



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

THAIS SILVA BISPO

**ESTADO DE PERIGO E INADIMPLEMENTO DE NEGÓCIOS
JURÍDICOS HOSPITALARES**

Londrina
2008

THAIS SILVA BISPO

**ESTADO DE PERIGO E INADIMPLEMENTO DE NEGÓCIOS
JURÍDICOS HOSPITALARES**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial, área de concentração em Direito Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof^a. Dr^a Marlene Kempfer Bassoli

Londrina
2008

**Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da
Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

B622e Bispo, Thais Silva.
Estado de perigo e inadimplemento de negócios jurídicos hospitalares/
Thais Silva Bispo. – Londrina, 2008.
129 f.

Orientador: Marlene Kempfer Bassoli.
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de
Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-
Graduação em Direito Negocial, 2008.
Bibliografia: f. 101-106.

1. Atos jurídicos – Teses. 2. Adimplemento e inadimplemento –
Teses. 3. Direito civil – Teses. I. Bassoli, Marlene Kempfer. II. Univer-
sidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados.
Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 347.13/.14

THAIS SILVA BISPO

**ESTADO DE PERIGO E INADIMPLEMENTO DE NEGÓCIOS
JURÍDICOS HOSPITALARES**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial, área de concentração em Direito Civil, da Universidade Estadual de Londrina, como requisito à obtenção do título de Mestre.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Marlene Kempfer Bassoli
Universidade Estadual de Londrina

Prof^a. Dr^a. Maria de Fátima Ribeiro

Prof. Dr. Elve Miguel Cenci

Londrina, ____ de _____ de 2008.

À minha família, apoio incondicional.

AGRADECIMENTOS

Ao meu esposo, pelo apoio e compreensão de seu tempo roubado.

A minha família, pela confiança e motivação.

À Prof^a Dr^a Marlene Kempfer Bassoli que acreditou neste trabalho.

Aos professores de Curso.

Ao secretário do Mestrado, Francisco Navarro pela grandeza como ser humano e pelo auxílio de sempre.

“Ao vencedor, as batatas!”

***Quincas Borba*, obra de Machado de Assis.**

BISPO, Thais Silva. **Estado de perigo e inadimplemento de negócios jurídicos hospitalares**. 2008. 129f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

RESUMO

O objetivo básico do presente estudo cinge-se à demonstração do estado de perigo, nova espécie de vício do negócio jurídico, introduzida no texto do Código Civil, na hipótese de inadimplemento, ocasionada por excessiva onerosidade de despesas hospitalares para atendimentos emergenciais que desequilibrem, irremediavelmente, o orçamento doméstico. Delimita-se, igualmente, na suposição de que aquele atendimento hospitalar não seria passível de ser atendido de forma adequada pela rede pública. A conta do hospital, incluída a dos serviços médicos e ambulatoriais, compromete acentuadamente a renda do assistido que, inicialmente, imaginara poder arcar com o valor, e com base no previsto no Código Civil, ingressa na Justiça com ação de anulação do negócio jurídico realizado com o hospital, recusando-se a pagar a dívida e propondo a invalidação da cobrança, com base no estado de perigo. A modificação do regime jurídico civil valorizou os direitos individuais vistos sob o prisma social, sem prejuízo do valor da pessoa humana (dignidade da pessoa humana). Isso ocorreu para situar tais direitos e deveres no contexto da nova sociedade que emergiu, justamente, depois do trauma das grandes guerras mundiais e dos conflitos subseqüentes, além da revolução tecnológica. É nesse sentido, que se apresenta a importância e atualidade do tema, com a inclusão do estado de perigo como defeito do negócio jurídico e as conseqüências para as partes dessa relação frente ao papel estatal de garantir direito à saúde, à reserva do possível na implementação das políticas públicas, a preservação da empresa hospitalar e a proibição do retrocesso social dos empregados dessa instituição.

Palavras-chave: Estado de perigo. Negócio jurídico. Inadimplemento. Hospital.

BISPO, Thais Silva. **State of danger and legal transactions hospital default.** 2008. 129 f. Dissertation (Master in Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

ABSTRACT

The basic objective of this study confines itself to demonstrating the state of danger, a new kind of addition of business law, introduced in the text of the Civil Code, in the event of default, resulting from excessive burden of expenses for hospital emergency care that unbalanced, irreparably, the household budget. Delimits has also been the assumption that hospital care would not be able to be adequately served by public network. The account of the hospital, including doctors and outpatient services, dramatically undermines the rent of assisted I initially thought to bear the value, based on the expected in the New Civil Code, Justice to enter the action for annulment of legal business performed with the hospital, refusing to pay the debt offering and the invalidation of the collection, based on state of danger. Altering the legal regime valued civil rights of individuals viewed through the lens systems, without affecting the value of the human person (dignity). This was to place such rights and obligations in the context of the new company that emerged, rightly, after the trauma of the great world wars and subsequent conflicts, in addition to the technological revolution. It is in this sense, presenting the importance and timeliness of the subject, with the inclusion of a state of distress as a defect in the legal business and the consequences for the parties in the relationship front of the state role to ensure right to health, the reserve as possible in the implementation public policy, preservation of the company hospital and the prohibition of social retrogression of the employees of that institution.

Key-words: State of danger. Business legal. Hospital. Default.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANS	Agência Nacional de Saúde
Art.	Artigo
CBHPM	Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos
CEM	Código de Ética Médica
CC	Código Civil Brasileiro
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal de 1988
DOU	Diário Oficial da União
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
UTI	Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 REGIME JURÍDICO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	14
2.1 PRINCÍPIO DA ETICIDADE	15
2.2 PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE	17
2.3 PRINCÍPIO DA OPERABILIDADE.....	18
2.4 AS CLÁUSULAS GERAIS NO CÓDIGO CIVIL.....	20
2.4.1 A Cláusula Geral da Boa-Fé.....	23
2.4.2 A Cláusula Geral da Função Social do Contrato.....	25
2.4.3 O Conflito Entre as Cláusulas Gerais e a Segurança Jurídica	27
3 O NEGÓCIO JURÍDICO	30
3.1 PLANOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO	35
3.2 DOS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO	39
3.3 INVALIDADE – NULIDADE E ANULABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO.....	41
4 O ESTADO DE PERIGO.....	45
4.1 ESTADO DE PERIGO E ESTADO DE NECESSIDADE	47
4.2 ELEMENTOS INTEGRANTES DO ESTADO DE PERIGO	49
5 O NEGÓCIO JURÍDICO HOSPITALAR REALIZADO EM ESTADO DE PERIGO	55
5.1 OS PLANOS DE EXISTÊNCIA E VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO HOSPITALAR.....	55
5.2 A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL HOSPITALAR	60
5.3 DO ADIMPLEMENTO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS HOSPITALARES	66
5.4 DO INADIMPLEMENTO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS HOSPITALARES	68
5.4.1 Inadimplemento Absoluto	69
5.4.2 Inadimplemento Relativo ou Mora.....	73
5.5 A Reserva do Possível como Limitadora ao Pagamento de Negócios Jurídicos Hospitalares pelo Estado	75
5.6 O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA HOSPITALAR, A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E A SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS	85

5.7 O PAGAMENTO PELO SERVIÇO PRESTADO E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS	90
6 CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS	100
ANEXOS	106
ANEXO A – Projeto de Lei nº 5788/05	107
ANEXO B – Apelação Cível nº 491776-8 do TJMG	109
ANEXO C – Apelação Cível nº 70014165393 do TJRS	115
ANEXO D – Apelação Cível nº 2008.001.29035 do TJRJ	119
ANEXO E – Apelação Cível nº 2008.001.20959 do TJRJ	121
ANEXO F – Resolução n. 322/03 do Conselho Nacional de Saúde.....	123

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil (CC) de 2002 trouxe ao ordenamento jurídico a figura do estado de perigo que juntamente com a lesão correspondem às hipóteses do Código italiano de desequilíbrio econômico do contrato.

Destaca-se, primeiramente, a necessidade de se estabelecer um corte metodológico para melhor apreciação do tema. Cumpre observar que as circunstâncias jurídicas que envolvem os negócios jurídicos hospitalares são muito peculiares, já que disciplinam bens jurídicos como a vida e a manutenção desta. Por esse motivo, a Constituição Federal (CF) de 1.988 estabeleceu no Art. 170 como princípio a defesa do consumidor, concretizada com o advento da Lei nº 8.078/90. Afasta-se a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) frente ao negócio jurídico hospitalar celebrado em estado de perigo, já que haverá intervenção da legislação consumerista nessa relação jurídica quando houver a aferição da responsabilidade civil do prestador de serviço médico no caso do Art. 14, § 4º ou quando houver modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas constante do Art. 7º, V.

De acordo com o Art. 170 da CF há o intuito de diminuir a intervenção do Estado no domínio econômico sem deixar de normatizar e fiscalizar a atuação do particular em determinadas áreas de prestação de serviços à população. No caso das instituições privadas de saúde, o Estado o faz por intermédio de agência reguladora específica, qual seja, a Agência Nacional de Saúde (ANS). A autorização legislativa dos Art. 197 e Art. 199 da CF que, dispõem ser de relevância pública as ações e serviços de saúde, devendo sua execução ser feita pelo Poder Público diretamente ou através de terceiros, sendo estes pessoas física ou jurídica de direito privado, além de assegurar à iniciativa privada o exercício livre da assistência à saúde, concede ao particular a possibilidade de exploração econômica dos serviços de saúde, diminuindo a participação do poder público nesta esfera.

Interessa o aprofundamento da modificação sofrida pelo regime jurídico de Direito Civil com o advento do Código Civil de 2002, em que novos institutos apareceram como é o caso do estado de perigo.

No que se refere a ele não há propriamente erro da vítima no

declarar a vontade negocial, o que se passa é o quadro de perigo enfrentado no momento do aperfeiçoamento do negócio que coloca a pessoa numa contingência de necessidade premente de certo bem ou valor e, para obtê-lo, acaba ajustando preços e condições desvantajosas. O contrato, em tais circunstâncias, se torna iníquo, porque uma das partes se aproveita da conjuntura adversa para extrair vantagens injustas à custa da necessidade da outra.

A situação fática que se apresenta nos hospitais, principalmente nos atendimentos de emergência, já vinha sendo discutida pela doutrina no Código Civil de 1916. Época em que essa realidade se encaixava no instituto da coação, o qual levava em conta o temor iminente, o elemento subjetivo para a realização do negócio. No estado de perigo, o elemento objetivo é o que mais importa, isto é, as condições por demais onerosas do negócio.

A ocorrência desse defeito do negócio num ato de garantia (prestação de fiança ou emissão de cambial), por exemplo, prestado por indivíduo que pretenda internar, em caráter de urgência, um parente seu ou amigo próximo em determinada Unidade de Terapia Intensiva (UTI), e se vê diante da condição imposta pela diretoria do hospital, no sentido de que o atendimento emergencial só é possível após a constituição imediata de garantia cambial ou fidejussória, aponta para o reconhecimento da existência do vício.

Há, ainda, a possibilidade de apresentação do valor pelos serviços prestados, ou seja, uma dívida contraída pelo paciente enquanto esteve internado no hospital pelos medicamentos usados e atendimento. Dívida tal que enseja excessiva onerosidade, tornando impossível o cumprimento da obrigação.

Esse inadimplemento gera uma série de conseqüências no ordenamento jurídico, apresentando questões que necessariamente deverão ser submetidas à análise do caso sob o aspecto do plano de existência, validade e eficácia jurídica do negócio jurídico ora celebrado.

O negócio jurídico é concebido como instrumento de realização da liberdade individual, porque por meio dele os particulares criam, modificam ou extinguem as relações jurídicas. É a vontade particular atuando no mundo jurídico; nesse aspecto, há a denominada autonomia privada que representa uma projeção jurídica do liberalismo econômico, consagrado na máxima “o contrato é lei entre as partes”.

Ocorre que o negócio jurídico deixa de ser instrumento exclusivo da

liberdade individual e passa a ser encarado como importante fator de equilíbrio social, no sentido de que só os atos de iniciativa privada, considerados idôneos, podem compor o suporte fático da espécie negocial e têm validade na tutela da ordem jurídica e de que os vícios de consentimento foram ampliados para a proteção dos contratantes hipossuficientes por meio do estado de perigo.

O plano dos negócios não pode ficar imune à dignificação do ser, pois não se admite a exclusiva visão econômica ou patrimonialista das relações negociais. Cabe analisar a função social do contrato e a boa-fé, cláusulas gerais que deverão obrigatoriamente estar presentes neste negócio jurídico para que não haja enriquecimento ilícito. O Código Civil de 1916 apresentava algumas preocupações sociais, vinculando-se aos sistemas do século XIX e à corrente individualista iluminista. Maior ênfase foi atribuída ao Código Civil de 2002 que valoriza os direitos individuais vistos sob o prisma social sem prejuízo do valor da pessoa humana e é sob esse aspecto que surge o estado de perigo.

Dada a relevância do tema para o ordenamento jurídico, há que se indagar se o contrato realizado no âmbito hospital-paciente preenche os três planos em que se situam os negócios jurídicos: existência, validade e eficácia; se haveria anulabilidade do contrato ou abatimento das contas hospitalares; em quais situações o instituto do estado de perigo se aplicaria ao negócio jurídico entre hospital e paciente e como têm sido julgados os casos concretos.

2 REGIME JURÍDICO DO CÓDIGO CIVIL DE 2.002

Tornou-se fundamental conhecer e compreender os princípios do Código Civil de 2002, bem como quais são as diretrizes básicas da sua elaboração. A codificação pátria está repleta de cláusulas gerais e de princípios importantes que trazem uma nova forma de encarar o direito privado como um todo.

O Código Civil foi instituído pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com vigência após um ano de *vacatio legis*. A codificação civil teve uma longa tramitação no Congresso Nacional, com seu embrião no ano de 1975, ocasião em que o então Presidente da República submeteu à apreciação da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 634-D, com base em trabalho elaborado por uma Comissão de sete membros, coordenada por Miguel Reale.

Foi concebida a estrutura básica do projeto, com uma Parte Geral e cinco Partes Especiais, tendo sido convidado para cada uma delas um jurista de renome e notório saber.

Conforme lembra Gerson Luiz Carlos Branco¹, a escolha foi abrangente, já que:

[...] foram contemplados juristas do sul, do nordeste, do centro do país, do Rio de Janeiro e São Paulo, congregando professores, advogados e juízes. A comissão escolhida teve um perfil adequado às considerações políticas em relação à postura dos membros da comissão. Além disso, segundo o próprio Miguel Reale havia uma afinidade de idéias e de pensamento entre todos os juristas que integravam a comissão.

Inúmeros foram os debates realizados e a troca de conhecimento em relação às matérias constantes da codificação, já que os autores apresentavam grande saber e experiência, o que justifica as quatro redações iniciais que teve o projeto de Código Civil, todas publicadas no Diário Oficial da União (DOU), em 1972, 1973, 1974 e, por fim, em 1976, com a redação final. Conforme afirma o próprio Miguel Reale², comentando a estrutura da nova codificação:

¹ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo código civil. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 43.

² REALE, Miguel. *Visão geral do novo código civil*. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 20 dez. 2007.

[...] não estamos perante uma obra redigida por um legislador solitário, por um Sólon ou Licurgo, como se deu para Atenas e Esparta, mas sim perante uma 'obra transpessoal', submetida que foi a sucessivas revisões.

Apontou algumas diretrizes importantes ao Código Civil como: a valorização da eticidade, da socialidade e da operabilidade como novos princípios do direito privado; a orientação de se inserir matéria já consolidada e a utilização de um sistema baseado em cláusulas gerais, que dão maior liberdade de interpretação ao julgador³.

Nas palavras de Judith Martins-Costa⁴, percebe-se na nova codificação um sistema aberto ou de "janelas abertas", em virtude da linguagem que emprega, permitindo a constante incorporação e solução de novos problemas, seja pela jurisprudência, seja por uma atividade de complementação legislativa. São suas as brilhantes palavras, que explicam muito bem a intenção do legislador:

Estas janelas, bem denominadas por Irti de 'concetti di collegamento', com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de 'standarts', arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.

O estudo de os princípios ou regramentos básicos que sustentam a codificação privada emergente é importantíssimo para que se possa entender os novos institutos que surgem com nova lei privada.

2.1 PRINCÍPIO DA ETICIDADE

³ Ibidem.

⁴ MARTINS-COSTA, Judith. O novo código civil brasileiro: em busca da ética da situação. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 118.

Apesar de o Código Civil de 1916 não citar a boa-fé como princípio geral, a jurisprudência decidia sob influência do BGB alemão, § 157 e do Código Civil Italiano, artigos 1.366 e 1.375, os quais admitiam pacificamente, a boa-fé dos negócios jurídicos. O Código Civil de 2.002 absorveu essa concepção no Art. 113 e no Art. 422, criou regra de conduta, ou seja, uma cláusula geral.

O Código Civil se distancia do tecnicismo institucional advindo da experiência do direito romano, procurando, em vez de valorizar formalidades, reconhecer a participação dos valores éticos em todo o direito privado. Por isso, muitas vezes, se percebe a previsão de preceitos genéricos e cláusulas gerais, sem a preocupação do encaixe perfeito entre normas e fatos.

Quanto ao princípio da eticidade, adotado pela codificação emergente, cumpre transcrever as palavras do Ministro José Delgado⁵, no sentido de que:

[...] o tipo de Ética buscado pelo novo Código Civil é o defendido pela corrente kantiana: é o comportamento que confia no homem como um ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo semelhante e de reflexo de um estado de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociais, quer não negociais. É, na expressão kantiana, a certeza do dever cumprido, a tranqüilidade da boa consciência.

Também o Código abandona o excessivo rigor conceitual, possibilitando a criação de novos modelos jurídicos, a partir da interpretação da norma diante de fatos e valores, melhor concepção da teoria tridimensional do direito, concebida por Miguel Reale, introduzida na codificação emergente em vários pontos.

Os juízes passam a ter amplitude maior de interpretação. Muitas vezes, será o aplicador da norma chamado para preencher as lacunas fáticas e as margens de interpretação deixadas pelas cláusulas gerais, sempre lembrando da proteção da boa-fé, da moral, da ética e dos bons costumes.

O princípio da eticidade pode ser percebido pela leitura de vários dispositivos da atual codificação privada. Inicialmente, nota-se a valorização das condutas éticas, da boa-fé objetiva (aquela relacionada com a conduta de lealdade

⁵ DELGADO, José. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. In: ALVES, Jones Figueiredo (Coord.); DELGADO, Mário Luiz. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005. p. 177.

das partes negociais), pelo conteúdo da norma do Art. 113, segundo o qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Esse dispositivo repercute profundamente nos contratos, mantendo relação direta com o princípio da função social do contrato e reconhecendo a função interpretativa da boa-fé objetiva. Também na Parte Geral do Código Civil, no tocante à simulação, prevê o Art. 167, § 2º, que estarão protegidos os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contratantes do negócio jurídico simulado.

O Art. 187 prevê justamente qual a sanção para a pessoa que contraria a boa-fé, o fim social e econômico de um instituto ou os bons costumes: cometerá abuso de direito, assemelhado ao ilícito. De acordo com o citado dispositivo, “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Esse comando legal consagra a função de controle da boa-fé objetiva.

Como bem enfoca Miguel Reale⁶:

[...] freqüente é no Projeto a referência à probidade e à boa-fé, assim como à correção (*correttezza*) ao contrário do que ocorre no Código vigente, demasiado parcimonioso nessa matéria, como se tudo pudesse ser regido por determinações de caráter estritamente jurídico.

Sem prejuízo de outros dispositivos na novel codificação, que fazem menção à boa-fé e à eticidade, não há dúvidas que se trata de um princípio importantíssimo.

2.2 PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE

Por esse princípio, o Código Civil afasta o caráter individualista que tinha grande importância na codificação anterior, valorizando a coletividade, conforme o Art. 148 do Código Civil.

A sociedade passou por inúmeras modificações e houve o

⁶ Ibidem.

incremento dos meios de comunicação, a *standartização* dos negócios e o surgimento da sociedade de consumo em massa, trazendo uma nova realidade que atingiu os alicerces de praticamente todos os institutos privados. Desse modo, deverá prevalecer o social sobre o individual, o coletivo sobre o particular.

Nessa nova realidade,

[...] dúvidas não há de que o Direito Civil em nossos dias é também marcado pela socialidade, pela situação de suas regras no plano da vida comunitária. A relação entre a dimensão individual e a comunitária do ser humano constitui tema de debate que tem atravessado os séculos, desde, pelo menos, Aristóteles, constituindo, mais propriamente, um problema de filosofia política, por isso devendo ser apanhado pelo Direito posto conforme os valores da nossa – atual – experiência jurídica⁷.

Em comentário ao princípio, Gustavo Tepedino⁸ aduz que o Código Civil de 2002 deve ser vislumbrado sob a égide da perspectiva civil-constitucional a qual atribui a todo o corpo codificado um significado coerente de valores que transforma a realidade das relações jurídicas privadas, segundo os ditames da solidariedade e da justiça social.

A socialidade faz com que, pela preservação do negócio jurídico, se um dos contratantes não sabia que o outro havia sido enganado por um terceiro, esse negócio será preservado e a responsabilização recairá em perdas e danos sobre o terceiro, em conformidade com o Art. 154 do Código Civil.

É a utilização da denominada Teoria da Confiança, a qual se aplica aos vícios de consentimento, constantes dos artigos 138 (erro), 148 (dolo) e 154 (coação provinda de terceiro).

2.3 PRINCÍPIO DA OPERABILIDADE

O Código Civil segue a tendência de facilitar a interpretação e aplicação dos institutos nele previstos. Procurou eliminar as dúvidas que imperavam

⁷ MARTINS-COSTA, op. cit.

