenção e recuperação do dano ambiental*. IN: BENJAMIN, Antonio Herman (org.). Congresso Internacional de Direito Ambiental. Paisagem, natureza e direito. São Paulo: Instituto o Direito por um Planeta Verde, 2005.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal do Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Penal do Meio Ambiente*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SOUZA, José Barcelos de. *Direito processual civil e penal: nulidades, saneamento do processo, pressupostos processuais, condições da ação, condições de procedibilidade, falta de justa causa no processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação Civil Pública e Inquérito Civil*. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 4.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental*. 2.ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal*. São Paulo: RT, 2002.

DA EDIFICAÇÃO DO CONCEITO DE PAISAGEM CULTURAL: APONTAMENTOS À PORTARIA Nº 127/2009 DO IPHAN

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: O objetivo do presente está assentado na análise da concepção de paisagem cultural, estabelecido pela Portaria nº 127/2009 do IPHAN. Cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultural. A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos. Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. O conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse

público, por sua vincula o a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental.

Palavras-chaves: Patrimônio Cultural. Paisagem Cultural. Instrumento de Tutela.

Sumário: 1 Pondera es Introdutórias: Breves notas   constru o teórica da Ramifica o Ambiental do Direito; 2 Comentários   concep o de Meio Ambiente; 3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 4 Da Edifica o do Conceito de Paisagem Cultural: Apontamentos   Portaria n  127/2009 do IPHAN.

1 Pondera es Introdutórias: Breves notas   constru o teórica da Ramifica o Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramifica es que a integram, reclama uma interpreta o alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estrutura o. Neste almir , lançando   tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplica o das leis, sendo, em decorrência dos anseios da popula o, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpreta o o “*prisma de avalia o o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade,*

está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém"[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*”[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do*

valor atribuído aos princípios em face da legislação”[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a conservação e recuperação das áreas degradadas, primacialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação

com o destino da humanidade[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta Política de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Quadra anotar que os direitos alocados sob a rubrica de *direito de terceira dimensão* encontram como assento primordial a visão da

espécie humana na condição de coletividade, superando, via de consequência, a tradicional visão que está pautada no ser humano em sua individualidade. Assim, a preocupação identificada está alicerçada em direitos que são coletivos, cujas influências afetam a todos, de maneira indiscriminada. Ao lado do exposto, cuida mencionar, segundo Bonavides, que tais direitos “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Pois bem, com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos apresentados por José Afonso da Silva, considera-se meio-ambiente como “*a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas*”[10].

Nesta senda, ainda, Fiorillo[11], ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível

colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º. 4.029/AM, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A gemação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. *“Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente”*[13]. Nesta toada, ainda, é observável que

o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade. Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à

liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma.

Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. Nesta senda, o direito à interidade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado ao meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o

sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies).

Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

3 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Quadra salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “*A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos*”^[16]. Desta maneira, a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “*o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental*”^[17]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto, também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial Nº 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural

(jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[18]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. Consoante aponta Brollo, “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[19], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

O Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000[20], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[21], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança,

referenciamento e valorização desse patrimônio. Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Celso Fiorillo[22], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos insertos em uma determinada comunidade. Necessário se faz salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

4 Da Edificação do Conceito de Paisagem Cultural: Apontamentos à Portaria nº 127/2009 do IPHAN

De plano, quadra apontar que a conceituação da Paisagem Cultural Brasileira fundamenta-se na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segundo a qual o patrimônio cultural é formado por bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver, as criações científicas, artísticas e tecnológicas, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais, os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. Igualmente, os fenômenos contemporâneos de expansão urbana, globalização e massificação das paisagens urbanas e rurais colocam em risco contextos de vida e tradições locais em todo o planeta. Ao lado disso, a necessidade de ações e iniciativas administrativas e institucionais de preservação de contextos culturais complexos, que abranjam porções do território nacional e destaquem-se pela interação peculiar do homem com o meio natural.