⁸ TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *A parte geral do novo Código Civil*. Estudos na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. XXXIII.

na codificação anterior, fundada em importante tecnicismo jurídico. Nesse ponto, visando a facilitação, a operabilidade é denotada com o intuito de simplicidade. Como exemplo disso, pode-se citar a distinção que agora consta em relação aos institutos da prescrição extintiva e da decadência, matérias que antes traziam grandes dúvidas pela lei anterior. Facilitadas as previsões legais desses institutos pelo Código Civil de 2002, poderá, o estudioso do direito, entender melhor as distinções existentes e identificar com facilidade se determinado prazo é de prescrição ou de decadência.

Também, conforme lembra Miguel Reale⁹:

[...] pôs-se termo a sinonímias que possam dar lugar a dúvidas, fazendo-se, por exemplo, distinção entre associação e sociedade, destinando-se aquela para indicar as entidades de fins não econômicos, e esta para designar as de objetivos econômicos. Não menos relevante é a resolução de lançar mão, sempre que necessário, de cláusulas gerais, como acontece nos casos em que se exige probidade, boa-fé ou correção ('correttezza') por parte do titular do direito, ou quando é impossível determinar com precisão o alcance da regra jurídica. É o que se dá, por exemplo, na hipótese de fixação de aluguel manifestamente excessivo, arbitrado pelo locador e a ser pago pelo locatário que, findo o prazo de locação, deixar de restituir a coisa, podendo o juiz a seu critério, reduzi-lo (Art. 575).

O princípio da operabilidade visa um Direito Civil concreto, efetivo, baseado no sistema de cláusulas gerais e em conceitos legais indeterminados. Poderia até se dizer que os juízes teriam poder ilimitado frente a essa operabilidade. Todavia, a visão tridimensional do direito (fato, valor e norma) afasta essa possibilidade, já que em face dessa concreção, há maior participação decisória dos magistrados, em razão dos elementos de fato e valor inerentes à enunciação e à aplicação da norma.

Se assim é por regra, por outro lado não se pode esquecer das críticas contundentes realizadas por corrente respeitável da doutrina, destacando-se Luiz Edson Fachin¹⁰ que a justifica dizendo que o Direito Civil deve ser a introdução diferenciada a estatutos fundamentais, apresentando-se limites que advém da crise do Direito Privado

Em matéria de direito contratual, o princípio da operabilidade, no sentido de simplicidade, pode ser concebido pela previsão taxativa e conceitual dos

⁹ Ibidem.

¹⁰ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 6.

contratos em espécie, cujas previsões constam agora. O novo Código conceitua a compra e venda, a locação, a empreitada, a prestação de serviços, o transporte, o seguro, e assim sucessivamente.

2.4 AS CLÁUSULAS GERAIS NO CÓDIGO CIVIL

A cláusula geral é a formulação de uma hipótese legal de tamanha generalidade que abrange e submete a tratamento jurídico várias situações. O legislador prefere generalizar o conteúdo da norma, prescrevendo a violação do direito e a ocorrência do dano patrimonial ou extrapatrimonial, como elemento definidor para a defesa de bens jurídicos ao invés de detalhar o bem lesado. O próprio ordenamento jurídico reserva-se de um poder geral de controle sobre as operações contratuais, impedindo que contrariem seus fins e valores, dividido entre o legislador e o juiz. O primeiro, através do dirigismo contratual, elabora normas precisas, coativa, que proíbem ou ordenam a prática de determinados atos, no intuito de proteger a ordem pública e os bons costumes. Em relação ao segundo, torna-se necessária sua participação frente à evolução da sociedade para que proceda a uma aplicação justa da norma ao caso concreto e é em razão da operabilidade que se busca a edição de normas abertas para que a evolução social possa ocasionar a alteração de seu conteúdo através da denominada estrutura hermenêutica de Miguel Reale¹¹.

A generalização é um processo que tira o foco de uma situação em especial e passa a tratar todos os fatos de uma determinada classe de forma comum. Para Judith Martins-Costa¹²:

[...] o delinear dos traços característicos das cláusulas gerais pode ocorrer pela negativa. Esta reside na contraposição do modelo da técnica de legislar mediante cláusulas gerais ao modelo da técnica de legislar através da casuística. O modelo da cláusula geral, portanto, seria o modelo da não casuística.

¹¹ REALE, Miguel. *O projeto do código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 12-13.

¹² MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 296.

Tem-se que a generalização do enunciado normativo apresenta-se como uma característica das cláusulas gerais. Por outro lado, também não se pode esquecer dos conceitos indeterminados que são conceitos vagos, não sendo possível determinar um conteúdo único, um significado. Para a determinação de um conteúdo aos conceitos indeterminados há a necessidade de se recorrer a parâmetros variáveis encontrados no ambiente social, como por exemplo, a moral, os bons costumes.

Pode-se dizer que há esses conceitos indeterminados no estudo da figura do estado de perigo, quando no artigo 156 do CC o legislador apresenta obrigação “excessivamente onerosa” e no parágrafo único “o juiz decidirá segundo as circunstâncias”. Essa indeterminabilidade é fato crucial para uma avaliação segura se deve-se ou não aplicar a norma ao caso concreto e qual a extensão que lhe dará.

Em grande parte das vezes, o problema reside em se verificar se determinados preceitos são cláusulas gerais ou são princípios. Isso se dá no sentido de que muitas normas, apresentam-se definidas pelo aspecto da generalidade, ou por conceitos indeterminados ou pela carga valorativa que apresentam, ou seja, o conteúdo axiológico. Como, em geral, eles aparecem nas normas, o que varia é a intensidade da presença de cada um num dado enunciado, de alguns ou de todos eles, gerando perceptível dificuldade.

Em tese, utiliza-se para caracterizar uma cláusula geral os valores ou princípios que ela traz consigo ou aqueles que ela designa, ou seja, nem sempre esses valores ou princípios estão delineados na norma, às vezes encontrando-se fora do sistema.

Alberto Gosson Jorge Júnior¹³ diz que:

[...] as *cláusulas gerais* se inseriram na classe dos princípios em forma de proposição jurídica apresentando todo o leque de complexidade decorrente do controle das fundamentações e na apreciação dos valores aos quais a norma remete, preenchendo a função de componentes destinadas à *conformação* do ordenamento jurídico.

As cláusulas gerais vêm atender a um anseio dos princípios que

¹³ JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. Coleção Prof. Agostinho Alvim. p. 21.

representam valores aceitos socialmente e que pugnam pelo seu reconhecimento no ordenamento excessivamente positivado. Elas têm a função precípua de introduzir esses valores no ordenamento sem que para isso haja uma ruptura do sistema. Constituem o meio que a norma encontra para permitir a entrada no ordenamento jurídico de princípios valorativos, sejam eles expressos ou não, de *standarts*, de normas gerais de conduta. Buscam dar legalidade a conceitos jurídicos indeterminados cujos termos têm significados imprecisos e abertos, atribuindo ao juiz o dever de dar a determinabilidade do conceito frente ao caso concreto¹⁴. Não se há de confundir, entretanto, a técnica legislativa das cláusulas gerais com os princípios. Pelas cláusulas gerais pode-se muito bem inserir no corpo legislativo um princípio, tornando-o expresso, mas isso não quer dizer que toda cláusula geral encerre um princípio. O que ocorre costumeiramente é que os princípios, que em geral também contêm noções imprecisas por estarem imbuídos de valores, são enunciados em termos vagos¹⁵. Segundo Adriana Mandim Theodoro de Mello¹⁶:

As cláusulas gerais importam avançada técnica legislativa de enunciar, através de expressões semânticas relativamente vagas, princípios e máximas que compreendem e recepcionam a mais variada sorte de hipóteses concretas de condutas tipificáveis, já ocorrentes no presente ou ainda por se realizarem no futuro.

Ainda que haja dificuldade quanto ao trato dessas questões fundantes do direito em geral, foi muito conveniente a inclusão delas no Direito Civil, pela eticidade tratada anteriormente, conforme asseverado por Paulo Luiz Netto Lôbo¹⁷, para quem as cláusulas gerais constituem ferramentas hermenêuticas indispensáveis para a sociedade em mudanças, para a realização da justiça social e para a contenção do fenômeno da massificação social. A lei passa a ser vista como um ponto de partida para a criação e desenvolvimento do direito, tendo em vista que as cláusulas gerais por serem dotadas de abertura em seu sentido, não pretendem uma resposta única para os anseios da sociedade, mas que atinjam seu objetivo

¹⁴ MARTINS-COSTA, op. cit, p. 274-286.

¹⁵ SANTOS, Eduardo Sens dos. O novo código civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *Revista Forense*, v. 386, Doutrina. p. 88.

¹⁶ MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro. *Revista Forense*, v. 364, Doutrina. p. 4.

¹⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios contratuais*. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto (Coord). Teoria do Contrato e o Novo Código Civil. Recife: Nossa Livraria, 2003. p. 15.

fazendo com que as respostas sejam construídas pela jurisprudência.

Objetivamente não há que se falar em rol taxativo de cláusulas gerais no novo Código Civil, tendo em vista que todo ele está eivado de caráter ético em seus artigos. Duas dessas cláusulas gerais trouxeram grande contribuição ao ordenamento jurídico. É o caso da cláusula geral da boa-fé e da função social do contrato.

2.4.1 A Cláusula Geral da Boa-fé

O termo boa-fé era utilizado comumente pelos tribunais brasileiros exclusivamente em sua acepção subjetiva, como sinônimo de um estado psicológico do sujeito caracterizado pela ausência de malícia, pela sua crença ou suposição pessoal de estar agindo em conformidade com o direito, até o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990¹⁸. A partir desse momento, surge no Art. 4º do CDC a boa-fé objetiva no direito brasileiro, posto que a referida legislação valeu-se de uma série de instrumentos como a responsabilidade objetiva do fornecedor, o elenco não-taxativo de cláusulas abusivas, a disciplina de ações coletivas, a previsão expressa de direitos indisponíveis do consumidor como o direito à adequada informação pelo produto e outros. Percebe-se que o estado de consciência do fornecedor não importa, exigindo a lei que seu comportamento seja objetivamente adequando aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração no alcance dos fins perseguidos em cada relação obrigacional.

Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, o ordenamento jurídico brasileiro mantinha a boa-fé no âmbito das relações de consumo. A jurisprudência, todavia, utilizava sua aplicação a relações contratuais em que se verificasse a presença de uma parte vulnerável que necessitasse de maior proteção, o que não se via frequentemente com referência às relações contratuais paritárias. O Código Civil de 2002 corrigiu essa tendência, prevendo expressamente a aplicação da boa-fé objetiva às relações contratuais comuns, independente de

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. *A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 29.

qualquer vulnerabilidade presumida ou processualmente demonstrada. Ele tratou somente da boa-fé objetiva a qual baseia-se na conduta das partes, que devem agir com correção e honestidade, correspondendo à confiança reciprocamente depositada, as partes devem ter motivos objetivos para confiar uma na outra. É dever imposto às partes agir de acordo com certos padrões de correção e lealdade. Já a boa-fé subjetiva consiste em crenças internas, conhecimentos e desconhecimentos, convicções internas. Consiste no desconhecimento de situação adversa.

Conforme o artigo 422 do CC: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Não foram estabelecidos parâmetros que servissem de auxílio na determinação do conteúdo da cláusula geral da boa-fé. Tal tarefa foi deixada à discricionariedade do juiz, a quem caberá analisar a situação caso a caso, o comportamento das partes no contexto, a honestidade e a lealdade que se esperam em negócios semelhantes. A doutrina apresentada por Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro¹⁹ atribuiu à boa-fé três funções: interpretativa, integrativa e de controle. Em sua função interpretativa, o princípio manda que os contratos devam ser verificados de acordo com seu sentido objetivo aparente, salvo quando o destinatário conheça a vontade real do declarante. Quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas, deve ser preferido o significado que a boa-fé aponte como o mais razoável; segundo a função integrativa, percebe-se que o contrato contém deveres, poderes, direitos e faculdades primários e secundários. São eles integrados pela da boa-fé; e, por fim, em sua função de controle, a cláusula geral diz que o credor, no exercício de seu direito, não pode exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder ilicitamente. A função de controle tem a ver com as limitações da liberdade contratual, da autonomia da vontade em geral e com o abuso de direito.

Além das referidas funções, a cláusula geral da boa-fé possui dois elementos que a compõe: o primeiro é o dever de transparência, segundo o qual as partes têm que informar uma à outra tudo o que julgarem importante para a boa execução do contrato. Este dever de informação estende-se desde a celebração até a execução. O segundo é o dever de confiança, em que as partes confiam uma na

¹⁹ CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 605ss.

outra e a atuação de ambas deve corresponder a essa confiança. É o que Gustavo Tepedino denomina de deveres anexos²⁰, que formando o núcleo da cláusula geral da boa-fé, se impõem ora de forma positiva, ora de forma negativa, restringindo ou condicionando o exercício de um direito previsto em lei ou no próprio contrato. Estes deveres anexos não incidem de forma ilimitada, posto que não se pode supor um dever de informação apto a exigir de cada contratante esclarecimentos acerca de todos os aspectos de sua atividade econômica ou de sua vida privada. É mister identificar o critério que determina os limites do dever de informação e dos demais deveres anexos, sob pena de inviabilizar a própria aplicação da cláusula geral da boa-fé. Os limites ao conteúdo dos deveres criados pela boa-fé têm início e fim em seu próprio conceito; voltam-se para os interesses comuns às partes, objetivamente consagrados no contrato. Assim, os deveres anexos impostos pela boa-fé objetiva se aplicam às relações contratuais independentemente de previsão expressa no contrato, mas seu conteúdo está umbilicalmente ligado e limitado pela função social do contrato.

2.4.2 A Cláusula Geral da Função Social do Contrato

Os contratos são instrumentos de movimentação da cadeia econômica, de geração e de circulação de riquezas. É por seu intermédio que a economia se movimenta. Eles geram empregos, criam oportunidades para a promoção do ser humano. Nisto reside a função social a qual advém dos direitos de terceira geração²¹ e previu no Art. 421 do CC que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, afastando o cunho individualista trazido por Clóvis Beviláqua do Código Civil francês e pelos ideais revolucionários que o influenciaram²².

O artigo 421 do CC é um exemplo da aplicação das cláusulas gerais e reflete os princípios norteadores do Código Civil ao atender aos anseios da

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil*. ob.cit. p. 37.

²¹ Acerca da evolução dos direitos ver BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

²² TALAVERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no novo código civil. *Revista CEJ*, Brasília, n. 19, out./dez. 2002. p 94-96.

doutrina, da jurisprudência e do legislador de socializar o contrato, limitando a autonomia da vontade. O que ocorre no citado artigo é que não se trata propriamente da liberdade de contratar, mas sim da liberdade contratual, ou seja, da possibilidade de as partes estabelecerem o que bem lhes aprouver, em termos de direitos e obrigações, como corolário do princípio da autonomia da vontade.

Ele está diretamente ligado à autonomia da vontade, principalmente no que tange aos acontecimentos históricos envolvendo as tratativas contratuais. O contrato chega ao seu auge em 1804 com o Código Civil francês. Ganha impulso com o liberalismo econômico do final do século XIX e impulso maior no início do século XX. Há uma migração constante para os centros urbanos e a modificação da economia agrária para a economia industrial. O intuito da função social do contrato é buscar uma harmonização dos interesses privados das partes contratantes com os interesses da coletividade. É a ligação entre o princípio da liberdade com o da igualdade que para Montesquieu²³ é compreendida como a idéia de que cada um deve gozar de tanta liberdade quanto compatível com a liberdade alheia, ou seja, a liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem.

Com essa evolução, as legislações tiveram que se modernizar a fim de acompanhar todo esse desenvolvimento social e tecnológico. A realidade não se coadunava com a formação dos contratos, porque não era possível a discussão das cláusulas, além de haver um acentuado desequilíbrio econômico em favor de uma das partes em detrimento da outra. Frente a essa realidade, houve a mitigação da soberania formal da vontade nos contratos, já que as partes tinham que arcar com conseqüências nem sempre desejadas.

O contrato deverá sempre ser instrumento para a efetivação das justiça sociais, evitando violar a proteção à dignidade humana como preleciona o Enunciado n. 23 do Conselho da Justiça Federal (CJF), aprovado na I Jornada de Direito Civil, realizado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), no período de 11 a 13 de setembro de 2002, sob coordenação do Ministro Ruy Rosado de Aguiar²⁴. Além de coadunar a função social do contrato com a dignificação humana, houve aprovação nessa I Jornada de Direito Civil dos enunciados 21 e 22 os quais a

²³ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002. Coleção A Obra Prima de cada Autor. Série Ouro. p. 327.

²⁴ Art. 421: a função social do contrato prevista no art. 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses meta-individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

consideraram cláusula geral, corroborando o que consta no item 2.4 acima.

A doutrina concebeu os contratos de adesão e o Poder Judiciário era titular de mecanismos para reequilibrar os direitos e sacrifícios assumidos na relação contratual originária, chegando como solução final ao desfazimento do contrato diante da impossibilidade de sua subsistência.

Esta intervenção do Estado, relativizando os efeitos dos contratos, balizando a vontade das partes, ganhou a alcunha de dirigismo contratual o qual se encontra superado pela prevalência da força vinculante dos acordos de vontade, desde que não contrarie os bons costumes, a boa-fé, as normas de ordem pública e a função social do contrato. Verifica-se essa situação quando da aprovação da Súmula 302 do STJ que tratou da abusividade da cláusula restritiva de internação em contratos de planos de saúde. Foi defendida uma ligação estreita entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, ou seja, um “diálogo entre as fontes”, em que um sistema não exclui o outro, mas complementa-o, trazido ao Brasil por Cláudia Lima Marques²⁵ utilizando-se dos ensinamentos de Erik Jayme. Essa cláusula foi considerada abusiva após inúmeros julgados em outras instâncias judiciais tendo como justificativa legal o Art. 51, I, da Lei n. 8.078/90. Verifica-se que também pelo Código Civil tal cláusula poderia ser considerada abusiva, conforme o disposto nos Art. 421 e Art. 424 do CC, já que neste último o contrato em questão assume a forma de adesão, sendo o seu conteúdo imposto unilateralmente pela empresa de plano de saúde.

2.4.3O Conflito entre as Cláusulas Gerais e a Segurança Jurídica

As cláusulas gerais trazem certa flexibilidade ao sistema, tendo em vista que dão amplitude às decisões judiciais. Em contrapartida, essa abertura traz certo incômodo na medida em que há um aumento da insegurança jurídica, até que haja consolidação da jurisprudência. Pelo fato de o homem não ser auto-suficiente, ele necessita de que lhe sejam fornecidos meios de sobrevivência tanto à sua condição biológica quanto à sua condição social. Ainda que ele deseje segurança,

²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 24.

sempre se arrisca ao desconhecido e, por sua condição humana, se adapta à nova realidade.

No plano jurídico a segurança corresponde a uma primeira necessidade, a mais urgente, porque diz respeito à ordem. A justiça é o valor supremo do Direito e corresponde também à maior virtude do homem. Para que ela não seja apenas um ideal, necessita de certas condições como a organização social mediante normas, ou seja, a justiça pressupõe o valor segurança; há uma interdependência entre elas.

Há que se fazer uma diferenciação entre os conceitos de segurança jurídica e de certeza jurídica:

Enquanto o primeiro é de caráter objetivo e se manifesta concretamente através de um Direito definido que reúne algumas qualidades, a certeza jurídica expressa o estado de conhecimento da ordem jurídicas pelas pessoas. Pode-se dizer, de outro lado, que a segurança possui um duplo aspecto: objetivo e subjetivo. O primeiro corresponde às qualidades necessárias à ordem jurídica e já definidas, enquanto o subjetivo consiste na ausência de dúvida ou de temor no espírito dos indivíduos quanto à proteção jurídica²⁶.

A segurança jurídica é a relativa estabilidade da ordem jurídica, garantidora, por um período razoável, do conteúdo das normas que a compõem. Expressa o espírito conservador inerente ao direito. Pode ser entendida como: a proteção dos direitos adquiridos; a certeza da obrigatoriedade e da aplicação igual do direito a todos indistintamente; a garantia de as situações jurídicas perfeitas e de a coisa julgada não estarem ao sabor das modificações da legislação e a possibilidade do conhecimento do direito por qualquer um²⁷. Para Luiz Roberto Barroso²⁸ a segurança jurídica pode ser adotada sob as seguintes perspectivas: a existência de instituições estatais que possuem poder e garantias e estão submetidas ao princípio da legalidade; os atos do poder público serão regidos pela boa-fé e razoabilidade, trazendo confiança; a previsibilidade de comportamentos e a igualdade na lei e perante ela. Essas perspectivas são as mesmas que os cidadãos esperam quando têm suas pretensões julgadas pelo magistrado, isto é, criam a

²⁶ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24.ed. São Paulo: Forense, 2004. p. 116.

²⁷ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 28.

²⁸ BARROSO, Luiz Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 75.

expectativa de que um caso semelhante julgado anteriormente seja a direção para a resolução da pretensão posta em juízo.

A segurança jurídica pode ser observada sob dois pontos de vista diversos: um, formal e o outro, material. Acerca do primeiro, a segurança jurídica traduz-se na positividade do Direito e será por meio dele que o Estado exercerá seu papel de trazer harmonia social e compor conflitos. O Direito serve à prévia definição de quais instrumentos serão utilizados pelo Estado na solução dos conflitos, sendo “seguro” o ordenamento que garantisse aos indivíduos certeza e confiança²⁹. Nesse sentido, seria seguro até mesmo um ordenamento injusto que não reconhecesse os direitos fundamentais, posto que se estivesse positivado seria a segurança jurídica seria a expressão fiel da vontade da lei. Essa concepção de segurança formal resta rejeitada, tendo em vista que teria como seguros ordenamentos jurídicos onde houvesse previsibilidade, mas que ao mesmo tempo desrespeitassem direitos fundamentais. Acerca do segundo, verifica-se que a segurança não se concebe somente por meio do Direito positivado, mas se faz necessário atribuir-lhe um sentido material em que haverá uma valoração, um sentido axiológico, em que o poder será juridicamente limitado, isto é, aquele que exerce o poder terá sua conduta limitada, balizada, afastando os abusos. Essa noção de Estado tem fundamento no conceito de legalidade e serve de limitação do poder e de proteção à sociedade, é o Estado de Direito. A legalidade mostra-se como uma das faces da segurança jurídica e somente no Estado em que aquela se mostra permanente, se vislumbrará a segurança jurídica material, tão característica do Estado Democrático de Direito³⁰. O que hodiernamente se busca é a flexibilização das relações sociais sem se sujeitar a surpresas e imprecisões subjetivas dos julgadores quando apreciarem os pedidos. Nesse sentido, Arnoldo Wald diz que se o direito tem por finalidade garantir justiça e segurança, deve-se encontrar um equilíbrio entre as duas, sob pena de se criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta³¹.

²⁹ NOVOA, García César. *El Principio de la seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 23-24.

³⁰ *Ibidem*, p. 25-26.

³¹ WALD, Arnoldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 12, jul./ago. 2001. p. 45.

3 O NEGÓCIO JURÍDICO – ASPECTOS GERAIS

Há pouco tempo, verificou-se a aprovação do Código Civil, no ano de 2002, o que refletiu a busca pela modernização da dita legislação, trazendo-lhe os aspectos principiológicos anteriormente tratados. Dada a localização da matéria relativa aos negócios jurídicos no atual Código Civil, cabe proceder à distinção doutrinária estabelecida quanto ao fato jurídico, ato e negócio jurídico.

A distinção a ser apresentada tem caráter meramente didático, já que as relações negociais voluntaristas do século XIX, em que era fundamental que se assegurasse um reduto para o indivíduo em que ficasse livre da intervenção do Estado e das arbitrariedades do rei no *Acien Regime*, não mais existem. Atualmente, o papel do Estado é outro. Cada vez menos há intervenção estatal nas relações negociais, só sendo legítima quando em prol do bem comum, como é o caso dos contratos de adesão³².

O estudo das peculiaridades inerentes ao negócio jurídico se faz mister no sentido em que, o negócio jurídico hospitalar traz uma gama de resultados diferenciados dada a sua peculiaridade, frente a um eventual defeito como é o caso do estado de perigo.

Inúmeras dúvidas surgem quanto às definições acerca de fato, ato e negócio jurídico. Como intuito de dirimi-las é que se traça sucinto esboço de suas diferenças.

Fato é todo acontecimento. Há alguns fatos que não repercutem no mundo do Direito; não criam relações jurídicas, como um trovão, um pássaro que voa. Ao Direito interessam aqueles fatos que criam, modificam ou extinguem relações ou situações jurídicas³³. Os fatos jurídicos podem ser naturais ou humanos. Aqueles não dependem da atuação do homem, mas trazem repercussão na esfera

³² Na sociedade atual, com o sistema de produção estruturado na distribuição de bens e serviços em grande quantidade, as relações contratuais se descaracterizam do ponto de vista personalíssimo e passaram a ser consideradas como contratações massificadas, predominando, assim, os contratos de adesão, as chamadas cláusulas de condições gerais e os contratos eletrônicos. DUQUE, Bruna Lyra. *O Direito contratual e a intervenção do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 86.

³³ Uma relação jurídica é um vínculo que, nas situações que envolvem duas ou mais pessoas, atribui a umas e outras poderes e deveres juridicamente exigíveis, com vista à realização de determinadas finalidades. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. Nesse sentido, é preferível caracterizar o negócio jurídico com referência à relação jurídica, porque esta é noção mais restrita e, por isso, melhor delimitadora do âmbito que interessa ao trabalho.

jurídica, como o nascimento e a morte. Já os fatos jurídicos humanos nascem da atuação humana como, um contrato, o casamento. Portanto, “fato jurídico é todo evento natural, ou toda ação ou omissão do homem que cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas”³⁴.

Ato jurídico (*lato sensu*) é todo fato jurídico humano. É toda ação ou omissão do homem, voluntária ou involuntária, que cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas. Admite três espécies: atos jurídicos em sentido estrito (*stricto sensu*), negócios jurídicos e atos ilícitos. O ato jurídico *stricto sensu* é toda ação lícita, não voltada a fim específico, cujos efeitos jurídicos são produto mais da Lei do que da vontade do agente. O que menos importa, no caso, são os efeitos que o agente deseja. A vontade é simples manifestação. A ação humana é combinada com o ordenamento jurídico. Diferencia-se dos negócios jurídicos por não ser ato de autonomia privada, gerador de feitos que derivam da vontade do agente.

José Abreu Filho³⁵, adotando legislações estrangeiras, apresenta distinções entre o que denomina de posições unitária e dualista. Segundo o autor, o artigo 81 do Código Civil de 1916, adotou o posicionamento do Código Civil Francês, ou seja, a posição unitária, em que ato e negócio jurídico são expressões sinônimas. Ocorre que a posição dualista merece as preferências doutrinárias, passadas as imprecisões resultantes de posições desconstruídas. Deve-se aos alemães a adoção dessa divisão bipartida, passando-se a enunciar o negócio jurídico como figura autônoma, segundo a qual há os negócios jurídicos e os *atos não-negociais*³⁶, conhecidos como os atos jurídicos *strito sensu*.

Cumprido observar em que situação se encontra disciplinada a matéria relativa aos negócios jurídicos e quais os efeitos que eles têm trazido ao cotidiano das pessoas, principalmente àquelas envolvidas nos negócios jurídicos

³⁴ FIÚZA, César. *Direito civil*. Curso Completo. 10.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 200.

³⁵ ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 16-24.

³⁶ O negócio jurídico difere do *exercício de direitos subjetivos* porque depende de *pressupostos diferentes*, atua sobre elementos diferentes e tem, também, *uma diferente finalidade*. [...] O negócio *cria*, relativamente aos interesses regulados, *poderes e vínculos jurídicos que antes não existiam*, não tendo propriamente como objeto a proteção jurídica como tal, *mas apenas os interesses privados em si mesmos*, quer na sua pertinência, quer no seu modo de gozo – abstraindo toda a sua superestrutura jurídica. O exercício do direito, pelo contrário, realiza o *estado de fato, ou de direito*, que *corresponda a uma proteção legal preexistente, com ou sem a cooperação alheia*. BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, LZN, 2003. t. I, p. 146

hospitalares.

O negócio jurídico pode ser conceituado de acordo com Roberto de Ruggiero³⁷ da seguinte forma:

A definição mais simples e admitida de negócio jurídico é: ‘uma declaração de vontade do indivíduo tendente a um fim protegido pelo ordenamento jurídico’. Com esta definição, ao passo que a categoria fica amplíssima, abraçando atos das mais diversas naturezas (como o contrato e o testamento, a aceitação de uma herança e a renúncia a um direito, o reconhecimento de um filho natural e o pagamento de um débito, a constituição de uma tutela e a promessa de contrato), a esfera fica nitidamente diferenciada da categoria dos atos ilícitos, onde há um fim que a lei não permite conseguir, e dos outros grupos dos atos lícitos que (como o edificar ou semear sobre terreno alheio, o tomar posse de uma coisa, a omissão, a abstenção) não constituem uma declaração de vontade.

Observa-se que a conceituação acima é consideravelmente ampla, não respondendo aos anseios da sociedade moderna. Insta saber que houve melhoria quando o Código Civil ao substituir a expressão genérica “ato jurídico” pela designação específica “negócio jurídico”, diferenciou-o, como visto, do ato jurídico *stricto sensu*, sendo este rico sob o aspecto técnico que cerca a questão.

O negócio jurídico é espécie de fato jurídico que para Emilio Betti pode ser denominada de *fattispecie*³⁸, situação em que significa figura do fato. Prefere-se esta denominação à de fato jurídico porque indica o fato em si e o estado de fato e de direito.

Nem todos os fatos que ocorrem são de relevância para o Direito, mas tão somente aqueles acontecimentos da vida que o ordenamento jurídico considera relevante no campo do Direito, ou seja, os denominados fatos jurídicos. Para tanto basta que tal fato seja importante “à vida humana em sua interferência intersubjetiva, independentemente de sua natureza. Tanto o simples evento natural como o fato do animal e a conduta humana podem ter suporte fático de norma jurídica e receber um sentido jurídico³⁹”. Faz surgir a correspondência entre o fato e a norma, ou seja, entre a realidade social e a norma de direito. Esta prevê, em abstrato e em geral, hipóteses de fato, classificadas segundo as diretivas de uma

³⁷ RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 2.ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005. v.1. p. 315.

³⁸ BETTI, op. cit, p. 10.

³⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de existência*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 39.

valoração jurídica⁴⁰.

O valor ideológico da generalidade e abstração não busca descrever o ordenamento jurídico real, mas sim, prescrever regras para torná-lo ótimo, aquele em que todas as normas fossem em seu conjunto gerais e abstratas.

Ainda que se utilizem de inúmeras conceituações os autores⁴¹, convergindo em alguns aspectos e diferenciando-se em outros, como forma didática e objetivando alcançar as respostas à problemática aqui imposta, toma-se como norte desse estudo o conceito de negócio jurídico apresentado por Antônio Junqueira de Azevedo⁴²:

In concreto, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide.

Não obstante inúmeros autores se dedicarem ao estudo do instituto do negócio jurídico, este autor fundamentou-se em duas definições: pela gênese ou voluntarista e pela função ou objetiva, apresentando críticas a elas, no sentido de que ambas deixam escapar a estrutura.

Pelas definições voluntaristas entende-se que são aquelas que se utilizam basicamente de interligar o negócio jurídico a um ato de vontade, que pode ser utilizado em inúmeras expressões, tanto no direito pátrio quanto no estrangeiro, como “manifestação de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos”, “ato de vontade dirigido a fins práticos tutelados pelo ordenamento jurídico”, “declaração de vontade”. Demonstra essa corrente que é a vontade dos efeitos (jurídicos ou práticos) que caracteriza o negócio jurídico.

⁴⁰ Mais uma vez se está diante da *fattispecie* no Direito Italiano de Emilio Betti (Idem, p. 10). A denominação utilizada pelo Direito Alemão é *tatbestand* e pelo Direito Espanhol, *supuesto de hecho*. Acerca do tema, Miguel Reale apresenta que o “fato, em suma, figura, primeiro, como espécie de fato prevista na norma (*Fattispecie*, *Tatbestand*) e, depois, como efeito juridicamente qualificado, em virtude da correspondência do fato concreto ao fato-tipo genericamente modelado na regra de direito: desse modo, o fato está no início e no fim do processo normativo, como fato-tipo, previsto na regra, e como fato concreto, no momento de sua aplicação. [...] fato jurídico é todo e qualquer fato que, na vida social, venha a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por uma ou mais normas de direito”. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 198-199.

⁴¹ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I. RODRIGUES, Silvío. *Direito civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I. RAÓ, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁴² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 16.

A crítica que o Autor⁴³ faz, refere-se ao papel que a vontade exerce no negócio jurídico, já que para ele, a vontade não é elemento necessário para a existência do negócio, mas que tem somente importância para os planos de validade e eficácia, portanto não sendo elemento definidor ou caracterizador do negócio.

Já no que se refere à definição pela função ou objetiva, acredita-se que o negócio jurídico constitui um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante. Teve como expoente o estudo de Hans Kelsen⁴⁴ preconizando que quando a ordem jurídica traz ao ordenamento o negócio jurídico, atribui aos indivíduos o poder de regular as suas relações negociais dentro das normas gerais criadas de forma legislativa ou consuetudinária. Tem-se a transformação do negócio em norma jurídica concreta e artificial, pois a norma jurídica possui sempre a idéia de mandamento, ordem, ao passo que o negócio jurídico assim não se apresenta.

Corroborando o fato de que a norma jurídica concreta não pode ser sinônimo de negócio jurídico porquanto se pode entender a sentença judicial ou outro equivalente, em que o agente se coloca *super partes*, o que não ocorre com o negócio jurídico que é *inter partes*⁴⁵. Foi demonstrada as duas teorias, onde nem uma nem outra podem ser tomadas como unânimes, pois se mostram insuficientes.

Há uma terceira concepção que favorece visão mais ampla do negócio jurídico. É a denominada definição pela estrutura, ou seja, definido como categoria (fato jurídico abstrato) ou como fato (fato jurídico concreto). Colaciona-se a explicação do Professor Antonio Junqueira de Azevedo⁴⁶:

Como categoria, ele é a hipótese de fato jurídico (às vezes dita "suporte fático"), que consiste em uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias (*as circunstâncias negociais*) que fazem com que *socialmente* essa manifestação seja vista como dirigida à produção de efeitos jurídicos; negócio jurídico, como categoria, é, pois, a hipótese normativa consistente em *declaração de vontade* (entendida esta expressão em sentido preciso, e não comum, isto é, entendida como manifestação de vontade, que, pelas suas circunstâncias, é vista socialmente como destinada à produção de efeitos jurídicos). *Ser declaração de vontade* é a sua característica específica primária. Segue-se daí que o direito, acompanhando a visão social, atribui, à declaração, os *efeitos*

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2.ed. Coimbra: A. Amado, 1962. p. 123-124.

⁴⁵ AZEVEDO, op.cit., p.12.

⁴⁶ AZEVEDO, op.cit., p. 16.

constitutivos de direito – e esta é a sua característica específica secundária.

Verifica-se que essa declaração de vontade é uma manifestação de vontade cercada de circunstâncias negociais, apresentando-a como socialmente destinada a produzir efeitos jurídicos, porque caso assim não fosse, estar-se-ia frente ao ato jurídico *stricto sensu*, em que não há um fim específico e a vontade é apenas manifestação, importando muito mais o que o ordenamento jurídico determina.

A importância dessa diferenciação se dá no estudo dos planos de existência, validade e eficácia que contornam o negócio jurídico.

3.1 PLANOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Como visto, a natureza jurídica do negócio jurídico demonstra ser de suma importância para o âmbito hospitalar, razão pela qual aprofunda-se tal estudo com o intuito de se examinar os três planos que fazem parte do negócio jurídico. A princípio, cumpre estabelecer uma nomenclatura, uma designação para a essência de cada um dos planos. Alguns autores⁴⁷ não chegam a um consenso se essa essência é composta por elementos, requisitos ou pressupostos. Acreditam que uns são mais amplos que outros, que uns são espécies de outros.

Objetiva-se estabelecer uma condução lógica ao estudo, adotar-se-á posição que diz ser *elemento* tudo aquilo de que algo mais complexo se compõe; *requisitos* são condições, exigências que se devem satisfazer para preencher certos fins e *fatores* é tudo que concorre para determinado resultado, sem propriamente fazer parte dele⁴⁸. Estabelecida essa diferenciação, passa-se ao plano da existência, da validade e da eficácia.

No primeiro, ao sofrer a incidência da norma jurídica, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano de existência, que é o plano do ser. A existência constitui premissa de que

⁴⁷ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.. RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I. RAÓ, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999..

⁴⁸ AZEVEDO, op.cit., p. 29-30.

decorrem todas as demais situações que podem acontecer no mundo jurídico. É mister o estabelecimento de uma classificação dos elementos do negócio jurídico para uma clara noção sobre que negócio jurídico se está tratando. Isso se dá em atendimento ao grau de abstração do negócio, ou seja, parte-se da categoria geral do negócio jurídico, passa-se a uma intermediária, até chegar ao negócio jurídico concreto⁴⁹.

Os elementos gerais são: a forma (tipo de manifestação inerente a declaração, ou seja, escrita, oral), o objeto (o seu conteúdo, ou seja, as cláusulas contratuais) e as circunstâncias negociais (o que fica da declaração de vontade). Esses elementos são considerados intrínsecos, pois constituem todo e qualquer negócio jurídico em seu âmago. Além dos elementos gerais intrínsecos há os gerais extrínsecos os quais, ainda que não fazendo parte integrante do negócio, mostram-se indispensáveis à sua existência, como o tempo, lugar e agente. Os dois primeiros são comuns a todos os fatos jurídicos e o último, ao ato jurídico em sentido amplo. Mostra-se que a falta de qualquer um dos elementos gerais enseja a inexistência do negócio. Mais precisamente, sem o tempo e o lugar, não há fato jurídico; sem agente, poderá haver fato, mas não ato jurídico e sem forma ou objeto, poderá haver fato ou ato jurídico, mas não negócio.

Como o negócio jurídico não existe somente *in abstracto*, deve-se procurar a cada passo concretizá-lo, ou seja, torná-lo particular. É assim que se utiliza dos elementos categoriais que são revelados pela análise doutrinária da estrutura normativa de cada categoria de negócio, como, no exemplo retrotranscrito, o contrato entre o paciente A e o hospital B. Esses elementos categoriais não resultam da vontade das partes, mas única e exclusivamente do ordenamento jurídico, da lei. Eles se subdividem em: elementos categoriais essenciais ou inderrogáveis (definem cada categoria de negócio, como o consenso sobre coisa e preço) e os elementos categoriais naturais ou derogáveis (podem ser afastados pela vontade das partes sem a mudança do tipo do negócio).

Seguindo mais um passo no grau de abstração dos negócios jurídicos, chega-se aos elementos particulares. Essa qualidade torna o estudo de

⁴⁹ Com o intuito de ilustração, cita-se o seguinte exemplo: do negócio jurídico, passa-se a um nível inferior que é o contrato em geral; e por fim, ao contrato entre paciente A e hospital B. Esse exemplo traz ao plano de existência, a exigibilidade de três elementos: os gerais, comuns a todos os negócios; os categoriais, próprios a cada tipo de negócio e os particulares, que existem em um negócio determinado, específico, particular.

todos elementos impossível, dada a peculiaridade de cada um. Entretanto, há três elementos, também denominados de *accidentalía negotii*⁵⁰, que são muito freqüentes. É o caso da condição, do termo e do encargo. A primeira é a cláusula que subordina os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e incerto; o segundo é cláusula que subordina os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e certo; e o último é cláusula que restringe uma liberalidade.

Toda essa divisão proposta tem como único e concreto objetivo a verificação de deformidades nesses elementos, o que pode acarretar a inexistência do negócio jurídico. Pode porque no caso de um negócio de certo tipo, se faltar elemento categorial inderrogável ou se, mesmo sem faltar, se puder dar esse elemento como inexistente, para evitar que o negócio seja considerado nulo, aquele ato não existirá como negócio daquele tipo, mas há a possibilidade de convertê-lo em negócio de outro tipo, também conhecida como conversão substancial.

No segundo plano, tem-se que somente os atos jurídicos lícitos passam pelo plano da validade, onde há a separação entre os atos válidos e os inválidos. O ato jurídico ingressa no plano de existência simplesmente como ato jurídico. O fato posterior, em que se ajuíza sua validade, apura-se apenas no plano da validade, onde incidem normas jurídicas cuja eficácia se resume à invalidação dos atos jurídicos.

O que importa para a aferição do plano de validade é a vontade, traduzida em conduta que objetiva realizar um interesse em se obter uma consequência vantajosa para quem a pratica. Importante lição a esse respeito traz Marcos Bernardes de Mello⁵¹:

A conduta, embora se dê no mundo da realidade, está sujeita a valoração, porque, do ponto de vista jurídico, se põe no plano do dever-ser. Para o direito a conduta ou é lícita ou ilícita (mesmo aquelas ditas irrelevantes podem ser classificadas dentre as condutas lícitas, considerando-se o princípio segundo o qual *o que não está proibido está permitido*). Em razão desse caráter valorativo, é possível, sem que se viole a natureza das coisas, desconsiderá-la, apagando-a do mundo jurídico como se jamais houvesse ocorrido. Isto, porém, não é admissível quando estão envolvidas realidades

⁵⁰ Elementos acidentais são, assim, os que se acrescentam à figura típica do ato para mudar-lhe os respectivos efeitos. São cláusulas que, apostas a negócios jurídicos por declaração unilateral ou pela vontade das partes, acarretam modificações em sua eficácia ou em sua abrangência. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. Parte Geral. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1. p. 336.

⁵¹ MELLO, Marcos Bernardes de, op. cit., p. 18.

físicas, naturais (que constituem o núcleo dos fatos jurídicos *stricto sensu* e dos atos-fatos jurídicos), uma vez que não é possível dizer-se que o *ser não é* sem que se incida em afirmativa inconsistente, porque incompatível com a realidade a que se refere.

Um dos principais artigos que envolvem o plano de validade é o 104 do Código Civil que relaciona três pressupostos específicos: a capacidade do agente, a licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto e a obediência à forma prescrita ou não defesa em lei.

Somente esses pressupostos de nada resolvem os casos relacionados à validade dos negócios jurídicos. Cabe esclarecer alguns outros pontos interessantes e que demonstram ser de suma importância. A classificação proposta por Marcos Bernardes de Mello⁵², que traz novos três pressupostos de validade, aos quais ele denomina *categorias*: sujeito, se refere ao problema da manifestação da vontade, visando a resguardá-la em relação à sua consciência e autenticidade. Tem cunho protetivo das pessoas e de seu patrimônio, objeto e forma de exteriorização da vontade; objeto, tem por fundamento a consonância do ato jurídico com o direito ou com a natureza das coisas, considerando-se aí a licitude, a moralidade, a determinabilidade e a possibilidade do seu objeto, e por fim, a forma de exteriorização da vontade que se baseia no pressuposto de que certos atos jurídicos, pela sua relevância, devem ser praticados segundo solenidades especiais e obedecendo a determinada forma capaz de melhor documentar a conclusão do negócio, facilitando a sua prova.

O presente estudo vai se ocupar dos pressupostos relativos ao sujeito. Grave questão se trava quando se utiliza, única e exclusivamente, como pressuposto de validade relativo ao sujeito a sua capacidade para a prática dos atos da vida civil. Verifica-se que a capacidade civil é elemento objetivo trazido pela lei. O que importa de fato é a vontade do sujeito e a exteriorização consciente desta para o mundo. A manifestação da vontade deve ser autêntica, íntegra e hígida, no sentido de que tenha sido manifestada pelo próprio figurante ou por alguém que, negocial ou legalmente, o represente, como na maioria dos negócios jurídicos hospitalares, e que não contenha defeitos que afetem sua perfeição.