No mais, o reconhecimento das paisagens culturais é mundialmente praticado com a finalidade de preservação do patrimônio e que sua adoção insere o Brasil entre as nações que protegem institucionalmente o conjunto de fatores que compõem as paisagens. Em igual linha, a chancela da Paisagem Cultural Brasileira estimula e valoriza a motivação da ação humana que cria e que expressa o patrimônio cultural. Em mesmo sentido, a chancela da Paisagem Cultural Brasileira valoriza a relação harmônica com a natureza, estimulando a dimensão afetiva com o território e tendo como premissa a qualidade de vida da população. Nesta dicção, os instrumentos legais vigentes que tratam do patrimônio cultural e natural, tomados individualmente, não contemplam integralmente o conjunto de fatores implícitos nas paisagens culturais. Em uma concepção inicial, entende-se por Paisagem Cultural Brasileira uma porção peculiar do território nacional, representativa do processo de interação do homem com o meio natural, à qual a vida e a ciência humana imprimiram marcas ou atribuíram valores. A Paisagem Cultural Brasileira é declarada por chancela instituída pelo IPHAN, mediante procedimento específico.

A chancela da Paisagem Cultural Brasileira tem por finalidade de atender ao interesse público e contribuir para a preservação do patrimônio cultural, complementando e integrando os instrumentos de promoção e proteção existentes, nos termos preconizados na Constituição Federal. A chancela da Paisagem Cultural Brasileira considera o caráter dinâmico da cultura e da ação humana sobre as porções do território a que se aplica, convive com as transformações inerentes ao desenvolvimento econômico e social sustentáveis e valoriza a motivação responsável pela preservação do patrimônio. A chancela da Paisagem Cultural Brasileira implica no estabelecimento de pacto que pode envolver o poder público, a sociedade civil e a iniciativa privada, visando a gestão compartilhada da porção do território nacional assim reconhecida. O pacto convencionado para proteção da Paisagem Cultural Brasileira chancelada poderá ser integrado de Plano de Gestão a ser acordado entre as diversas entidades, órgãos e agentes públicos e privados envolvidos, o qual será acompanhado pelo IPHAN. Qualquer pessoa natural ou jurídica é parte legítima para

requerer a instauração de processo administrativo visando a chancela de Paisagem Cultural Brasileira. O requerimento para a chancela da Paisagem Cultural Brasileira, acompanhado da documentação pertinente, poderá ser dirigido: I - às Superintendências Regionais do IPHAN, em cuja circunscrição o bem se situar; II - ao Presidente do IPHAN; ou III - ao Ministro de Estado da Cultura.

Verificada a pertinência do requerimento para chancela da Paisagem Cultural Brasileira será instaurado processo administrativo. O Departamento do Patrimônio Material e Fiscalização - DEPAM/IPHAN é o órgão responsável pela instauração, coordenação, instrução e análise do processo. A instauração do processo será comunicada à Presidência do IPHAN e às Superintendências Regionais em cuja circunscrição o bem se situar. Para a instrução do processo administrativo poderão ser consultados os diversos setores internos do IPHAN que detenham atribuições na área, as entidades, órgãos e agentes públicos e privados envolvidos, com vistas à celebração de um pacto para a gestão da Paisagem Cultural Brasileira a ser chancelada. Finalizada a instrução, o processo administrativo será submetido para análise jurídica e expedição de edital de notificação da chancela, com publicação no Diário Oficial da União e abertura do prazo de 30 dias para manifestações ou eventuais contestações ao reconhecimento pelos interessados. As manifestações serão analisadas e as contestações julgadas pelo Departamento do Patrimônio Material e Fiscalização - DEPAM/IPHAN, no prazo de 30 (trinta) dias, mediante prévia oitiva da Procuradoria Federal, remetendo-se o processo administrativo para deliberação ao Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural. Aprovada a chancela da Paisagem Cultural Brasileira pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural, a súmula da decisão será publicada no Diário Oficial da União, sendo o processo administrativo remetido pelo Presidente do IPHAN para homologação final do Ministro da Cultura.