Em relação à autenticidade da autoria da manifestação de vontade, isto é, se aquele a quem se atribui a vontade é, efetivamente, o figurante do negócio

⁵² Ibidem, p. 30.

jurídico, constitui elemento que diz respeito ao cerne do suporte fático, por isso tem implicações diretas quanto ao plano de existência. Não se relaciona à sua validade⁵³.

A integridade da vontade manifestada constitui elemento complementar do suporte fático dos negócios jurídicos que atuam como pressupostos de sua validade. O sistema jurídico brasileiro tem como defeitos que afetam a perfeição da manifestação da vontade os chamados vícios de vontade, como é o caso do estado de perigo. Essa vontade manifestada agrega-se a boa-fé, a qual deve ser considerada como pressuposto de validade do negócio jurídico, já que aquele que se põe contrariamente à boa-fé, ou seja, utiliza-se da má-fé, engana outrem com intuito de fazer efetivar negócio que não faria caso soubesse da verdade.

No terceiro e último plano só há relevância ao que se refere aos seus aspectos jurídicos. Possui os denominados fatores de eficácia os quais se demonstram extrínsecos ao negócio jurídico, como é o caso das condições suspensiva e resolutive, ou seja, dependem do implemento das condições no futuro para que gerem os efeitos esperados.

Como o negócio jurídico hospitalar, em tese, não se submete a essas condições, se ele chegar intacto até o plano de validade, certamente produzirá a eficácia desejada. Ao negócio jurídico realizado no âmbito hospitalar somente serão pertinentes os planos de existência e validade, os quais serão tratados em item à parte dada sua importância.

3.2 DOS DEFEITOS DO NEGÓCIO JURÍDICO

Conforme acentuado anteriormente, o negócio jurídico é essencialmente um ato de vontade. Ele se constitui mediante uma declaração volitiva do agente, especificamente destinada à produção de efeitos por ele

⁵³ A esse respeito, Marcos Bernardes de Mello cita o seguinte: Na falsa atribuição da manifestação de vontade a alguém, que não a manifestou, ou quando a vontade é “manifestada” à força (*vis absoluta*), não há vontade e, portanto, não há concreção do suporte fático do ato jurídico respectivo. Não existe, assim, ato jurídico algum. A espécie é de *inexistência* em sentido próprio”. *Ibid*, p. 38.

pretendidos, mediante a prática de um ato que se reflita validamente no ordenamento jurídico.

O negócio jurídico indiscutivelmente válido⁵⁴ é a combinação de três elementos: emissão de vontade, efeitos jurídicos desejados e aprovação do ordenamento. O elemento fundamental que mais aparece é a emissão de vontade, dado que sem ela ter-se-á apenas um ato jurídico *stricto sensu*.

Muitas vezes essa vontade existe e é emitida, recebendo toda a guarida do ordenamento jurídico. O problema que se impõe é quando essa vontade sofre com algum acontecimento capaz de contaminá-la ou comprometê-la, não havendo harmonia entre ela e o que realmente pretendia o declarante, ou ainda, porque este desejava um resultado tolhido pelo ordenamento. Nessas duas hipóteses, observa-se claramente que o negócio jurídico se constituiu, ainda que defeituosamente, o que reflete nos efeitos da negociação.

No ordenamento brasileiro, o negócio jurídico defeituoso é anulável, sendo esta anulabilidade proveniente ou da conturbação da vontade, ou da vulneração das prescrições legais e ainda que o negócio seja defeituoso, ele pode subsistir, a despeito do vício que o contamina. Tudo fica na alçada de ação do declarante que possui prazo para isso e transcorrendo esse *in albis* há a consolidação do negócio eivado de defeito.

Há para os defeitos do negócio jurídico duas categorias distintas: a primeira diz respeito a uma anomalia da vontade, conturbando-a e incidindo sobre o consentimento; a segunda refere-se à pretensão do agente em violentar disposições contidas no ordenamento, colhendo um resultado diverso daquele que aparenta pretender. São os defeitos que não atingem o negócio de forma definitiva, ou seja, os vícios do consentimento⁵⁵ (erro, dolo, coação), o estado de perigo, a lesão e a fraude contra credores.

Importante se faz essa observação, excluindo o estado de perigo dos vícios de consentimento, porque ele não o é, já que o consentimento para o negócio está ausente de qualquer deformidade. O que ocorre é a existência de outros elementos que lhe são intrínsecos e o elevam à categoria de defeitos.

Ao Código Civil de 2.002 juntaram-se vícios que maculam princípios

⁵⁴ ABREU FILHO, op. cit., p. 253.

⁵⁵ Os vícios do consentimento são aqueles defeitos que se verificam quando o agente declara sua vontade de maneira defeituosa. São vícios de vontade do agente. Os vícios do consentimento são o erro, o dolo e a coação. FIÚZA, op. cit., p. 230.

gerais de justiça e racionalidade econômica. Tais vícios afetam a formação do vínculo, e se apresentam como pressão de circunstâncias excepcionalmente graves à conclusão do negócio, de tal modo a circunscrever, de forma relevante, a liberdade de determinação e de escolha de uma das partes, impedindo-a de delinear racionalmente a operação. Há, com isso, um desequilíbrio econômico, uma desproporcionalidade sem precedentes que pode levar a uma invalidade do referido negócio.

3.3 INVALIDADE – NULIDADE E ANULABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO

O exame positivo do negócio jurídico não traz maiores agruras ao direito. O que realmente interessa saber é quando uma das partes negociantes não cumpre seus ônus, não age com as devidas cautelas ou se utiliza de outros meios, trazendo prejuízos à relação jurídica, ou seja, a patologia do instituto.

Importa o conteúdo negativo do negócio jurídico e pela denominada *técnica de eliminação progressiva*⁵⁶ submetê-lo ao necessário exame. No que se refere ao plano de existência, ou o negócio jurídico existe, ou não existe. Se não existe, não é negócio jurídico, mas tão somente, ato inexistente. Como não passou do primeiro plano, conseqüentemente não haverá qualquer aferição acerca da sua validade. A validade se utiliza exclusivamente de negócios definidos como existentes, ou seja, não passam pelo seu crivo os negócios aparentes. Com isso, ou o negócio é válido, ou não é válido. Se não for válido, sua análise fica adstrita a esta fase. Interessa o conteúdo da validade do negócio jurídico hospitalar e nesse diapasão examinar-se-ão os efeitos relativos à ausência de validade, ou seja, à invalidade. Esta é gênero de que são espécies a nulidade e anulabilidade, constitui uma sanção que o ordenamento jurídico adota para afastar determinadas condutas que implicam contrariedade a direito.

Primordialmente, a invalidade afeta atos jurídicos que resultam ou de desrespeito à norma jurídica cogente ou de defeitos na manifestação da vontade, que em si mesmos, já configuram a prática de atos essencialmente ilícitos, como o

⁵⁶ AZEVEDO, op. cit., p. 63.

dolo e a coação, e que em outros casos, têm por finalidade verdadeira causar, intencionalmente, prejuízo a terceiros, como é o caso da fraude contra credores.

A invalidade afeta os atos jurídicos *lato sensu* (negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*) que infrinjam normas cogentes proibitivas e impositivas, afora os casos específicos de invalidade relativos ao sujeito (incapacidade, má-fé), ao objeto (ilicitude, imoralidade, indeterminabilidade e impossibilidade), à forma e à perfeição da manifestação da vontade (defeitos dos negócios jurídicos). Cumpre observar que os atos jurídicos que importam infrações às normas jurídicas não têm a mesma natureza no que se refere às conseqüências. Pode-se dizer que há duas divisões: a primeira diz respeito àqueles que afetam a própria ordem pública, dado que implicam violação de normas jurídicas cogentes; a segunda, trata daqueles que prejudicam diretamente as pessoas em seus interesses particulares, privados, mas que, pelas suas conseqüências ilícitas, não podem ser admitidos no mundo jurídico como se fossem perfeitos. De acordo com a gravidade das infrações há a imposição de sanções pelos sistemas jurídicos⁵⁷ que utilizam para tal o critério da razoabilidade e da proporcionalidade.

Há no ordenamento brasileiro duas espécies de invalidade: a nulidade, que constitui sanção mais grave, tendo como resultado a ineficácia *erga omnes* do negócio jurídico quanto a seus efeitos próprios, além da impossibilidade de se sanar o vício, salvo raras exceções; e a anulabilidade, na qual os efeitos são relativizados às pessoas diretamente envolvidas no ato jurídico, o qual produz eficácia específica até que haja desconstituição do ato e de seus efeitos em ação própria, sendo possível a convalidação pela confirmação ou pelo decurso do tempo.

Apenas como questão didática, há autores⁵⁸ que usam outra denominação para os dois tipos de invalidade, inspirando-se na doutrina francesa.

⁵⁷ Sistema jurídico é o conjunto de normas jurídicas interdependentes, reunidas segundo um princípio unificador. Essas regras utilizam uma linguagem prescritiva, cuja finalidade é disciplinar a convivência social. Assim, o direito positivo objetiva preceituar a conduta dos indivíduos. É nesse sentido que Canotilho diz que o sistema jurídico é um sistema aberto de normas e princípios: “é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas; um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica {Caliess} traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’; é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes a valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas; é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras”. CANOTILHO, José Joaquim. J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 1123.

⁵⁸ Cf. PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: Droit et Jurisprudence, 1950. p. 126. v. 1. DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 262.

Denomina-se nulidade absoluta, para designar a nulidade e nulidade relativa, quando se refere à anulabilidade. Acerca dessas divergências terminológicas, Marcos Bernardes de Mello preceitua que tais expressões são a constatação de que existem invalidades cujo fundamento é de ordem pública e, por isso, necessitam de maior rigor em sua avaliação, já que são insanáveis e por apresentarem eficácia *erga omnes* podem ser alegados por qualquer interessado, incluído aí o Ministério Público. Cabe ao juiz dizê-las de ofício. Por outro lado, há as que dizem respeito a interesses privados e pessoais. Sua eficácia relaciona-se exclusivamente às pessoas que são atingidas diretamente pelas conseqüências do ato jurídico, podendo por si mesmas sanar o vício. Reconhece-se a essas pessoas a legitimação para ação própria, ou seja, a elas são relativas⁵⁹.

Dado que o estado de perigo é um dos defeitos do negócio jurídico que ensejam a anulabilidade, de acordo com o Art. 171, inciso II do CC⁶⁰, é que o interesse se foca nessa forma de invalidade no que se refere aos negócios jurídicos hospitalares.

O ato anulável é imperfeito, mas seu vício não é tão grave para que haja interesse público em sua declaração. Desse modo, a lei oferece alternativa ao interessado, que pode conformar-se com o ato, tal como foi praticado, sendo certo que sob essa situação o ato terá vida plena. Por essa razão, estão legitimados a ingressar com a ação anulatória os interessados que intervêm nos autos e, sob certas condições, seus sucessores, bem como determinados terceiros que sofram influência dos atos. O negócio jurídico anulável produz efeitos até ser anulado. Os efeitos da anulação passam a ocorrer a partir do decreto anulatório (*ex nunc*) e a anulação sempre dependerá de provimento judicial por sentença.

Os negócios jurídicos anuláveis podem convaler por duas razões, tornando-se eficazes. Primeiramente, pelo decurso do tempo, pois os atos anuláveis têm prazo de prescrição ou decadência mais ou menos longos; decorrido o lapso prescricional ou decadencial, o ato ou negócio torna-se perfeitamente válido. Há uma ratificação presumida do ato; o interessado que podia impugná-lo mantém-se inerte. A segunda possibilidade de convalhecimento do negócio anulável é a ratificação. A ratificação ou confirmação dos negócios anuláveis procedem ao

⁵⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de validade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 62.

⁶⁰ Art. 171 Além dos casos expressamente declarados em lei, é anulável o negócio jurídico: II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

expurgo do vício, ou seja, é atitude positiva daquele que possuía qualidade para atacar o negócio. Nesse caso, há a renúncia à faculdade de anulação.

O Código Civil adotou o sistema de enunciar os prazos de decadência nos próprios dispositivos de cada instituto. No que se refere aos negócios anuláveis, o Art. 178⁶¹ do Código Civil estabeleceu prazo de decadência de quatro anos para o caso de coação, do dia em que ela cessar; no caso de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico e, no caso de atos de incapazes, do dia em que cessar a incapacidade. Tendo a lei assumido a decadência para essas situações, não mais se discutirá acerca da diferenciação entre prescrição e decadência.

⁶¹ Art. 178 É de quatro anos o prazo de decadência para pleitear-se a anulação do negócio jurídico, contado: II – no de erro, dolo, fraude contra credores, estado de perigo ou lesão, do dia em que se realizou o negócio jurídico.

4 O ESTADO DE PERIGO

Observou-se nos capítulos anteriores a importância dos princípios norteadores do Código Civil e as questões atinentes ao negócio jurídico em geral, passando pelos planos em que ele se situa e quais as conseqüências relativas aos defeitos do negócio jurídico, nele se inserindo o estado de perigo que é a base desse estudo.

Há que se fazer, antes de tudo, a defesa do instituto do estado de perigo disciplinado no artigo 156 do Código Civil. Quando das discussões para aprovação do projeto de modificação do Código Civil de 1916⁶², levantou-se a desnecessidade da inclusão do referido instituto, justificando-se que o artigo 421, como cláusula geral, poderia conceder idêntica proteção ao autor da declaração⁶³. Tal argumento não prosperou na medida em que o intuito do legislador era conceder maior proteção ao declarante. O estado de perigo não diminui e nem altera as diretrizes fundantes do Código Civil, respeitando a socialidade, a eticidade e a operabilidade, arduamente defendidos por Miguel Reale quando da elaboração do Projeto⁶⁴. Na realidade, o estado de perigo soma-se às diretrizes na medida em que, poderá o magistrado afastar o efeito de anulabilidade se houver boa-fé das partes na relação jurídica.

Corroborando esse entendimento, Moacyr de Oliveira⁶⁵ escreveu que a teoria do negócio jurídico estruturar-se-ia na função econômico-social, observando-se os princípios da boa-fé e da probidade, além de conceituar o estado de perigo como sendo o fato necessário que compele à conclusão de negócio

⁶² O Código Civil tramitou por 26 anos no Congresso Nacional até ser aprovado em 10 de janeiro de 2002.

⁶³ Essa tese foi apresentada por Silvio Rodrigues, fundamentando a anulação do negócio jurídico pela simples observância da boa-fé a qual deve ser limite para que prevaleça ou não um contrato eivado de defeito como estado de perigo. Segundo ele, em regra, se nenhuma das partes teve culpa na produção do evento que provocou o contrato, e extorquiou a exorbitante promessa de recompensa, o negócio deve prevalecer, embora o consentimento de presente viciado. [...] a lei não deve ter qualquer razão para preferir o (interesse) de um ao de outro contratante, se ambos se mostram de boa-fé. [...] Contudo, se o indivíduo que contratou com a vítima da prestação externa se valeu do terror que lhe inundou o espírito, para impor o negócio ou fixar-lhe cláusulas excessivamente onerosas, não pode mais ser considerado contratante de boa-fé. RODRIGUES, Silvio. *Dos vícios de consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 320-321.

⁶⁴ Miguel Reale apresentou suas justificativas em inúmeras obras e artigos, dentre os quais pode-se citar "O projeto do código civil: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986".

⁶⁵ OLIVEIRA, Moacyr de. Estado de perigo. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 507.

jurídico mediante prestação exorbitante.

No esboço de seu conceito, Fernando R. Martins⁶⁶, afirma em obra específica acerca do assunto:

Daí, nítido perceber que basicamente resplandece como parte integrante do conceito de estado de perigo uma autolesão patrimonial por parte do devedor (seja indivíduo ou grupo), já que é ele quem perfaz a declaração pelo negócio jurídico, comprometendo notavelmente seu patrimônio, devido à existência de um dano grave real ou imaginário, que na realidade nem precisa ocorrer na prática, mas sobrevive na consciência do promitente e no conhecimento da contraparte, a qual restará altamente beneficiada ante uma contraprestação tímida e desproporcional. Aliás, o exemplo mais difundido quanto ao tema é o de Ricardo III quando abria mão de todo o reino a favor de quem lhe entregasse um cavalo: 'A horse, a horse, my kingdom for a horse'.

Ainda segundo o autor⁶⁷, o estado de perigo pode atingir não somente o indivíduo, mas também um grupo social e apresenta para tanto um exemplo em que supõe o caso de moradores de uma ilha desprovida dos recursos mais essenciais. Esses se comprometem a pagar quantia vultosa a outro que seja proprietário do único meio de transporte para o continente e que se aproveite de tal situação para exigir obrigação excessivamente onerosa daqueles que dependem do meio de locomoção para se alimentarem e cuidar de sua saúde. No entanto, essa afetação ao grupo social parece descabida quanto à manifestação da declaração, já que o próprio Código Civil no Art. 156, refere-se como sendo destinatário da norma o pronome indefinido "alguém", ou seja, somente uma pessoa pode se obrigar à prestação onerosamente excessiva, para salvar a si ou pessoa de sua família, ou a ambos. No caso do grupo social, a onerosidade do negócio, pode ser excessiva para uns e não para outros. Razão pela qual, poderá faltar um dos elementos essenciais à caracterização do estado de perigo. Claro está que nada impede que um grupo seja atingido pelo perigo, contudo somente uma pessoa obrigar-se-ia à referida excessividade onerosa para salvá-lo.

⁶⁶ MARTINS, Fernando R. *Estado de perigo no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. Coleção Prof. Agostinho Alvim. p. 165-166.

⁶⁷ *Ibidem*.

4.1 ESTADO DE PERIGO E ESTADO DE NECESSIDADE

Há quem⁶⁸ utilize as expressões estado de perigo e estado de necessidade como sinônimas de forma indistinta. Comete-se a impropriedade de empregar os mesmos vocábulos para conceituar instituto jurídico outro que é aquele referente ao estado de necessidade como excludente da responsabilidade civil e penal. É o que se depreende da posição apresentada por Orlando Gomes⁶⁹, o qual demonstra que quem se encontra em estado de necessidade, diante de perigo iminente que deve remover, pode agir sobrepondo seu direito ao de qualquer pessoa. Trata-se de modo de defesa pessoal autorizado pela ordem jurídica.

O estado de necessidade não é somente figura típica do Direito Penal, sendo uma das excludentes da ilicitude. Na área do Direito Civil, tem-se a necessidade como título jurídico, como por exemplo, no direito de passagem, em que a necessidade é fundamento autorizador para a construção de caminho. Ele é mais amplo, abrangendo a exclusão da responsabilidade por danos, conforme preceitua o Art. 188, inciso II, do Código Civil, afirmando que não constituem atos ilícitos “a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente”. Há no direito contratual o conceito de estado de necessidade, toda vez que determinado sujeito, dadas certas circunstâncias, se vê forçado a concluir um negócio em condições adversas, com o intuito de evitar prejuízo. Apresenta-se em dois tipos parecidos e que não se confundem: a lesão e o estado de perigo.

O Código Civil italiano de 1942 em seu artigo 1.447⁷⁰ (*Contrato*

⁶⁸ [...] a ameaça ou violência que na coação provém de uma pessoa interessada na prática do ato pode ocorrer de simples circunstâncias de fato que exerçam notável influência sobre a vontade do agente. Caracteriza-se assim o chamado estado de perigo ou de necessidade, situação de receio ou temor que leva o necessitado a praticar um ato que em outras condições não faria. O agente que pratica o ato forma a sua vontade em consequência desse temor ou receio. AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 495.

⁶⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 510-511.

⁷⁰ Art. 1447 *Contratto concluso in istato di pericolo*

Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona (2045), può essere rescisso sulla domanda (2652) della parte che si è obbligata.

Il giudice nel pronunciare la rescissione, può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata.

Art. 1447 Contrato celebrado em estado de perigo

O contrato pelo qual uma das partes tenha tomado a obrigação de condições desiguais, pela necessidade, sabida pela outra parte, de salvar a si ou a outros de perigo atual de um dano grave à

concluso in istato di pericolo), traz que a rescisão contratual se dá por ter o declarante assumido obrigações contrárias à equidade geradas pela necessidade. Mais a frente, estabelece a ação de rescisão por lesão, se houve desproporção entre as prestações por causa do *stato di bisogno* (estado de necessidade). No caso do estado de perigo, os requisitos da lei italiana para que se configure o estado de necessidade são os mesmos que caracterizam o estado de necessidade como excludente da responsabilidade civil, remetendo ao artigo 2.045 do diploma italiano, aduzindo que essa necessidade seja de se salvar ou a outras pessoas de perigo atual de um dano grave. No caso da lesão, só é possível se pedir a rescisão diante da desproporção das prestações. Dessa forma, não há temor de dano à pessoa, mas o declarante se encontra em necessidade meramente econômica, não sendo sinônimo de pobreza, conforme o Art. 1.448⁷¹ do Código Civil Italiano.

Assim, conforme preleciona Teresa Ancona Lopez⁷²:

[...] o estado de necessidade em sentido estrito é excludente de responsabilidade civil e penal. O estado de perigo (que é um tipo de estado de necessidade em sentido amplo) é defeito do negócio jurídico que afeta a declaração de vontade do contratante que tem sua liberdade diminuída por temor de dano à sua pessoa ou à pessoa de sua família”.

Quando do estudo da obra de Carlos Alberto da Mota Pinto⁷³, verificou-se que para o Direito Português não há a figura do estado de perigo, somente se referindo o diploma legal ao estado de necessidade que é uma situação de receio ou temor gerada por um grave perigo que obriga à parte a celebrar um

pessoa (2045), pode ser rescindido por demanda (2652) da parte que se obrigara.

O juiz que proferir a sua rescisão, pode, segundo as circunstâncias, assegurar uma compensação equitativa para a outra parte pelo trabalho prestado.

⁷¹ Art. 1448 Azione generale di rescissione per lesione

Se vi è sproporzione tra la prestazione (att.166) di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.

L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto.[...]