A aprovação da chancela da Paisagem Cultural Brasileira pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural será comunicada aos Estados-membros e Municípios onde a porção territorial estiver localizada, dando-

se ciência ao Ministério Público Federal e Estadual, com ampla publicidade do ato por meio da divulgação nos meios de comunicação pertinentes. O acompanhamento da Paisagem Cultural Brasileira chancelada compreende a elaboração de relatórios de monitoramento das ações previstas e de avaliação periódica das qualidades atribuídas ao bem. A chancela da Paisagem Cultural Brasileira deve ser revalidada num prazo máximo de 10 anos. O processo de revalidação será formalizado e instruído a partir dos relatórios de monitoramento e de avaliação, juntando-se manifestações das instâncias regional e local, para deliberação pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural. A decisão do Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural a propósito da perda ou manutenção da chancela da Paisagem Cultural Brasileira será publicada no Diário Oficial da União, dando-se ampla divulgação ao ato nos meios de comunicação pertinentes.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

_____. **Lei nº 11.904, de 14 de Janeiro de 2009.** Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

_____. **Lei nº 11.906, de 20 de Janeiro de 2009.** Cria o Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM, cria 425 (quatrocentos e vinte e cinco) cargos efetivos do Plano Especial de Cargos da Cultura, cria Cargos em Comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Funções Gratificadas, no âmbito do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em 26 jul. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 jul. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 26 jul. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24 ed, rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em 26 jul. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 26 jul. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009.

Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 26 jul. 2015, s.p.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N°. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 jul. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

[7] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De

Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N  2.895/98) - Legisla o Estadual que, pertinente a exposi es e a competi es entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N  9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito   preserva o de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira gera o (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Prote o constitucional da fauna (CF, Art. 225,   1 , VII) - Descaracteriza o da briga de galo como manifesta o cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - A o Direta procedente. Legisla o Estadual que autoriza a realiza o de exposi es e competi es entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna - Inconstitucionalidade.  rgo Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 jul. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei N . 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formula o e aplica o, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 26 jul. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em A o Direta de Inconstitucionalidade N  4.029/AM. A o Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N  11.516/07. Cria o do Instituto Chico Mendes de Conserva o da Biodiversidade. Legitimidade da Associa o Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de âmbito Nacional. Viola o do art. 62, caput e   9 , da

Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 jul. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jul. 2015: “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

[15] *Idem*. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator:

Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 26 jul. 2015.

[16] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra a exportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 26 jul. 2015, p. 15-16.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[18] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar proteção limitada, despida do jus excludendi de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (n° 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha),

formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 26 jul. 2015.

[19] BROLLO, 2006, p. 33.

[20] BRASIL. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 26 jul. 2015.

[21] BROLLO, 2006, p. 33.

[22] FIORILLO, 2012, p. 80

A APOSENTADORIA POR IDADE RURAL PARA MULHERES E DO REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR E SEUS REQUISITOS

LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE: Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

INTRODUÇÃO

Por trabalhador rural segurado especial, pode ser compreendido como aquele que, sendo pequeno proprietário rural, explora sua terra mediante regime de economia familiar, sobrevivendo da renda ou sustento proveniente de pequena gleba rural cuidada por si, com ou sem o auxílio de seus familiares.

A Lei nº 8.213/1991 ao instituir e regulamentar amplamente a matéria referente aos segurados da Previdência Social, tratou-os como empregado rural, contribuinte individual e segurado especial, tal qual as conhecemos hoje, conceituados em seu art. 11, *in verbis*:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I – como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

V – como contribuinte individual:

g) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego;

VI – como trabalhador avulso: quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviço de natureza urbana ou rural definidos no Regulamento;

VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;

Desta maneira, caso a segurada venha cumprir com o período de carência implementando a idade mínima (55 anos para as mulheres e 60 anos para os homens), além de comprovar o exercício de atividade rural em período imediatamente anterior a esta, ainda cessado o exercício da atividade por anos ou décadas, essa segurada deverá ser aposentada por idade a partir do momento em que vier a pleitear administrativamente junto ao INSS, o benefício ao qual faz juz, ante o fato desta não encontrar-se regida pelo art. 143 da Lei nº 8.213/1991, mas sim por seu art. 39, I, que por sua vez, permaneceu inalterado quanto aos seus

requisitos, dando-se a aposentação rural destes segurados da mesma forma que, desde a edição da Lei de Benefícios, vem sendo entendida.