Art. 1448 Ação geral de rescisão por lesão

Se houver a desproporção da prestação de uma parte para com a outra, e a desproporção pe devida pelo estado de necessidade de uma das partes, em que uma tenha de aproveitado para ganhar vantagem, pode a parte prejudicada demandar pela rescisão do contrato.

A ação não é admissível se a lesão não exceder à metade do valor que a oferta ou promessa da parte prejudicada havia feito ao tempo do contrato.[...]

⁷² LOPEZ, Teresa Ancona. O Estado de perigo como defeito do negócio jurídico. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano, 22, n. 68, dez. 2002. p. 51.

⁷³ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1999. p. 531.

negócio para superar a situação em que se encontra. Nesse ínterim percebe-se que o Código Civil brasileiro inspirou-se na teoria italiana no que se refere à diferença entre os dois conceitos, porém, afastou a possibilidade de pagamento pelo trabalho realizado e usufruído por quem alega o estado de perigo, trazendo graves prejuízos àquele que o prestou.

4.2 ELEMENTOS INTEGRANTES DO ESTADO DE PERIGO

Com o intuito de esmiuçar o instituto e determinar quais os elementos necessários à delimitação do estado de perigo, é mister a transcrição do artigo 156 e parágrafo único do Código Civil, que traz o indispensável ao estudo.

Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido de necessidade de salvar-se, ou à outra pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único. Tratando-se de pessoa não pertencente à família do declarante, o juiz decidirá segundo as circunstâncias.

Observa-se que este artigo traz quatro requisitos para a configuração do estado de perigo: a gravidade do dano, os sujeitos atingidos pela norma, o conhecimento dessa situação pela outra parte e a obrigação excessivamente onerosa.

Em primeiro lugar, o perigo deve ser ameaça de dano atual e grave. Para melhor compreensão desse conceito indeterminado tira-se a lição do Direito Penal que é o ramo do Direito que melhor os define, conforme os ensinamentos de Júlio Fabbrini Mirabete⁷⁴:

É necessário que o sujeito atue para evitar um perigo *atual*, ou seja, que exista a probabilidade de dano, presente e imediata, ao bem jurídico. Não inclui a lei o perigo *iminente*, como o faz na legítima defesa, havendo divergência na doutrina a respeito do assunto. O perigo, contudo, é sempre uma situação de existência da *probabilidade de dano* imediato e, assim, abrange o que está prestes a ocorrer. Não haverá estado de necessidade se a lesão somente é

⁷⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 178. v. I.

possível em futuro remoto ou se o perigo não está conjugado.

O perigo atual significa que o acontecimento que origina o dano já existe, levando a conseqüências desastrosas caso não haja interrupção do fato. Se o dano não for atual, não há estado de perigo, e haverá outras formas de se evitar o evento⁷⁵, afastando a possibilidade de pressão para o declarante que não precisa se sujeitar ao negócio jurídico excessivamente oneroso.

O requisito da gravidade deve ser avaliado no caso concreto, em relação às condições físicas e psíquicas do sujeito. O juiz deverá aferir essa medida dentro de critérios objetivos, tomando por base o homem médio, isto é, qual seria a reação de uma pessoa nas mesmas condições. Se, após avaliar o caso concreto, o juiz verificar que aquela pessoa se julgava em estado de perigo, mas efetivamente não estava, poderá ocorrer figura análoga ao estado de necessidade putativo⁷⁶ do Direito Penal, o que autorizaria o magistrado a afastar os efeitos da anulabilidade do negócio jurídico.

No entanto, Teresa Ancona Lopes⁷⁷ em estudo acerca do tem, apresentou entendimento diverso:

Para caracterizar o estado de perigo basta que o declarante *pense* que está em perigo, pois é esse o móvel de sua participação em um negócio desvantajoso e tal suposição deve ser do conhecimento de outra parte. De outro lado, se há um perigo efetivo e real e a pessoa ou o ignora, ou não acha que tal situação possa levar-lhe a um grave dano, não há como se falar em defeito, não podendo o declarante pedir a anulação do negócio. A certeza de estar em perigo é elemento essencial na caracterização desse tipo de defeito.

Não obstante o entendimento da referida autora, a letra da lei não autoriza essa subjetividade do declarante, já que o perigo é atual, ou seja, ele já existe, não é uma possibilidade. O juiz está adstrito a verificar qual é a extensão do

⁷⁵ Ainda segundo os ensinamentos do autor, esse perigo deve ser inevitável, ou seja, numa situação em que o agente não poderia de outro modo evitá-lo. Isso significa que a ação lesiva deva ser imprescindível, como único meio para afastar o perigo. Caso, nas circunstâncias do perigo, possa o agente utilizar-se de outro modo para evitá-lo (fuga, recurso às autoridades públicas, etc.), não haverá estado de necessidade na conduta típica adotada pelo sujeito ativo que lesou o bem jurídico desnecessariamente, op.cit. p. 178.

⁷⁶ Haverá estado de necessidade *putativo* se o agente supõe, por erro, que se encontra em situação de perigo. Supondo o agente, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, estar no meio de um incêndio, não responderá pelas lesões corporais ou morte que vier a causar para salvar-se. Inexiste a justificativa, mas o agente não responde pelo fato por ausência de culpa em decorrência de erro de proibição. op.cit. p. 181.

⁷⁷ LOPEZ, op.cit., p. 54-55.

conceito de grave dano e não se a pessoa pensava estar em estado de perigo, dado que ela já se encontra nessa situação.

O perigo pode se originar de um acontecimento natural ou de uma ação humana, voluntária ou involuntária, provocado inclusive pela própria pessoa que se encontra em perigo. Não ocorre o mesmo, caso o perigo seja provocado por aquele que se aproveita do negócio, já que, nesse sentido, o perigo é utilizado como meio de obter a declaração, configurando a coação⁷⁸.

Em segundo lugar, há que se verificar o elemento que diz respeito à necessidade de se salvar ou a pessoa de sua família. O legislador não especificou quais membros da família (grau de parentesco) devem estar ameaçados de dano para que se considere o estado de perigo. Mais coerente é que todo o vínculo familiar esteja aí incluído, com pais, filhos, avós, tios, inclusive os cônjuges ou conviventes, que não são parentes, mas fazem parte da constituição da família do declarante.

A redação do artigo 156 do Código Civil pode trazer, *prima facie*, alguma dúvida ao leitor, dado que somente seria possível salvar a si, alternativamente à pessoa de sua família, ou vice-versa, e não a ambos. Esse aspecto não deve prosperar, já que pode haver mais de uma pessoa em perigo atual e grave. O que a norma veda é que a obrigação excessivamente onerosa seja assumida por mais de uma pessoa, pelas razões já expostas anteriormente.

Ponto interessante se mostra no conteúdo da expressão “salvar-se”. Outro significado não se poderia dar que não o de livrar, defender, preservar. Impõe-se afirmar categoricamente que o grave dano que poderá advir refere-se substancialmente à vida humana e à preservação da integridade física dessa vida humana, como por exemplo, um estado de perigo tal que pode levar à perda de um membro humano, da capacidade cognitiva, respiratória, entre outras situações físicas. Nesse sentido, colhe-se o exposto por Marcos Bernardes de Mello⁷⁹:

Embora a regra do Art. 156 não faça menção expressa, o dano deve ser pessoal, portanto, que diga respeito, exclusivamente, à vida, à saúde ou à integridade física, excluído do conceito qualquer prejuízo de ordem patrimonial.

⁷⁸ Para Clóvis Beviláqua, coação é “um estado de espírito, em que o agente, perdendo a energia moral e a espontaneidade do querer, realiza o ato, que lhe é exigido”. BEVILÁQUA, Clovis. *Teoria geral do direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980. p. 221.

⁷⁹ MELLO, Plano de Validade, op. cit. p.193.

Esse dano pode até atingir aspectos morais, como a honra da pessoa e a liberdade desta, conforme escrito por Teresa Ancona Lopez⁸⁰. Da digressão que se faz do artigo 156 do CC não se pode afirmar que a honra está também albergada pelo instituto porque, mesmo que ela esteja em estado de perigo de sofrer grave dano, não é fato determinante ao conteúdo da expressão “salvar-se”, isto é, a honra pode ser afetada, mas isso não quer dizer que a pessoa vá morrer, perder um membro. Para a defesa da honra há outras figuras disponíveis no ordenamento jurídico, tal qual a tutela específica aos direitos da personalidade.

O mesmo acontece com a liberdade. O indivíduo até pode estar em estado de perigo de perder sua liberdade, mas, a tutela quanto à liberdade é tema de Direito Penal. Somente esse ramo do Direito poderá fazer cessar o dano e punir o agente. Ao Direito Civil somente seria dada a atribuição de um eventual dano moral ou material ocorrido.

Em relação ao parágrafo único do dispositivo citado, o juiz deverá decidir segundo as circunstâncias, no caso de não membros da família. Ou seja, mais uma vez presente a observância das cláusulas gerais que orientam o Código Civil. Pode-se dizer que seriam namorados, amigos, padrinhos, enfim, pessoas ligadas ao declarante com tal proximidade que se assemelha ao vínculo familiar. A lei presume que o declarante sofra com alguém de sua família em perigo. Em via diversa, esse sentimento deverá ser provado no caso de pessoa não pertencente à família, pelo grau de afinidade, convivência, amizade que envolve essas pessoas.

Em terceiro lugar há o conhecimento do perigo pela outra parte, que se aproveita para tirar vantagem. Deve haver a má-fé desta. Deve haver um nexo de causalidade entre o perigo de grave dano à vítima e o proveito auferido pela outra parte.

E em quarto lugar faz-se referência à assunção de obrigação excessivamente onerosa. É necessário que haja uma aferição da capacidade econômico-financeira do declarante frente à obrigação assumida, já que ele pode ter assumido uma obrigação que poderá adimplir sem que isso traga qualquer comprometimento da sua subsistência ou de sua família. Não se trata do instituto da resolução ou revisão contratual por onerosidade excessiva baseado na cláusula *rebus sic stantibus* ou na teoria da imprevisão, e que se aplica ao contratos bilaterais

⁸⁰ LOPEZ, op. cit., p. 55.

comutativos de execução continuada ou diferida. Nessa hipótese, haverá um fato superveniente extraordinário e imprevisível que torne a prestação impossível de adimplir, como ocorre em situações consumeristas.

Cumprе estabelecer uma diferenciação entre obrigação excessivamente onerosa e onerosidade excessiva. Nos dizeres de Karl Larenz embora as duas pertençam ao que ele denominou de “perturbação da equivalência”, a obrigação excessivamente onerosa respeita a uma prestação única do contrato firmado. Por outro lado, a figura da onerosidade excessiva decorre de um fato imprevisível nos contratos de execução diferida. E é naquele sentido que o estado de perigo se apresenta, já que a prestação decorrente da obrigação assumida no negócio jurídico é única, não se sujeitando às agruras da inflação, da variação cambial e da bolsa de valores, como ocorrem em alguns contratos de consumo. Diante disso, cumprе trazer importante excerto da obra do referido autor que esclarece essa diferenciação:

É justificável e necessária a consideração de uma perturbação da relação de equivalência única e exclusivamente quando pela modificação das bases de valorização, o contrato perde por completo seu sentido de negócio empresarial. O que conclui um contrato de trato sucessivo assume um risco. Um contrato que em princípio parecia vantajoso, pode se mostrar economicamente desfavorável para uma das partes pela elevação imprevista dos preços e dos salários, dos fretes e dos impostos, a consequência de uma repentina diminuição da demanda ou de outro evento análogo. Este risco contratual, que poderíamos chamar normal, não pode isentar ninguém, à custa de desaparecer toda a segurança contratual. As grandes perturbações nas relações de equivalência devem ser levadas em conta apenas quando não há outro meio de manter o contrato bilateral, em que há uma prestação em troca de uma contraprestação⁸¹.

⁸¹ *Es justificable y necesaria la consideración de una perturbación de la relación de equivalencia única y exclusivamente cuando por la modificación de las bases de valorización el contrato pierda por completo su sentido de negocio de cambio. El que concluye un contrato de tracto sucesivo asume un riesgo. Un contrato que en principio parecia ventajoso, puede luego esulyar economicamente desfavorable para una de las partes por una elevación imprevista de los precios o de los salários, de los fletes o de los impuestos, a consecuencia de una repentina disminución de la demanda o outro suceso análogo. De este riesgo contractual, que puderíamos llamar normal, no puede dispensarse a nadie sino a costa de la desaparición de toda seguridad contractual. Las perturbaciones importantes de la relación de equivalencia sólo deben tenerse en cuenta cuando no haya outro médio de mantener el carácter bilateral del contrato, dirigido a una prestación a cambio de una contraprestación.* LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Trad. Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002. p. 134.

A obrigação excessivamente onerosa desse dispositivo deve ser objetivamente analisada pelo juiz no caso concreto, tendo em vista a situação econômico-financeira do declarante à época do negócio jurídico defeituoso⁸². O negócio concluído em estado de perigo é anulável quando uma das partes haja assumido obrigação a condições excessivamente onerosas pela necessidade, conhecida pela outra parte, de salvar a si ou outros do perigo atual de grave dano à pessoa. Enquanto não proposta ação visando a anulabilidade do negócio celebrado em estado de perigo ele continua a produzir seus efeitos até a data do trânsito em julgado da sentença que o invalida (*ex nunc*).

⁸² Deve haver [...] relação direta entre o estado de perigo e o negócio jurídico de que resulte a obrigação excessivamente onerosa, de modo que se não houvesse o temor dele decorrente, o negócio não se teria concluído, o que implica afirmar ser imprescindível que o temor do figurante do negócio jurídico quanto à efetivação do risco seja o *motivo do negócio jurídico*. MELLO, Plano de Validade, op. cit., p. 195.

5 O NEGÓCIO JURÍDICO HOSPITALAR REALIZADO EM ESTADO DE PERIGO

A relação entre o hospital e o contratante do serviço, seja ele o paciente ou seu responsável é um negócio jurídico com matizes próprios que não pode ter um cunho exclusivamente privado, porquanto se trata de conservar um bem maior que é a vida, razão pela qual a extensão e os efeitos da declaração de vontade, o objeto e o preço desse negócio são tão peculiares. Cabe ressaltar que há inegavelmente a atuação estatal nessa relação jurídica, cabendo ao Estado por meio do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Saúde (ANS) a edição de normas, a fiscalização e as devidas autorizações para abertura e funcionamento de um estabelecimento de saúde privado.

Este capítulo tem por objetivo analisar sob quais planos se inserem os negócios jurídicos hospitalares, como se dá a relação jurídica obrigacional neles estabelecidos e quais as conseqüências do seu inadimplemento.

5.1 OS PLANOS DE EXISTÊNCIA E VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO HOSPITALAR

O negócio jurídico é composto de três planos: existência, validade e eficácia, os quais foram explicitados anteriormente. Ao negócio jurídico realizado no âmbito hospitalar interessa sobremaneira os preceitos relativos aos dois primeiros planos do negócio jurídico: o da existência e o da validade, já que são nesses planos que se encontram as maiores discussões acerca desses negócios jurídicos justamente por terem sido realizados sob o estado de perigo.

A questão prática que se impõe é quando uma pessoa em estado de perigo chega a um hospital privado e necessita de atendimento urgente. Como se está lidando com o bem jurídico “vida”, o médico que esteja dentro de um hospital não pode negar atendimento ao paciente, conforme preconiza o próprio Código de Ética Médica (CEM)⁸³:

⁸³ Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1246/88, de 8 de janeiro de 1988, publicada no Diário Oficial da União em 26 de janeiro de 1988.

É vedado ao médico:

Art. 58 Deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo.

Não é dado ao médico e nem ao hospital a liberdade de contratação nos casos de urgência. Há imposição legal para atendimento do doente, ou seja, verifica-se a presença dos elementos categoriais do plano de existência. Ainda, que a etapa das tratativas negociais não aconteça como no caso do contrato de compra e venda, por exemplo, em que as partes ajustam o preço e as condições de pagamento, existe a vontade da ordem jurídica, isto é, da lei e do que, em torno desta, a doutrina e a jurisprudência constróem. A norma de obrigatoriedade de atendimento estabelecida pelo Conselho Federal de Medicina no Código de Ética Médica e a máxima contida no Art. 196 da Constituição Federal, em que a saúde é direito de todos, constituem os elementos categoriais do referido negócio jurídico, que tem sua natureza jurídica nos contratos.

O plano de existência comporta os elementos gerais, aqueles sem os quais nenhum negócio existe. Podem ser: a) intrínsecos (ou constitutivos): forma, objeto e circunstâncias negociais; e b) extrínsecos (ou pressupostos): agente, lugar e tempos do negócio. Sem os citados elementos, qualquer negócio torna-se inexistente. Basta a falta de um deles. Ou seja, se faltarem os elementos tempo ou lugar, não há sequer fato jurídico; sem agente, poderá haver fato, mas não ato jurídico; e, finalmente sem circunstâncias negociais, forma ou objeto, poderá haver fato ou ato jurídico, mas não negócio jurídico.

A princípio, pode-se pensar que o negócio jurídico realizado no âmbito hospitalar não contém as circunstâncias negociais. Ocorre que, ao dar entrada no hospital, há uma cortina de fumaça acerca dessas circunstâncias, bastando que o médico e o hospital promovam todos os tratamentos necessários à manutenção da vida do paciente e à sua possível melhora e o paciente, ou aquele por ele responsável, promova o adimplemento do negócio jurídico sob a forma de pagamento pecuniário. Portanto, superada essa fase, tem-se que o negócio jurídico hospitalar é existente.

No que toca ao plano de validade há que se dispensar maior atenção porque essencial para a dinamização desse negócio jurídico. O Art. 104 do Código Civil tratou de apresentar os elementos relativos à validade do negócio, ou

seja, há a necessidade de agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

No caso em particular, vê-se que a pessoa ao chegar ao hospital em estado de perigo, dificilmente estará apta a assinar contratos, expressar sua vontade, ou seja, geralmente está com uma incapacidade transitória. Prevendo isso, os hospitais utilizam como *práxis* a negociação junto a um responsável pelo paciente que acaba de adentrar o estabelecimento em alto grau de enfermidade. Esse responsável assina termos de consentimento de procedimentos médicos, além do contrato de prestação de serviços em que se obriga, ao final do tratamento, pelo pagamento das despesas.

Na maioria das vezes, o responsável se obriga a pagar o valor depois da saída do paciente e não há obrigação excessivamente onerosa no momento da celebração do negócio porque sequer se sabe qual é o valor dela, já que o enfermo dispensará inúmeros cuidados e administração de diversos tratamentos para o seu pronto restabelecimento. Há uma expectativa de que se torne impossível cumpri-la, o que *prima facie* atingiria os efeitos do negócio jurídico. A possibilidade de o paciente ou responsável sair do hospital com uma conta altíssima dificilmente é afastada, já que, a aferição do montante devido depende do tratamento necessário à manutenção da vida.

O problema todo reside não somente no estado de perigo, mas na aferição da assunção de obrigação excessivamente onerosa, lembrando que a excessividade pode ser diferente para cada pessoa frente seu ao poder econômico. Para tanto se apresentam dois exemplos: o primeiro, diz respeito a pedreiro que teve um ataque cardíaco e precisa de atendimento médico urgente. Seu familiar chama uma ambulância particular, porque a fornecida pelo Sistema Único de Saúde (SUS) não pode atender. A empresa exige R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para transportar o doente até o hospital a fim de prestar os atendimentos preliminares e este se compromete a pagar tal valor. Hipoteticamente, fixa-se o salário mensal do paciente em R\$ 1.000,00 (mil reais). Ao final do transporte, ocorre o inadimplemento por total incapacidade da parte em honrar com o compromisso firmado. Percebe-se que, neste caso, todos os requisitos foram preenchidos: a necessidade de salvar pessoa de sua família, a obrigação excessivamente onerosa frente à condição financeira da pessoa e o conhecimento do perigo sofrido pela outra parte. Nesse exemplo, o valor pedido pela empresa de transporte médico é exorbitante, o que

enseja à parte prejudicada pedir a anulação do negócio jurídico. Se for julgada procedente, determina que as partes voltem ao *status quo ante*, o que se torna impossível dado que esta é uma obrigação de fazer e gerou custo à empresa a qual ficará com o prejuízo. Se, nessa mesma circunstância, substituíssemos o pedreiro pelo maior empresário da construção civil no Brasil, a obrigação excessivamente onerosa restaria afastada. Interessante decisão⁸⁴ acerca do tema foi proferida conforme a ementa:

EMENTA: Embargos à execução de cheque. Embargos à execução motivados na alegação de estado de perigo, que teria induzido a parte embargante a emitir o cheque para pagamento de transporte em ambulância. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa (artigo 156 do Código Civil de 2002). No caso, a obrigação excessivamente onerosa não está caracterizada ou demonstrada (CPC, 333), de tal forma que se confirma a respeitável sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos. (Apelação Cível Nº 70014165393, Vigésima Câmara Cível, TJRS, Relator: Carlos Cini Marchionatti, Julgado em 22/02/2006).

O segundo exemplo trata-se de um médico internado para se submeter a cirurgia eletiva (programada) com a finalidade de retirar uma hérnia abdominal. Procedimento com risco muito baixo que, no entanto, se complicou, levando o citado paciente ao estado de coma. Dado o grau de complicação pós-cirúrgico, era necessário procedimento denominado hemodiálise ultra-lenta⁸⁵ (tratamento que substitui a função renal através da passagem de sangue por um filtro chamado dialisador capilar de forma mais lenta do que as convencionais realizadas em pacientes com doenças renais crônicas). Na cidade em que se encontrava o paciente, não havia tal procedimento e se não fosse feito com urgência, ele morreria. Então, foi contratado um avião com UTI (unidade de terapia intensiva) móvel para o transporte do paciente até um centro médico de grande porte na cidade de São Paulo. O custo operacional da aeronave é aferido por hora, englobando inclusive honorários do médico que acompanha o paciente no trajeto, o qual foi somado a vários dias de UTI hospitalar com utilização de medicamentos de ponta. O paciente recuperou-se por completo, sem quaisquer seqüelas, e quando

⁸⁴ Íntegra da decisão nos Anexos.

⁸⁵ Acerca do tema ver RIELLA, Miguel Carlos. *Princípios de nefrologia e distúrbios hidroeletrólíticos*. 4.ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003. p. 958-1002.

recebeu alta médica, foi informado que sua dívida estava em torno de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Nesse caso, resta configurada situação de necessidade de se salvar e também a excessiva onerosidade do tratamento, porque num país com inúmeras desigualdades sociais, poucas pessoas poderiam despende rapidamente de quantia tão vultosa. No entanto, o paciente era um profissional bem sucedido em sua área e possuía uma reserva monetária que lhe permitiu adimplir a obrigação contratada.

Todas as pessoas têm direito a atendimento médico de primeira qualidade, mas, infelizmente todo esse desenvolvimento tecnológico tem um custo, como é o caso dos medicamentos de ponta. Para cada um que surge comercialmente no mercado, inúmeros outros não apresentaram os resultados esperados, descartando o material utilizado nas pesquisas e o pagamento dos cientistas de renome responsáveis pelo desenvolvimento desses produtos. Assim, depois de tudo o que passou, poderia esse paciente ter alegado estado de perigo e obrigação excessivamente onerosa? A princípio, estaria ele infringindo as cláusulas gerais do contrato, isto é, a boa-fé e a função social do contrato, já que se ele inadimplisse a obrigação, restaria ao hospital prestador de serviço, à UTI aérea e aos médicos os ônus resultantes do serviço que prestaram com eficiência. Além disso, comprovadamente, o paciente tinha condições financeiras de arcar com o pagamento e, em não o fazendo, demonstraria uma vontade deliberada em lesar o patrimônio de outrem, de enriquecer ilícitamente, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Uma ação pleiteando a anulabilidade do negócio jurídico, tendo como requisitos o estado de perigo e a obrigação excessivamente onerosa, ensejando sua invalidade pode demonstrar algo fora de alcance e extremamente perigoso, se figurado indiscriminadamente, pois, ainda que o hospital particular seja obrigado a prestar atendimento a paciente em evidente estado de perigo, este deve zelar pelo cumprimento de suas contas e pela indiscutível função social que essa empresa possui.

O estado de perigo como posto demonstra inúmeras falhas que levam ao enriquecimento ilícito de uma das partes, seja por parte do paciente que teve o serviço prestado por entidade particular e não o pagou por ter o negócio

jurídico sido anulado judicialmente⁸⁶ frente a uma obrigação excessivamente onerosa, seja por parte do hospital que cobrou quantia muito maior do que foi efetivamente gasto.

O problema reside no fato de que quando o paciente é internado nessas condições, não se sabe precisar qual será o montante da conta hospitalar, tendo em vista não haver perspectiva de qual procedimento terá que ser realizado, qual medicamento deverá ser ministrado pelo médico e de quantos dias serão necessários para a sua completa recuperação. Por outro lado, o negócio jurídico anulável é passível de convalidação pelo tempo ou ratificação da parte. O prazo estabelecido no Art. 178 “*caput*” e inciso II, do Código Civil é de quatro anos para se pleitear a anulabilidade do negócio jurídico realizado sob o estado de perigo a contar do dia da avença. Passado esse prazo pela inércia da parte, não mais há possibilidade de invalidade do negócio, se convalidando por força do tempo, restando-lhe o pagamento como modo de extinção direto da obrigação. Pode haver também a confirmação do negócio pela parte com o pagamento parcial da obrigação, dando validade ao negócio jurídico, afastando, pois o estado de perigo e a obrigação excessivamente onerosa e tornando-o eficaz para produzir efeitos e gerar conseqüências advindas de um possível inadimplemento.

5.2 A RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL HOSPITALAR

Ab initio, utilizar-se-á de algumas definições de obrigação apresentadas pela doutrina estrangeira e nacional com o intuito de encontrar uma melhor significação para este caso em particular. A palavra obrigação tem dois significados para Robert Joseph Pothier⁸⁷: em sentido mais amplo, lato sensu, é sinônimo de dever, e compreende tanto as obrigações imperfeitas como as obrigações perfeitas. Segundo o autor, chamam-se obrigações imperfeitas as obrigações pelas quais se é responsável somente perante Deus, e que não dão a pessoa alguma o direito de exigir seu cumprimento; tais são os deveres de caridade

⁸⁶ A anulação do negócio jurídico realizado sob estado de perigo deve, obrigatoriamente, ser decretada pelo Poder Judiciário.

⁸⁷ POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2002. p. 23-24.

e reconhecimento, assim é, por exemplo, a obrigação de doar o supérfluo. Esta obrigação é uma obrigação real, e um rico peca gravemente quando descuida de seu cumprimento. Mas é uma obrigação imperfeita, uma vez que somente perante Deus se pode exigí-la: quanto é cumprida para com o pobre a quem se dá uma esmola, este não a recebe como o pagamento de uma dívida, mas apenas como um auxílio. Acontece o mesmo em relação aos deveres de reconhecimento; aquele que recebeu determinado benefício está obrigado perante seu benfeitor aos serviços que possa prestar-lhe, e quando os presta, o benfeitor recebe dele, por sua vez, um verdadeiro benefício. Para o autor, a palavra obrigação, em sentido mais exato e menos amplo, compreende somente as obrigações perfeitas, que conferem àquele com quem a contraímos o direito de nos exigir o seu cumprimento. Assim conceituam os juristas essas obrigações ou compromissos pessoais: um vínculo de direito que nos restringe a dar a outro alguma coisa, ou ainda, a fazer ou não fazer tal ou qual coisa.

Em larga acessão, obrigação para Roberto de Ruggiero⁸⁸ é uma palavra que exprime qualquer espécie de vínculo ou de sujeição da pessoa, qualquer que seja a sua fonte ou o seu conteúdo, nela se podendo englobar por um lado qualquer obrigação que seja ditada pela moral, conveniência, honra, usos sociais, por outro lado qualquer obrigação imposta pelas normas jurídicas, sejam elas de direito público ou privado. A palavra é aqui empregada para designar apenas as da última espécie e não todas elas, mas somente as que nascem de relações entre pessoas, têm um conteúdo patrimonial e implicam para uma pessoa o dever de fazer a outra uma prestação e, para essa segunda pessoa, a faculdade de a exigir da primeira. Na verdade, não têm caráter jurídico as obrigações que derivam de normas não jurídicas, nem entram no campo do direito privado as inúmeras obrigações que as leis de direito público impõem ao cidadão e se das relações pessoais e de família, como das de caráter real, derivam às vezes obrigações para os indivíduos, elas não entram no conceito técnico da obrigação.

Em sentido técnico, pois, a obrigação, como a correspondente *obligatio* da terminologia romana, exprime em regra principal e geral a relação jurídica pela qual uma pessoa (devedor) está adstrita a uma determinada prestação para com outra (credor), que tem direito de a exigir, obrigando a primeira a satisfazê-

⁸⁸ RUGGIERO, op. cit., v.3. p. 33-34.

la. Mas às vezes emprega-se para indicar apenas um dos lados ou aspectos de que a relação se compõe: o lado passivo para designar o dever do devedor, isto é, o débito, ou o ativo para designar o direito do credor, isto é, o crédito; mais raramente é adotada para indicar a própria causa geradora da relação.

A obrigação para Orlando Gomes⁸⁹ é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra. A afirmação de que a obrigação constitui um vínculo jurídico não é redundante. Uma simples, mas não simplória conceituação é a apresentada por Álvaro Villaça Azevedo⁹⁰ em que:

Obrigação é a relação jurídica transitória, de natureza econômica, pela qual o devedor fica vinculado ao credor, devendo cumprir determinada prestação pessoal, positiva ou negativa, cujo inadimplemento enseja a este executar o patrimônio daquele para satisfação de seu interesse.

Desses conceitos iniciais, é possível visualizar um núcleo invariável das obrigações, ou seja, há a determinabilidade dos sujeitos, o caráter eminentemente patrimonial da prestação e a transitoriedade do vínculo jurídico. A obrigação *stricto sensu* é um dever jurídico específico e individualizado, que incide sobre pessoas determinadas ou determináveis, decorrente de uma relação jurídica (negócio jurídico). Trata-se de dever jurídico de prestação, particularizado e derivado da lei ou da autonomia privada. Acerca do tema, André Fontes⁹¹ diz que o dever jurídico é:

[...] a noção que individualiza o comportamento vinculado que o sujeito deve necessariamente ter para satisfazer o interesse de que é titular de direito subjetivo correspondente. Distingue-se da obrigação porque corresponde genericamente a qualquer situação passiva de uma relação jurídica patrimonial e relativa.

A obrigação possui uma característica bipartida, ou seja, há o *schuld* (débito) e o *haftung* (responsabilidade). Essa idéia surgiu com Alois Brinz, um romanista, e deste então tem sido alvo de críticas, mas muito citada pela doutrina

⁸⁹ GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 20.

⁹⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p.

⁹¹ FONTES, André. *A Pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 108.

acima exposta.

O débito tem como cerne a prestação a ser espontaneamente cumprida pelo devedor, em decorrência da relação de direito material originária. Seria o bem da vida solicitado pelo credor, consistente em um comportamento traduzido por um dar, fazer ou não fazer. É o direito do credor à prestação, como um poder jurídico de satisfação de seu interesse. Com o cumprimento exato da prestação há, via de regra, a extinção do direito em relação a ela, ou seja, dá-se o pagamento (meio direito de extinção das obrigações). Apesar de a existência de um direito à prestação, o credor não dispõe ainda do poder de exigir o cumprimento, mas tão somente, de uma expectativa de adimplemento por parte do devedor. Sendo certo que o devedor possui o dever específico de prestar, a fim de satisfazer o direito subjetivo alheio, o descumprimento ou o inadimplemento gera a responsabilidade do devedor.

É o que se espera nos negócios jurídicos hospitalares, ou seja, a pessoa que necessita de um serviço da instituição de saúde vai recebê-lo e, em contraprestação, deverá pagar a quantia realmente utilizada. Demonstra-se o caráter transitório da relação jurídica que se inicia com a entrada no hospital para tratamento e se encerra com o adimplemento da obrigação.

A responsabilidade patrimonial é a sujeição que recai sobre o patrimônio do devedor como garantia do direito do credor, derivada do inadimplemento do débito originário. Pela constrição dos bens do devedor, será concretizada a pretensão do credor, quando houver dano a seu direito material. Além disso, a regra contida no Art. 391 do Código Civil deve ser vista à luz de outras normas. Estabelece que “*pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor*”. Houve, nesse caso, um excesso por parte do legislador que deveria ter seguido a boa redação do Art. 591 do Código de Processo Civil e incluído a expressão “*salvo as restrições estabelecidas em lei*”, como é o caso, por exemplo, da Lei nº 8.009/90 que dispõe acerca da impenhorabilidade do bem de família.

Não mais se tem a figura da *Lex Poetelia Papiria*, que data de 428 a.C. e aboliu a execução sobre a pessoa do devedor, projetando-se a responsabilidade sobre seus bens, constituindo uma autêntica revolução no conceito obrigacional⁹².

⁹² PODESTÁ, Fábio Henrique. *Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 92.

A responsabilidade patrimonial não atua apenas na função de garantia contra eventual inadimplemento do dever obrigacional, detendo ainda um caráter coercitivo, pois constrange o devedor a satisfazer voluntariamente a prestação. Ou seja, além da tradicional tutela reparatória, não se pode negar a grande efetividade da tutela inibitória das obrigações, como modo de evitar a concretização de danos de uma parte à outra, impedindo-se a prática do ilícito contratual e a conseqüente produção de lesão ao direito subjetivo a um dos participantes da relação⁹³. Essa é a fase posterior ao inadimplemento do negócio jurídico hospitalar, em que a instituição de saúde deverá pleitear em juízo, por meio de ação de cobrança, o pagamento pelo serviço prestado. Se tal pedido não for prontamente cumprido pelo paciente (réu), haverá requerimento para a constrição judicial de bens que bastem para garantir o saldo da dívida.

A obrigação é vista como um processo⁹⁴; é uma série de atividades exigidas de ambas as partes para a consecução de uma finalidade, ensejando o adimplemento de maneira mais satisfatória ao credor e menos onerosa ao devedor. Isso resulta de outros deveres relativos às partes, além daqueles estabelecidos pela vontade, com a finalidade de permitir que a relação alcance o seu término de forma normal, impedindo-se uma das partes seja subjugada pela superioridade econômica do outro. A idéia de ser um processo impende à obrigação não somente o caráter singular de que há deveres somente a uma das partes, mas, trata-se de uma relação dinâmica em que se exige de ambas condutas no sentido de buscar o adimplemento.

Para Karl Larenz⁹⁵ a obrigação deve ser vista como uma relação complexa, formada por um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, compreendendo uma série de deveres de prestação, direitos e outras situações jurídicas. A obrigação é tida como um processo que desde o início se encaminha a uma finalidade: a satisfação do interesse da prestação. Essa concepção traz um novo parâmetro para as obrigações, já que desloca o foco para o interesse da prestação e não para o interesse puro e simples do credor. Há uma mudança de perspectiva, em que a tradicional subordinação do devedor ao credor é afastada,

⁹³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 16.

⁹⁴ *Ibidem*. p. 39.

⁹⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos-Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. p. 38.

ensejando o bem comum da relação obrigacional. No caso específico da relação jurídica hospital-paciente, objetiva-se sobremaneira a preservação das atividades da empresa que depende exclusivamente do pagamento por seus serviços prestados para honrar suas obrigações junto ao Estado, fornecedores e empregados.

As obrigações emanadas de negócios jurídicos são complexas, acrescendo-se às obrigações principais os chamados deveres anexos ou laterais, os quais são obrigações de conduta honesta e leal entre as partes, calcadas em deveres de proteção, informação e cooperação, a fim de que não sejam frustradas as legítimas expectativas de confiança dos contratantes quanto ao fiel cumprimento da obrigação principal derivada a autonomia da vontade. É possível afirmar que à autonomia da partes são adicionados deveres impostos pela boa-fé objetiva. A nova relação obrigacional traz em seu bojo o princípio da solidariedade que é a cooperação dos indivíduos para a satisfação dos interesses patrimoniais recíprocos, sem comprometimento da dignidade do credor e devedor⁹⁶. Tal princípio equivale, em interpretação conforme a Constituição Federal em instrumento adequado a atribuir a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas para exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a esta correspondentes⁹⁷.

A cláusula geral contida no Art. 421 do Código Civil⁹⁸ indica que a funcionalidade da relação obrigacional reside na preservação da harmonia de seus participantes. A intervenção da sociedade sobre o contrato será no sentido de estimular o adimplemento da obrigação, para o resgate da liberdade cedida em razão do contrato. Tendo em vista esse resgate da liberdade pode-se dizer que as obrigações são efêmeras, transitórias, terminando sua existência com o seu adimplemento, salvo as responsabilidades pós-contratuais⁹⁹.

Há a necessidade de se ultrapassar a análise externa da relação obrigacional e de penetrar em sua análise interna. A análise externa capta apenas a obrigação como um vínculo estruturado de forma abstrata, entre dois sujeitos que são vistos como pólos patrimoniais (credor e devedor), unidos por respectivos direitos e deveres. Já a análise interna vislumbra a concretização do adimplemento

⁹⁶ PODESTÁ, Fábio Henrique. op. cit. p. 42-61.

⁹⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 37.

⁹⁸ Art. 421 A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

⁹⁹ Cf. DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

do programa obrigacional. Para tanto, o fenômeno obrigacional deve ser examinado como uma totalidade, em que direitos, deveres, faculdades e ônus estão interligados. Não há mais espaço para uma tutela baseada em juízo de plana subsunção. Deve-se investigar as peculiaridades das pessoas que vivenciam a relação, a materialidade da hipótese e os diferentes graus de intensidade de atuação do ordenamento diante da riqueza de situações existenciais que concretamente são detectadas.

Pelo prisma do negócio jurídico, verifica-se que autonomia das partes perdeu o caráter absoluto que tinha no Código Civil anterior, já que o Estado Democrático de Direito requer uma constante ponderação entre a autonomia e o princípio da solidariedade, concretizados pelos princípios da boa-fé objetiva, função social e justiça negocial. Não se pode dizer que um sobrepõe de forma axiológica ao outro, o que é resolvido pela proporcionalidade no exame de cada caso concreto. Observa-se no negócio jurídico hospitalar a presença de uma obrigação, ou seja, há uma relação jurídica estabelecida entre duas partes, em que uma se obriga a prestar um serviço e receber por este e a outra a receber o serviço e a pagar por ele. O fato de o bem jurídico vida ser objeto dessa relação obrigacional não pode dar ensejo a que uma das partes não pague por um serviço que efetivamente utilizou e enriqueça ilicitamente à custa de outro, ainda que premido da necessidade de se salvar.

5.3 DO ADIMPLEMENTO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS HOSPITALARES

Verificada a obrigação sob os aspectos de seu conceito, particularidades e relação com o negócio jurídico, cumpre, primeiramente, verificar o que seja o adimplemento, para somente então, a partir de um conceito positivo esperado pelo ordenamento jurídico se tenha a sua excludente que se apresenta sob a forma do inadimplemento. Os princípios da eticidade, socialidade e operabilidade são solicitados neste momento do término da relação obrigacional.

As obrigações emanam de diversas fontes, e uma delas é o negócio jurídico. Sabe-se que a relação obrigacional é um processo complexo, como visto anteriormente, e o cumprimento do acordado é a finalidade buscada pelas partes, tendo sempre como norte os deveres gerais de conduta. O adimplemento é modo

direto de extinção das obrigações, ou seja, ele se dá com o pagamento (entrega ou restituição da coisa nas obrigações de dar), execução de uma atividade (obrigação de fazer) e se abster de praticar conduta (não fazer).

No caso do negócio jurídico hospitalar, há a transitoriedade, porque ninguém deseja ficar internado em um hospital *ad eternum*, sujeito a complicações e outros males de sua saúde, além de uma conta razoável ao final do tratamento. Cumpre ao ordenamento jurídico incentivar o cumprimento obrigacional, a fim de que o credor (hospital) satisfaça a utilidade que buscou por meio da relação, e o devedor (paciente) possa recuperar a liberdade temporariamente cedida em favor do contrato, preservando seus direitos fundamentais e até sua dignidade humana, como é o caso específico das relações ligadas à saúde das pessoas. Acerca da terminologia comumente utilizada, Judith Martins-Costa¹⁰⁰ aduz que:

[...] dentro do gênero 'extinção da obrigação' as palavras 'adimplemento', 'cumprimento' e 'pagamento' expressam, pois, a satisfação qualificada da prestação devida pelo devedor. [...] Mas não há dúvida que o adimplemento é a principal delas, o que advém, aliás, de circunstância de não existir relação obrigacional perpétua: as obrigações nascem para ser cumpridas, a transitoriedade é a sua característica, e o tempo, seu elemento natural.

O fim da relação é a satisfação dos interesses de ambas as partes, que certamente ocorrerá se preservada a boa-fé. Com efeito, o pagamento não se insere no plano de validade do negócio jurídico. Trata-se de ato-fato, que se contextualiza no plano de eficácia do negócio jurídico. É um equívoco, por exemplo, se falar em pagamento nulo ou validade do pagamento, pois o negócio jurídico não será invalidado em razão do descumprimento obrigacional. A validade é aferida após a verificação de todos os elementos da existência. Logo, se é válido, existe. E somente será eficaz se for válido e existir. Assim, pagamento não se invalida, mas é passível de repetição, restituição ou execução, comportamentos concretizados no plano da eficácia do negócio jurídico. A princípio, o devedor cumpre a obrigação quando realiza o objeto a que se vinculou.

Dadas as circunstâncias atuais que reportam a obrigação como um processo complexo, a noção de adimplemento também se mostra ampliada, para envolver o cumprimento da obrigação principal e dos deveres anexos, por meio da

¹⁰⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5. t.1. p. 82.

realização de um conjunto de interesses envolvidos na relação jurídica. A eticidade é aqui sintetizada no princípio da boa-fé objetiva, impondo uma atuação leal e honesta, no sentido de cooperação e informação entre as partes e que atenda à expectativa comum. A operabilidade pretende lhe dar medida, com base em uma maior ou menor carga de intensidade dos devedores, como é o caso da desigualdade material entre as partes e as circunstâncias do caso. Já a socialidade demonstra que a obrigação cumprida representa a exaltação do bem comum pelo cumprimento da função social inerente à obrigação.

No que se refere ao adimplemento do negócio jurídico hospitalar, verifica-se que este se dá nas mesmas bases de quaisquer outras relações obrigacionais, isto é, extinguindo-se com o pagamento pelo serviço prestado.

5.4 DO INADIMPLEMENTO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS HOSPITALARES

Aqui reside toda a motivação deste estudo, porque ao mundo jurídico interessa, também, como serão resolvidas as situações que fogem do esperado das partes, do que não é cumprido, do que gera conflito social e acaba tendo que ser resolvido pelo Estado, por meio de uma atuação jurisdicional. Em uma sociedade perfeita, afastar-se-ia a necessidade dessa intervenção estatal. O sistema jurídico seria inócuo em um ambiente completo e harmônico de cumprimento das obrigações em geral.

As normas que dispõem acerca do adimplemento existem, basicamente, para se verificar quais são as situações em que há uma conduta negativa da parte, já que essa é a patologia do instituto. Tampouco o Código Civil de 1916 quanto o de 2.002 trouxeram um conceito ou uma sinalização do que viria a ser o inadimplemento, também conhecido como inexecução ou descumprimento obrigacional.

Acerca do tema Agostinho Alvim¹⁰¹ escreveu obra específica em que traz importante informação:

¹⁰¹ ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3.ed. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965. p. 19.

Realmente, o Código, ali, parte do pressuposto de uma obrigação não cumprida, para disciplinar, unicamente, as conseqüências do não cumprimento. Ele não cogita do inadimplemento **em si**, mas, do que acontecerá, uma vez que isso se verifique.