De acordo com a legislação que rege a matéria em comento, são requisitos para a concessão da aposentadoria rural por idade, a idade mínima de 55 anos para os segurados do sexo feminino, e de 60 anos de idade para segurados do sexo masculino, e o respectivo período de carência, que varia conforme a época em que foram implementadas as condições para a concessão do benefício, segundo a tabela do artigo 142 da Lei 8213/91.

O INSS, pode indeferir o pleito do segurado sob o fundamento do descumprimento do respectivo período de carência, que por sua vez deverá ser devidamente comprovado e demonstrado de forma clara, irrefutável e incontroversa pela parte requerente, sua permanência/moradia no meio rural, laborando em regime de economia familiar, sob pena de indeferimento do pleito.

DESENVOLVIMENTO

Com o advento da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, processaram sensíveis alterações quanto aos procedimentos de reconhecimento do tempo de serviço na qualidade de trabalhador rural, uma vez que o Instituto Nacional de Seguridade Social passa a exigir “início de prova material”, conforme art. 55, (§ 3º, do referido diploma legal).

De acordo com a legislação previdenciária contemporânea, para comprovação do tempo laborado em área rural, é de bom alvitre a apresentação de indícios de prova material vasta e robusta, conforme já citado.

Entende-se, portanto, que constitui relevante indício de ter, a segurada que tenha trabalhado na lavoura ou no meio rural, ou seja,

“início razoável de prova material”, de acordo com jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no RESP nº 506052/PR de 21/10/2003, com votação unânime, tendo como relatora a ministra Laurita Vaz:

“PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. CERTIDÃO DE CASAMENTO DE MARIDO LAVRADOR. CATEGORIA EXTENSIVA À ESPOSA. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL”.

Novamente se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no RESP. nº 625098/AL, em votação unânime que teve por Relatora o Ministra Laurita Vaz:

“EMENTA:PREVIDENCIÁRIO. TRABALHADOR RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL CONFIGURADO. CONTRATO DE ARRENDAMENTO. EXERCÍCIO DE ATIVIDADE RURAL COMPROVADO. 1. O reconhecimento de tempo de serviço rural, para efeito de aposentadoria por idade, deve estar sustentado por início razoável de prova material, não sendo suficiente a prova exclusivamente testemunhal, a teor da Súmula n.º 149/STJ. 2. No caso dos autos o início de prova material foi comprovado mediante contrato de arrendamento em nome da Autora e pelas declarações de ITR emitidas pelo Ministério da Fazenda – Secretaria da Receita Federal, referentes aos

exercícios de 1997, 1998 e 1999, em nome do arrendador da propriedade onde a Autora exerceu a atividade rural. 3. O contrato de arrendamento, por si só, é apto a comprovar o exercício da atividade rural, nos termos do art. 106 da Lei 8.213/91, com redação dada pela Lei 9.063, de 14 de junho de 1995. 4. Recurso especial conhecido em parte e desprovido.”

O Superior Tribunal de Justiça, também já se pronunciou sobre o conjunto probatório em RESP. nº 110159/SP, em votação também unânime que teve por Relator o Ministro William Patterson:

“EMENTA:PREVIDENCIÁRIO.T RABALHADOR RURAL. CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS ”A teor do disposto no art. 55, 3º, da Lei 8213/91, não se pode admitir a prova exclusivamente testemunhal para comprovação de tempo de serviço do rurícola, mas, apurada mediante o conjunto probatório dos autos a condição de rurícola, deve-se prestigiar o acórdão recorrido que assim reconheceu.”(DJU, 03.03.97, p. 4748 - STJ).