Pode-se dizer que a inexecução seja simplesmente a não realização da obrigação, entendida esta no seu sentido de dever jurídico. O inadimplemento é uma fase não esperada das obrigações e a intervenção do Poder Judiciário será no sentido de evitar que se estabeleça a crise na relação jurídica ou, se inevitável, que seus efeitos não reduzam uma das partes à condição de subserviência dado o caráter de processo complexo, hoje, inerente à obrigação. Esse processo complexo também importa em perceber que há a admissão de um sentido sintético, relacionado exclusivamente a um dever específico. Todavia, deverá haver a abrangência dos deveres gerais de conduta que as partes devem guardar entre si.

Há, ainda, que se fazer distinção entre o inadimplemento e o mero descumprimento de dever jurídico. O primeiro é um descumprimento do dever jurídico qualificado pela pré-existência de relação obrigacional, mas de preceito individual, emanado do vínculo constituído entre as partes, já o segundo é a idéia de simples desrespeito a uma imposição de ordem geral.

A inexecução pode se dar de formas distintas com o descumprimento definitivo da obrigação (inadimplemento absoluto) ou simples retardamento (mora). Poderá ter caráter total quando a obrigação é totalmente descumprida, em toda a sua extensão ou caráter parcial quando a prestação é entregue apenas em uma de suas partes, falhando quanto ao restante.

5.4.1 Inadimplemento Absoluto

Este ocorre quando a prestação não for cumprida, nem poderá sê-lo. Nos dizeres de Ruy Rosado Aguiar Júnior¹⁰², apresenta-se sob três circunstâncias: a prestação que se tornou impossível; a prestação que se tornou inexigível pela alteração superveniente das circunstâncias e a prestação que, possível, não é mais

¹⁰² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. 2.ed. Rio de Janeiro: Aide, 2003. p. 94-95.

capaz de realizar os interesses objetivos do credor.

Pode ensejar a resolução do contrato e ser seu objeto convertido em perdas e danos, além dos juros, atualização monetária e honorários advocatícios, conforme Art. 389 do Código Civil¹⁰³. No caso específico das contas hospitalares, o inadimplemento absoluto se dá quando o paciente, após ter recebido todo o tratamento necessário para retirá-lo da necessidade de se salvar, deixa o hospital ser arcar com as despesas do atendimento. Ao hospital cabe a via judicial de uma ação de cobrança com o intuito de receber por seu serviço, caso o paciente não tenha ajuizado demanda visando a anulabilidade do negócio jurídico pela excessiva onerosidade. Caso essa última demanda venha a ser julgada procedente, o hospital nada receberá e deverá arcar com o prejuízo, já que o negócio jurídico foi inválido, solução esta demasiadamente prejudicial à preservação da empresa. O hospital como entidade privada que é não pode prestar um serviço e por ele não receber e é nesse sentido a decisão¹⁰⁴ do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Ementa: APELAÇÃO. Ação de cobrança. Prestação de serviços médico-hospitalares. Ausência dos pressupostos subjetivos (necessidade de salvar-se e dolo de aproveitamento) e objetivo (onerosidade excessiva) do estado de perigo (CC/02, art. 156). Validade do negócio jurídico. O fato de a apelada atuar no mercado relacionado à saúde não a obriga a prestar serviços de forma gratuita, cujo dever é do Estado. Os réus tinham conhecimento de que a internação se deu em caráter exclusivamente particular, o que por eles foi aceito. Despesas reconhecidas pela prova técnica, cujo valor foi apurado em R\$ 21.916,20, não configurando superfaturamento. Desprovimento do recurso. (Apelação Cível nº 2008.001.29035. Segunda Câmara Cível, Relator: Jesse Torres, Julgado em 25/06/2008).

Para que haja a configuração do inadimplemento absoluto existem três circunstâncias: a impossibilidade, a inexigibilidade e a extinção dos interesses do credor.

O primeiro ocorre quando esta não for realizável, seja em razão de condições físicas ou jurídicas. Pode preceder a constituição da relação jurídica obrigacional, denominada originária, ou posterior a ela, denominada superveniente.

¹⁰³ Art. 389 Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

¹⁰⁴ Íntegra da decisão em Anexos.

Importante informação para o presente estudo traz Jorge Cesa Ferreira da Silva¹⁰⁵:

Na maioria dos ordenamentos da Família Romano-Germânica, regimes completamente distintos são conectados a cada uma: a impossibilidade originária conduz à invalidade do negócio jurídico, sendo matéria tratada, portanto, na parte geral; já a impossibilidade superveniente configura hipótese de inadimplemento, sendo objeto das normas ora analisadas. O direito brasileiro seguiu esse modelo, sustentado no pressuposto de que ninguém pode obrigar-se a realizar o irrealizável, razão pela qual a impossibilidade originária fundamenta a invalidade (Art. 166, II). Por essa razão, todas as demais referências se dirigirão à impossibilidade superveniente.

Ela radica naquelas situações em que a obrigação atende ao plano genético da validade, mas perde a sua eficácia na constância da relação jurídica. De qualquer maneira, para se pensar em inadimplemento e em suas conseqüências patrimoniais, tem-se de associar a culpa do devedor à idéia de impossibilidade superveniente¹⁰⁶.

Na obrigação jurídica hospitalar há uma impossibilidade originária, eis que evada de vício de consentimento, caso reste configurado em seus pormenores o estado de perigo. À primeira vista, pode parecer que se o negócio, realizado no momento da entrada do paciente no hospital, não dispuser a quantia a qual deverá pagar ficaria este negócio adstrito ao âmbito do plano de existência, faltando as circunstâncias negociais. Pelo que demonstra o Código Civil, essa situação específica o ultrapassa e atinge o plano de validade, já que a vontade existe, mas ocorreu sob vício.

A perspectiva legislativa foi o vício de consentimento, afastando os demais requisitos do negócio jurídico descritos no Art. 104 do Código Civil. E, nesse caso, não há que se falar em impossibilidade superveniente porque o inadimplemento não é culposo. Ou o negócio jurídico é mesmo inválido e não surte efeitos, ou há vontade deliberada em inadimplir a obrigação, causando efeitos no plano de eficácia.

O segundo decorre da alteração posterior das circunstâncias. A prestação se mantém realizável, ainda que o conteúdo do vínculo tenha se alterado, além de não gerar o inadimplemento absoluto desde logo. Nesse caso, não se

¹⁰⁵ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 36.

¹⁰⁶ FARIAS; ROSENVALD, op. cit., p. 392.

poderia exigir simplesmente do devedor que realizasse a prestação tal como foi contratado em face das mudanças posteriores. Também não atenderia aos interesses do credor uma extinção contratual. A melhor solução para o caso seria a revisão do negócio, em que as partes ou o juiz buscarão melhor adequação do pacto às novas circunstâncias, conforme Art. 317 do Código Civil¹⁰⁷. Essa hipótese é o que ocorre nos contratos consumeristas que têm sua execução diferida no tempo, no qual as circunstâncias negociais podem se alterar ao longo da vigência do contrato.

O terceiro ocorre depois da não realização da prestação no momento devido, podendo ocorrer que a prestação não supra mais as necessidades do credor. O interesse do credor já não mais existe em face da infração do combinado, da completa perda da necessidade e utilidade da coisa, do que decorre o inadimplemento absoluto nos termos do Art. 395 do CC¹⁰⁸. Quanto ao hospital não há que se falar em extinção de seus interesses em receber, porque, caso assim proceda terá instabilidade de suas contas, afetando sobremaneira a função social da empresa.

A irreversibilidade do descumprimento da obrigação no inadimplemento absoluto faculta ao credor o direito potestativo de resolver judicialmente o negócio jurídico. Sabe-se que a resolução é um fenômeno que se vincula aos contratos. Os contratos não passam de uma soma de obrigações definidas em categorias específicas de negócios jurídicos. É comum que da extinção da obrigação, decorra a resolução, submetendo a outra parte à desconstituição da relação jurídica, em virtude de fatos posteriores à contratação.

A relação jurídica estabelecida atende inicialmente aos planos de existência, validade e eficácia, sendo atingida de forma superveniente na sua eficácia, dado o descumprimento da prestação, de modo a lesar uma das partes, a qual buscará a resolução pela via judicial, com fulcro no Art. 475 do Código Civil¹⁰⁹. O sistema processual é direcionado ao princípio da efetividade. O intuito é conceder ao jurisdicionado tudo aquilo que desejava obter da outra parte e não conseguiu naturalmente.

¹⁰⁷ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quando possível, o valor real da prestação.

¹⁰⁸ Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

¹⁰⁹ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Ao invés de se liberar da relação, requerendo a resolução do contrato e exigindo uma prestação substitutiva de perdas e danos, poderá o credor entender que a prestação ainda é interessante e economicamente viável, pleiteando junto ao órgão judicial tutela específica, como as ações de execução ou monitória referentes à obrigação de dar.

No negócio jurídico hospitalar, se o juiz entender pela anulação porque realizado em estado de perigo ele completará o plano de existência, mas esbarrará no plano de validade, não chegando sequer a atingir a eficácia esperada. Neste caso, sequer poder-se-á falar que a obrigação foi devidamente constituída, ensejando prejuízo imensurável ao hospital, já que o magistrado procederá à anulabilidade do negócio. Por outro lado, se o juiz entender que não resta configurado o defeito do negócio jurídico, ele ultrapassa a validade e atinge os efeitos esperados, dando guarida à instituição de saúde quanto às ações cabíveis para exigibilidade de seu crédito pela impossibilidade superveniente a qual se encontra albergada pelo plano da eficácia. Dar-se-á então a mora por parte do devedor.

5.4.2 Inadimplemento Relativo ou Mora

A mora pode ser caracterizada como o imperfeito cumprimento de uma obrigação, tanto pelo devedor (*mora solvendi*) quanto pelo credor (*mora accipiendi*). Ainda que haja falha no adimplemento da obrigação, ela poderá ser cumprida. Não se pode entendê-la única e exclusivamente como demora no pagamento, mas relativa a qualquer situação em que a prestação avençada não é cumprida de forma exata. Para Judith Martins-Costa¹¹⁰:

[...] se toda relação obrigacional está ordenada em função do cumprimento é porque este constitui o momento no qual se realiza o interesse do credor, tendo o devedor realizado a conduta concretamente devida, que é aquela lícita, válida, possível, determinada ou determinável (art. 166. II), útil ao credor (art. 395, parágrafo único, a contrário), conforme ao seu fim econômico-social,

¹¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 5, t.1. p. 66.

à boa-fé e aos bons costumes (art. 187), realizando-se no lugar, tempo e forma que a lei ou a convenção estabelecer (art. 394).

Verifica-se a impossibilidade transitória de satisfazer a obrigação. Em qualquer caso, da imperfeição culposa no pagamento decorre o inadimplemento relativo em solvê-la. Ao estudo em tela, interessa a mora do devedor, ou mais precisamente a mora do paciente no caso do pagamento parcial da dívida junto ao hospital.

Para a configuração da mora do devedor, devem-se preencher dois requisitos: em primeiro lugar, a imperfeição no cumprimento da obrigação, não sendo somente ligado ao tempo do pagamento, podendo ser admitido o cumprimento defeituoso relativo a quaisquer requisitos do negócio jurídico; e, em segundo lugar, a culpa do devedor, em que é lícito imputar responsabilidade ao devedor, se o atraso no cumprimento da obrigação decorrer de inobservância a um dever objetivo de cuidado, em regra geral, uma negligência em atender tempestivamente ao débito contratual (Art. 396 do Código Civil¹¹¹).

O devedor arcará com as perdas e danos decorrentes do inadimplemento, que compreendem, conforme o Art. 402¹¹² e o Art. 403¹¹³ do Código Civil, os danos emergentes e lucros cessantes decorrentes de forma direta e imediata do atraso. O direito às perdas e danos não afasta o pedido de juros legais, ainda que não estipulados pelas partes. Nesse caso, será aplicada a taxa que estiver em vigor para a mora de pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (Art. 406 do Código Civil¹¹⁴). Além disso, podem ser somados a correção monetária que resulta da simples recomposição derivada da depreciação da moeda e os honorários de advogado, caso haja intervenção de um.

Se a prestação ainda puder ser paga, e interessante ao credor, o que é o caso dos negócios jurídicos hospitalares, que geralmente se resolvem com pagamento em dinheiro, poderá o devedor purgar a mora, ou seja, fazer desaparecer o estado de atraso no cumprimento da obrigação. O devedor deverá

¹¹¹ Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

¹¹² Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

¹¹³ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

¹¹⁴ Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para do pagamento de impostos devidos.

oferecer ao credor a prestação originária acrescida da eventual importância das perdas e danos, consistente nos prejuízos verificados até a data da oferta, de acordo como Art. 401, I do Código Civil¹¹⁵. Se o pagamento tiver sido parcial, caberá ao devedor oferecer o restante mais as perdas e danos. É quando há a hipótese aventada do pagamento parcial das contas hospitalares. Se houver o pagamento parcial, tacitamente se confirma o negócio jurídico afastando a possibilidade de anulabilidade, conforme o Art. 174¹¹⁶ do CC, passando o negócio ao plano de eficácia. Portanto, o valor restante da obrigação poderá ser exigido como qualquer outra obrigação comum, acrescido de atualização monetária, juros legais ou os convencionados, e se houver, honorários advocatícios.

5.5 A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITADORA AO PAGAMENTO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS HOSPITALARES PELO ESTADO

Neste capítulo, tratar-se-á de questão de suma importância quando da análise do papel estatal frente à demanda social por saúde havendo condenação judicial para tanto, quais as normas pertinentes ao limite orçamentário para realização dessa demanda e qual a margem de atuação do administrador público na aplicação desses recursos.

A adoção de um modelo econômico liberal afeta a sociedade como um todo, inclusive em relação à distribuição de direitos sociais; isto é, atinge a população das camadas mais baixas, o Poder Judiciário frente às inúmeras demandas pleiteando tais direitos e o Estado que é o responsável pela implementação das políticas públicas. A Constituição Federal de 1.988 não delimitou a atuação do Poder Judiciário, isto é, não limitou o conteúdo das matérias acerca das quais poderia decidir, impondo-lhe toda e qualquer apreciação dos pedidos da população, o que em muitos casos, faz substituir a função do executivo quanto à destinação de recursos públicos ao atendimento à saúde. Para tanto, basta observar que as decisões do próprio Poder Judiciário não são pacíficas quando se trata de

¹¹⁵ Art. 401. Purga-se a mora: I – por parte do devedor, oferecendo este a prestação mais a importância dos prejuízos decorrentes do dia da oferta.

¹¹⁶ Art. 174. É escusada a confirmação expressa, quando o negócio já foi cumprido em parte pelo devedor, ciente do vício que o inquinava.

decidir acerca do controle por ele exercido nas políticas públicas.

O ponto crucial é que a democracia não se mostra suficiente para a sociedade brasileira por dois motivos: a proximidade entre o Estado e as instituições privadas quando o assunto é decidir acerca da implementação de políticas públicas e o fato de o cidadão estar alheio a estas decisões¹¹⁷. Nesse sentido, o Poder Judiciário é provocado a decidir acerca de casos individuais, ficando a coletividade descoberta por tais decisões. O Estado é então condenado a suprir a necessidade específica de uma pessoa, como é o caso em que há a obrigatoriedade de pagamento de uma conta hospitalar em que o cidadão que fora internado não adimpliu o contrato. Sob o manto de que a saúde é dever do Estado¹¹⁸ e as instituições privadas poderão participar da assistência à saúde de forma complementar¹¹⁹, surgem decisões judiciais de que quando essa obrigação se torna excessivamente onerosa, o poder público, via SUS (Sistema Único de Saúde) arque com as despesas do paciente, já que a presença do particular, via de regra, somente teria autorização constitucional para atuar quando o serviço prestado pelo ente público não fosse suficiente.

A seguinte decisão¹²⁰ é nesse sentido:

EMENTA: HOSPITAL — PACIENTE EM ESTADO DE SAÚDE GRAVE — ASSINATURA DE CONTRATO PELO ACOMPANHANTE — VÍCIO DE CONSENTIMENTO — MÁ-FÉ — OCORRÊNCIA — DANOS MORAIS - MEROS ABORRECIMENTOS — INEXISTÊNCIA DE DANO EFETIVO. (TJMG – 15ª Câm. Cív. AP. CV. 491776-8. 05.05.2005).

Essa solução judicial afirma que o contrato firmado deve ser anulado em face do vício de consentimento e o hospital deverá pleitear junto ao SUS o ressarcimento das despesas ocorridas. Percebe-se nesta decisão que se o contrato for anulado, restituir as partes ao *status quo ante*, não podendo o hospital pleitear junto ao poder público o pagamento de um contrato que foi declarado nulo. Provimentos como este são temerários, conquanto poderá haver a abertura de um precedente para que as pessoas que necessitam de atendimento urgente cheguem a um hospital como é o Albert Einstein em São Paulo, por exemplo, sejam atendidos

¹¹⁷ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 27.

¹¹⁸ Art. 196 da Constituição Federal de 1.988.

¹¹⁹ Art. 199, § 1º da Constituição Federal de 1.988.

¹²⁰ Íntegra da decisão nos Anexos.

e depois não paguem pelo atendimento, alegando estado de perigo e o pagamento da conta seja repassado ao poder público. Se o poder público arcar com todas as despesas que lhe são imputadas, infelizmente, o sistema de saúde estará comprometido, por não haver previsão orçamentária para tal.

Contribuiria para isso, o projeto de lei nº 5788/05¹²¹, de autoria do Deputado Carlos Nader, em que o hospital particular deveria dispor porcentagem de seus leitos, inclusive de tratamento intensivo, para que fossem atendidos pacientes do SUS encaminhados por médico conveniado à rede pública, devendo o hospital receber de acordo com a tabela SUS. Se isso se concretizasse, a destinação desses recursos públicos faltaria, por exemplo, para a compra de contraceptivos nos postos de saúde. Em contrapartida, cabe ao Poder Judiciário zelar pelos direitos fundamentais do cidadão, por meio do controle das ações e omissões do Estado, resguardando a dignidade da pessoa humana e protegendo o bem jurídico “vida”. Não pode o juiz, diante de demanda individual, integrar o pólo ativo e decidir dar a tutela à toda a coletividade, dado que ele age somente quando provocado, ou seja, deve respeitar o princípio dispositivo¹²² que orienta o processo civil brasileiro. O processo previsto na legislação processual baseia-se nesse princípio no Art. 2º em que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”.

Inevitavelmente o Poder Judiciário, dentro de suas funções constitucionais, atua no sentido de controlar atos dos Poderes Legislativo e Executivo no que se refere ao controle da implementação das políticas públicas que,

¹²¹ Ver anexo. O referido Projeto de Lei está arquivado conforme Art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, desde 22 de fevereiro de 2008.. *Art. 105. Finda a legislatura arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as: I – com pareceres favoráveis de todas as comissões; II – já aprovadas em único turno, em primeiro ou segundo turno; III – que tenham tramitado pelo Senado ou dele originárias; IV – de iniciativa popular; V – de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República. Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.*

¹²² O princípio dispositivo é aquele segundo o qual cabe à parte, isto é, àquele que se diz titular do direitos que deve ser protegido, colocar em movimento a máquina estatal (isto é, a estrutura do Poder Judiciário), para que dela obtenha uma concreta solução quanto à parcela da controvérsia, ou do conflito (a essa parcela se denomina lide) trazida a juízo. Na esfera do direito processual civil, o Poder Judiciário é absolutamente inerte, só se manifestando (em amplo sentido) mediante solicitação (=provocação) do interessado. ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luis Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*; teoria geral do processo e processo de conhecimento. 4. ed. São Paulo: RT, 2002. v.1. p. 71.

conforme Eduardo Appio¹²³ consiste:

[...] na utilização de instrumentos cogentes de intervenção do Estado na sociedade, motivo pelo qual o Estado-providência representa – no inconsciente coletivo da comunidade jurídica – seu maior símbolo, e a redução do papel do Estado na direção da sociedade é sintomático da derrocada do Estado-providência.

Essa salutar intervenção só é possível no Estado Democrático de Direito, em que deve haver uma justificativa social para tal comportamento jurisdicional. Viver sob essa égide, indica que os poderes políticos (legislativo e executivo) sempre pautam, ou ao menos deveriam pautar, suas condutas em razão da vontade da maioria da população que os elegeu e acenaram positivamente ao plano de governo apresentado pelos candidatos. Por meio desse processo, se confere autoridade à Administração Pública para dispor de receitas públicas, escolhendo quais as áreas de destinação que entende mais adequadas à satisfação das necessidades sociais. Para Habermas¹²⁴, essa deve ser a atuação do Poder Judiciário, já que os programas legais dependem de uma concretização para o desenvolvimento do direito, obrigando-o a tomar decisões entre os espaços que surgem na legislação e na aplicação do direito:

O fato dessa legitimação suplementar poderia ser assumido pela obrigação de apresentar justificações perante um fórum judiciário crítico. Isso seria possível através da institucionalização de uma esfera pública jurídica capaz de ultrapassar a atual cultura de especialistas e suficientemente sensível para transformar as decisões problemáticas em foco de controvérsias públicas.

Cabe ao Poder Executivo atribuições no sentido de exercer escolhas pertinentes aos rumos políticos da nação, além de estabelecer prioridades, que áreas mais carentes serão atendidas primeiramente com a devida destinação dos recursos públicos necessários. Não raras são as vezes em que o universo de verbas públicas é restrita às crescentes necessidades sociais; e, ao promover a implementação das condições para a efetivação dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, o administrador público pretere um grupo a outro, um indivíduo a outro. Ainda que esses direitos vinculem o administrador, subsistem

¹²³ APPIO, Eduardo, op. cit. p. 134.

¹²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2, p. 183.

limites fáticos que impossibilitam a satisfação de todas as necessidades.