Em cartilha distribuída pelo INSS, sob a denominação Cartilha de procedimentos de comprovação da atividade rural, é definido que na comprovação do segurado especial, deverá ser observado o seguinte:

Os documentos a serem apresentados por todos os membros do grupo familiar para o período que se quer comprovar, mesmo que de forma descontínua, quando corroborados com outros que confirmem o vínculo familiar sendo indispensável à entrevista e, se houver dúvidas,

deverá ser realizada entrevista também, com parceiros, confrontantes, empregados, vizinhos, e outros conforme o caso.(art. 133, §1º da IN 11/05).

O denominado regime de economia familiar pode ser entendido como aquele em que há cooperação mútua de todos os componentes da família para própria subsistência, devendo ser a única fonte de renda do grupo familiar, não podendo existir empregados permanentes ou ajuda de prepostos de maneira que o tamanho da propriedade também não poderá exceder o estabelecido legalmente sob pena de descaracterização do regime de economia familiar.

É certo que a lei previdenciária exige, para fins de comprovação de tempo de serviço, um “início razoável de prova material”, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito (art. 55, 3º da Lei n.º 8.213/91).

A prova testemunhal, por seu turno, corroborará a prova material, devendo confirmar que a parte requerente sempre tenha laborado como rurícola, em regime de economia familiar.

No entanto, tal exigência, no caso dos trabalhadores rurais, deve ser relativizada, tendo em vista as peculiaridades que envolvem essa classe de trabalhadores.

Esse entendimento, aliás, já tem sido proclamado pela jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça, em julgados como o seguinte venerando acórdão:

“PREVIDENCIÁRIO.

DECLARATÓRIA RURÍCOLA,
TEMPO DE SERVIÇO, INÍCIO DE
PROVA MATERIAL, PROVA
TESTEMUNHAL. Cuidando-se do
rurícola, cabe ao julgador interpretar a
norma infra-constitucional que não
admite prova exclusivamente

testemunhal, à luz do Art. 5º da LICCB. Nos termos do parágrafo 3º, do art. 55, da Lei. 8213/91, é suficiente o início de prova material destinada a comprovar tempo de serviço na atividade rural, desde que complementada por prova testemunhal idônea. (Apelação Cível. nº 95.04.01298-1, Ref. Juiz Elcio Pinheiro de Castro, DJU 8.3.95, P. 11889).”

Destarte, ainda que não se admita a prova exclusivamente testemunhal para a comprovação do tempo de serviço, não deve ser descartada como elemento probatório a ser valorado em conjunto com os documentos apresentados pela parte autora, emprestando-lhes maior força probatória ou, ao contrário, reduzindo-a, caso os depoimentos prestados em juízo venham de encontro à pretensão delineada na inicial apresentada pela parte requerente.

CONCLUSÃO

Á despeito de muitas pessoas desconhecerem o instituto da aposentadoria rural, principalmente no tocante às mulheres sob a alegação do regime de economia familiar, esta se trata de um benefício previdenciário que não exige custeio prévio, ou seja, para que o cidadão tenha direito ao mesmo não se faz necessário o recolhimento de nenhum percentual em prol do INSS, apenas o preenchimento dos requisitos elencados legalmente, que no caso das mulheres, objeto do presente estudo, faz-se indispensável que esta tenha 55 anos e a comprovação de 15 anos de atividade laborativa no campo ou também chamado de meio rural, para sustento próprio e subsistência de sua família, em regime de economia familiar.

É de suma importância ressaltarmos que o tempo mínimo de trabalho rural deve ser imediatamente anterior ao pedido do benefício, sob pena de indeferimento do pleito, não precisando ser

ininterruptos, porém devendo ser imediatamente anteriores ao seu requerimento, sendo concedido então pelo INSS, o benefício da aposentadoria no valor de 01 (um) salário mínimo para cada cidadão.

Nos casos de negação do pleito formulado administrativamente perante o INSS, o futuro segurado poderá pleiteá-lo judicialmente e, caso seja deferido pelo magistrado, o INSS deverá pagá-la desde a data de seu requerimento administrativo perante o próprio INSS.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito da seguridade social. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 25. ed. São Paulo: LTr, 1999.