Para atuar, o Estado precisa realizar despesas e a arrecadação precisaria aumentar em igual proporção, o que muitas vezes se torna inviável frente à capacidade contributiva dos que pagam tributos. Partindo dessa idéia, faz-se mister apresentar uma breve estruturação do orçamento público e dos poderes vinculado e discricionário que orientam as destinações de erário às políticas públicas. Primeiramente, toma-se a lição de Giuliano Founrauge citado por Régis Fernandes de Oliveria e Estevão Horvath, que esclarece acerca do orçamento a evolução de idéias da função do Estado na atividade econômica, deixando de ser mero documento de caráter administrativo e contábil para se tornar instrumento mediante o qual o Estado atua sobre a economia¹²⁵. Pode-se afirmar que há quatro aspectos a ser levados em consideração: o político, motivado pelos aspectos sociais, indica a aplicação das verbas públicas; o econômico, em que há manifestação da atualidade econômica; o técnico, apresentação de receitas e despesas e, por fim, o jurídico, respeitando as normas do ordenamento vigente. O orçamento é instrumento de ação do Estado, ou seja, por ele se delineiam os contornos da intervenção estatal no domínio econômico.

O surgimento do estado do bem-estar social (*welfare state*) trouxe nova dinâmica à aplicação dos recursos públicos, na medida em que lhe atribui o papel de intervenção positiva na concretização das políticas públicas. Mostra-se acentuada essa posição no atual governo federal em que há deslocamento de verbas para ações de caráter social, como o fome zero, bolsa-família e outros programas de cunho inclusivo. Com isso, o orçamento vai perdendo seu caráter meramente fiscal, de abastecimento dos cofres públicos e passa a ter, também, caráter parafiscal, de realizar determinadas condutas e soluções em prol da coletividade.

O orçamento público constante na Constituição Federal de 1988 é um importante instrumento governamental que visa trazer desenvolvimento social, econômico e político ao País. Há três leis orçamentárias, todas de iniciativa do Executivo, conforme o Art. 165 da CF que orientam a aplicação dos recursos públicos: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei

¹²⁵ FOUNRAUGE, Giuliano. *Derecho financiero*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma. p. 125. apud HORVATH, Estevão; OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Manual de direito financeiro*. 6.ed. São Paulo: RT, 2003. v. 1. p. 95-96.

Orçamentária Anual (LOA). O primeiro define o planejamento das atividades governamentais, limita as despesas de capital, as delas decorrentes e as relativas aos programas de duração continuada.

De acordo com o Art. 12 e parágrafos da Lei nº 4.320/64, as despesas de capital constituem-se nos investimentos, nas inversões financeiras e nas transferências de capital. Os investimentos são as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro (§ 4º). As inversões financeiras destinam-se à aquisição de imóveis ou bens de capital já em utilização, à aquisição de títulos representativos do capital das empresas ou entidades de qualquer espécie, já constituídas, quando a operação não importe aumento do capital, e à constituição ou aumento do capital de entidades ou empresas que visem a objetivos comerciais ou financeiros, inclusive operações bancárias ou se seguros (§ 5º). Por fim, transferências de capital são dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, constituindo-se em auxílios ou contribuições (§ 6º). O objetivo dos planos plurianuais é o de “reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional”, conforme o Art. 165, § 7º da CF.

O segundo é lei anual, já que o § 2º do Art. 165 da CF menciona em seu texto “despesas de capital para o exercício financeiro subsequente”. Ela deve traçar regras gerais para aplicação ao plano plurianual e também aos orçamentos anuais; metas e prioridades que deverão constar do plano plurianual. Disporá, inclusive, acerca das alterações na legislação tributária e das limitações de empenho o qual é obrigação de pagamento por parte do poder público decorre de lei ou de contrato. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles¹²⁶ diz que ele é “operação de caráter contábil, visando à reserva de numerário para o pagamento da despesa comprometida, dentro da dotação específica”. O que a lei veda não é o pagamento que decorre do empenho, mas a assunção de novas obrigações, não podendo realizar operações de crédito que ultrapassem a reserva do possível. O não

¹²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 222.

cumprimento dessa determinação atinge os limites estabelecidos na LC 101/00, Lei de Responsabilidade Fiscal.

Outro dispositivo importante é o Art. 77 do ADCT, introduzido pela EC n. 29/2000 que destina recursos próprios para as ações e serviços públicos de saúde, instituindo verdadeira exceção ao princípio da não vinculação orçamentária. Os recursos provenientes da União, Estados e Municípios seriam geridos por um Fundo de Saúde até o ano de 2004 e posteriormente, deveria ser editada lei complementar, conforme o estabelecido no Art. 198 da CF. Na ausência de tal lei, prevalece o disposto no Art. 77 do ADCT por prazo indeterminado.

O terceiro compreende o orçamento fiscal (relativo à receita e despesa) de todos os poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, conforme o Art. 165, § 5º, I da CF.

A Constituição Federal teve como objetivo dar previsibilidade e segurança da destinação dos gastos públicos. E essas três leis citadas são essa exteriorização na conduta dos governantes; há o dever de vinculação do que fora determinado pela lei e da conseqüente ação estatal. No que se refere às políticas públicas de saúde, ainda que o Art. 77 do ADCT estabeleça uma exceção ao princípio da não-vinculação orçamentária, as normas têm geralmente caráter geral e abstrato, ou seja, são editadas de forma a prever determinada verba para ações gerais de saúde. Não há destinação específica de valor específico para, por exemplo, compra de soro a ser usado no ambiente hospitalar. O que há é a destinação de parte do orçamento público para atender às necessidades com saúde e cabe ao administrador verificar quais são elas, conforme dispõe a EC 29/2000 e a Resolução nº 322, de 08 de maio de 2003, do Conselho Nacional de Saúde¹²⁷, na qual devem os estados aplicar 12% de sua arrecadação.

Inserese, nesse contexto, os poderes vinculado e discricionário: o primeiro é um dever da administração pública, ou seja, ela só pode atuar dentro da vontade da lei e em função dela; no segundo, há uma liberdade de atuação por parte do administrador, podendo valorar a oportunidade e conveniência quanto ao seu motivo e, sendo o caso, escolher o seu conteúdo, dentro dos limites legais. O poder vinculado é utilizado mesmo nos atos discricionários, quanto aos elementos

¹²⁷ Íntegra da Resolução 322/03 nos Anexos.

vinculados destes, a competência, a finalidade e a forma¹²⁸.

A destinação dos dinheiros públicos tem gerado insatisfações individuais e coletivas, principalmente no que se refere ao direito à saúde, o que, não raras vezes, tem provocado a atuação do Poder Judiciário. Duas questões são apontadas por Maria Paula Dallari Bucci¹²⁹ quando fala do que chama de “justiciabilidade das políticas públicas”. A primeira é a possibilidade de provimento jurisdicional, pelos indivíduos ou pelo Ministério Público, com o objetivo de obter a execução concreta de políticas públicas e a segunda é o mecanismo do qual o Poder Judiciário pode provocar a execução dessas políticas.

Percebe-se que dos artigos e obras bibliograficamente referenciados ao final, há a tendência de se defender a não-intervenção judicial posto tratar-se de atuação discricionária do administrador público na aplicação das leis orçamentárias. A discricionariedade mostra-se como limite à intervenção do Poder Judiciário. Se há a correta destinação do orçamento para atender à saúde cumprindo todos os preceitos do ato vinculado, não estaria autorizado o magistrado a decidir qual área deveria ser coberta por essa verba, já que essa função é discricionária do administrador público. Verifica-se que caso seja destinada verba pública, por exemplo, para cirurgias plásticas de cunho privativamente estético em detrimento à compra de remédios que garantam a vida de pacientes transplantados renais, poderia o magistrado decidir com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no que se refere à destinação dos gastos públicos. Segundo informa Marcelo Novelino¹³⁰, há países em que um termo é usado no lugar do outro sem que haja diferença em seu significado:

No direito anglo-saxão, fala-se em *razoabilidade*, ao passo que a doutrina germânica prefere *proporcionalidade*. Por essa razão, o termo empregado pode variar conforme a influência do autor, sem que haja qualquer distinção quanto ao seu conteúdo ou finalidade.

No Brasil, Humberto Ávila afirma que se no postulado da proporcionalidade existe uma relação de causalidade entre meio e fim, no da razoabilidade a correlação é entre o critério distintivo utilizado pela norma e a

¹²⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 380-387.

¹²⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. 272-273.

¹³⁰ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Método, 2008. p. 79-80.

medida por ela adotada¹³¹. Apesar de não estar expresso, este postulado pode ser deduzido de outras normas constitucionais; se torna exigível em virtude do caráter substantivo que deve ser atribuído à cláusula do devido processo legal (Art 5º, LIV), conforme entendimento predominante na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF)¹³².

A aplicação conjugada dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade significa examinar, por um lado, se os fatos concretos, que ensejam, principalmente, a conduta da administração pública, ostentam motivos razoáveis e, por outro, se a medida administrativa implementada pelo agente público é, além de pertinente aos motivos que a geraram, adequada ou suficiente para o atendimento efetivo do fim público (resultado prático de interesse da sociedade), objetivado pela norma jurídica; necessária ou exigível para alcançá-lo; e proporcional ao binômio benefício e ônus para a coletividade. Em relação ao requisito da necessidade ou exigibilidade, ensina José Joaquim Gomes Canotilho¹³³ que:

[...] dada a natural relatividade do princípio, a doutrina tenta acrescentar outros elementos conducentes a uma maior operacionalidade prática: (a) a necessidade material, pois o meio deve ser o mais “poupado” possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; (b) a exigibilidade espacial aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; (c) a exigibilidade temporal pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coativa do poder público; (d) a exigibilidade pessoal significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas, cujos interesses devem ser sacrificados.

Razoabilidade e proporcionalidade são aferidos em função de outros princípios constitucionais e, principalmente da realidade, do contexto em que se dá a atuação administrativa, segundo *standarts* ou padrões de comportamento vigentes na sociedade na ocasião de sua prática. São comumente utilizados para exame e limitação do juízo discricionário do agente público e das ações administrativas dele decorrentes, sendo consideradas exorbitantes aquelas que se originaram de motivos irrazoáveis ou que, segundo o senso normal, são desproporcionais às necessidades

¹³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 102-111.

¹³² Acerca do tema ver julgado Recurso Extraordinário nº 374.981, STF – Min. Celso de Mello, publicado no Diário da Justiça em 08.04.2005.

¹³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, op. cit. p. 383.

administrativas, ou ao resultado de interesse público que se pretende alcançar¹³⁴.

No que se refere às decisões judiciais, estes princípios também são norteadores da fundamentação do juiz. Verifica-se que o devido processo legal busca um julgamento razoável (adequado, sensato, aceitável) e proporcional (compatível, apropriado, não excessivo) aos fatos ou motivos que o ensejaram. Deve haver adequação, necessidade e a denominada proporcionalidade em sentido estrito¹³⁵. Há a primeira entre meios e fins, quando as medidas adotadas são aptas para se alcançar os objetivos almejados. Este controle apresenta maiores dificuldades quando se refere à finalidade das leis, em razão da liberdade do legislador. A segunda exige que o meio utilizado para se atingir um determinado fim seja o menos oneroso possível. A terceira está vinculada à verificação do custo-benefício da medida, aferida por meio de uma ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. A interferência no direito dos cidadãos somente se justifica se o benefício trazido for maior que o ônus imposto¹³⁶; meio e fim são equilibrados mediante ponderação, para que sejam pesadas as desvantagens do meio em relação às vantagens do fim.

As restrições atinentes à efetivação dos direitos fundamentais sociais são pautadas pelo o que o Tribunal Constitucional Alemão denominou de cláusula da reserva do possível (*Numerus Clausus*). Esse estudo foi realizado por Ingo Wolfgang Sarlet¹³⁷ e surgiu com uma demanda ajuizada por estudantes que queriam estudar em escolas de medicina nas cidades de Hamburgo e Munique, devido à limitação de vagas nos cursos superiores em 1960. Na decisão, houve o entendimento de que o direito à prestação positiva invocado pelos estudantes no artigo 12 da Lei Fundamental da Alemanha, encontrava-se sujeito à reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode esperar, de maneira racional, da sociedade. Para o autor, ainda que o estado disponha de recursos e tendo poder de os dispor, não há que se falar em uma obrigação de prestar algo que fuja aos limites do razoável. A prestação pretendida deve guardar correspondência ao que o indivíduo pode exigir de forma razoável da sociedade.

¹³⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 45-46.

¹³⁵ Acerca do tema ver ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 111 e ss.

¹³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. Fundamentos de uma dogmática transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 208-209.

¹³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 265.

O Poder Judiciário brasileiro¹³⁸, ao se utilizar dessa teoria, não considera somente o princípio da razoabilidade, mas atribuiu-lhe caráter financeiro quando considera como limite à efetivação dos direitos fundamentais sociais a insuficiência de recursos públicos e a previsão orçamentária da respectiva despesa, como explanado acima quando se tratou das leis orçamentárias. Ainda segundo o autor¹³⁹:

[...] constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito.

Nessas circunstâncias, há que se respeitar os limites orçamentários do Estado, o qual não pode gastar mais do que arrecada. Contudo, ainda que haja discricionariedade do administrador público na destinação das verbas à saúde, há que se albergá-la sob a égide da proporcionalidade e da razoabilidade, o que torna a participação do Poder Judiciário cabível na aferição desses critérios.

5.6 O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA HOSPITALAR, A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E A SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS

No item anterior verificou-se a importância da reserva do possível quanto à destinação do orçamento público para a efetivação dos direitos fundamentais sociais e o papel do Poder Judiciário nestas questões, inclusive proferindo decisões nos sentido de atribuir o pagamento das despesas hospitalares ao SUS quando o paciente ou seu familiar não o fizer. Sob esse prisma é que se

¹³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF nº 45. Partido da Social Democracia Brasileira e Presidência da República. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 13 maio 2007.

¹³⁹ Ibidem. p. 286.

insere a busca pela preservação da empresa. Não só aquela financeira, mas principalmente a função social que lhe é inerente.

Nesse contexto é que se insere a busca pelo pleno emprego, garantida pelo Art. 170 da CF quando trata dos princípios da ordem econômica. Esse princípio, segundo Alfredo Assis Gonçalves Neto¹⁴⁰, tem estreita ligação à preservação ou manutenção da empresa. Segundo ele, ainda que haja sacrifício de outros direitos dignos de tutela jurídica, deve-se optar pela continuidade da prestação dos serviços em detrimento da paralisação das atividades empresariais, como se tem visto nos processos de recuperação judicial. Na realidade, a Constituição Federal alberga a proteção à função social da propriedade, no Art. 170, III; todavia, com a funcionalização¹⁴¹ do Estado contemporâneo, há o deslocamento das tutelas até então exclusivamente individuais para o campo dos interesses sociais por intermédio do dirigismo contratual. Se a empresa consubstancia a noção contemporânea da propriedade, deve também atender, frente à força de princípio constitucional, à uma função social, visando gerar benefícios não só a seus titulares, mas inclusive a terceiros, como os trabalhadores, fornecedores, consumidores e ao Estado, em razão do recolhimento de tributos. Nesse sentido, Jussara Suzi Assis Borges Nasser preleciona que a função social pode ser entendida como atividade transcendente que se separa do interesse individual e se volta ao interesse social; considerada como princípio constitucional que limita direitos, buscando a realização do bem comum¹⁴².

A Constituição Federal de 1988 primou pela redução das desigualdades sociais ao trazer em seu bojo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e ao prever na ordem econômica a função social trouxe mais um elemento para a efetivação da igualdade. A função social da empresa guarda estreita relação com a função social do contrato e com a função social da propriedade na medida em que em todas as suas relações a empresa se utiliza de contratos (venda de mercadorias, contratação de empregados, compra de matérias-primas) para alavancar sua atividade e também se utiliza de uma propriedade já que

¹⁴⁰ GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. *Apontamentos de Direito Comercial*. Curitiba: Juruá, 1998. p. 99.

¹⁴¹ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Função social e função ética da empresa*. Revista Jurídica da Unifil, ano II. n. 2, p. 70.

¹⁴² FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Funcionalização do direito privado e função social*. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (Org.). *Direito empresarial e econômico*. São Paulo: Arte & Ciência, 2007. p. 84.

possui um conjunto de bens que atendem às suas necessidades (sede da empresa, automóveis, maquinário). A empresa passa a ter papel fundamental e estruturante na sociedade contemporânea, se comprometendo com uma realidade jurídica e social trazendo-lhe fator diferencial para se manter no mercado, posto que após o advento do Código de Defesa do Consumidor houve maior exigência quanto às questões éticas e morais que norteiam as atividades empresariais, conforme abordado por Jussara Suzi Assis Borges Nasser¹⁴³:

O conceito contemporâneo de empresa passa a ser disciplinado tanto pelo ambiente econômico, como pelo jurídico. A liberdade de iniciativa exerce função limitadora no plexo negocial agregando valores e modernizando, a um só tempo, o conceito de empresa e, principalmente da atividade empresarial tanto quanto influenciada pelas significativas modificações decorrentes do ambiente econômico, jurídico e da sociedade de consumo.

A função social da empresa é elemento basilar para a preservação da mesma, já que se ela tem condutas que buscam o bem comum, observando seu papel na sociedade como geradora de empregos, produzindo capital e visando ações de proteção ao meio ambiente, não há porque o Direito lhe negar guarida e por motivos às vezes insuficientes negar-lhe a recuperação judicial ou ter a falência decretada. O Poder Judiciário reforça a preservação da empresa como exigência da interpretação adequada da ordem econômica, conforme o seguinte julgado:

Ementa: Concordata preventiva. Devedor. Protesto de título. Existência. Deferimento. A existência de protesto de título contra o devedor não impede o deferimento da concordata preventiva, eis que a empresa deve ser preservada, para que atenda a sua finalidade social, como corolário do princípio fundamental insculpido na CF/88, art. 1º. O valor social do trabalho do empresário, assim como a livre-iniciativa estão consagrados no referido dispositivo constitucional, que tem de servir como norte ao intérprete do direito. E, havendo incompatibilidade entre o disposto na Lei Maior e na lei ordinária, a inadequação verificada resolve-se em favor da norma fundamental. (TJMG – Agravo 136.240/9 – Rel. Des. Almeida Melo – julgado em 04.03.1999 – DJ 29.10.1999).

Vê-se que o princípio da preservação da empresa contribui para a preservação dos demais direitos fundamentais, principalmente o da dignidade da

¹⁴³ Ibidem, p. 95.

pessoa humana que é inclusive fundamento da Constituição Federal. Mostra-se tamanha importância desse princípio que, segundo Jorge Lobo¹⁴⁴, no caso da recuperação judicial, a empresa que se encontrar em dificuldade econômico-financeira transitória poderia inclusive afastar direitos trabalhistas com o intuito de permanecer no mercado, garantindo o emprego dessas pessoas.

Incumbe ao operador do direito a análise do caso concreto frente aos princípios norteadores da ordem econômica, tendo em vista que a preservação da empresa não pode ser aplicada indiscriminadamente, pois também faz parte do bom andamento do mercado que empresas com impossibilidade de recuperação sejam liquidadas com o intuito de garantir estabilidade às relações negociais, não abalando as demais que desenvolvem atividades no mesmo ramo. É nesse sentido que se insere a atividade empresarial hospitalar, já que como empresa que é, visa contratar empregados, comprar materiais de fornecedores e recolher tributos em favor do Estado. Além disso, um hospital tem uma função bem mais nobre, qual seja a de proteção da vida digna de seus pacientes, utilizando-se de procedimentos médicos para a cura e restabelecimento da saúde dessas pessoas. Imagine-se, por exemplo, a situação de um único hospital em cidade pequena que tem decretada sua falência. O prejuízo social será muito maior do que as dívidas que ele tenha contraído, na grande maioria das vezes, em favor do próprio funcionamento e manutenção do estabelecimento. Serão inúmeras pessoas que necessitarão de atendimento, enfermeiros e médicos desempregados e tributos que deixarão de ser recolhidos ao Estado. Cumpre observar que o princípio da preservação a empresa hospitalar tem uma função social única e insubstituível que é a de resguardar sobremaneira a dignidade da pessoa humana, como assinalou Carlos Alberto Farracha de Casto¹⁴⁵, aduzindo que a concretização dos direitos fundamentais sociais exige uma dogmática constitucional que interprete a Constituição Federal, o Código Civil e a legislação extravagante de maneira solidária, aberta e evolutiva na defesa responsável do princípio da preservação da empresa.

Sob essa égide, interessa sobremaneira a proibição do retrocesso social dos direitos fundamentais. A realidade brasileira ainda está distante dos ideais de concretização dos direitos fundamentais, principalmente quando se trata de uma

¹⁴⁴ LOBO, Jorge, ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C Salles de (Coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 110.

¹⁴⁵ CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação da empresa no código civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 52.

camada da sociedade à margem do minimamente digno, como bem lembrado por Lênio Luiz Streck¹⁴⁶, em que no Brasil, paradoxalmente, se tem uma Constituição rica em direitos sociais, mas que na prática está longe de ser realizada. Nota-se que quando há um dever positivo decorrente de um direito social a prestação por parte do Estado, há, por outro lado, a imposição de uma abstenção, na medida em que se cria uma norma para a concretização de tais direitos, não se pode tomar medidas outras que sejam retrocessivas contra as conquistas já implementadas. Essa proibição do retrocesso presume já haver um estado social realizado, pois só se trará prejuízo aos direitos que já são de alguma forma protegidos pelo ordenamento jurídico, o que se faz por constatação lógica.

No que tange às relações de cunho hospitalar, há que se ter como norte as garantias já implementadas no trato à saúde da população e aos direitos trabalhistas dos funcionários da casa de saúde. Traça-se para tanto uma ligação direta entre a preservação da empresa e a proibição do retrocesso dos direitos sociais. Dado o caráter extremamente peculiar de uma empresa hospitalar, deve haver proteção à continuidade da prestação de seus serviços, pois este pode ser o único hospital a cuidar de um sem-número de pessoas. Cabe ao Poder Judiciário, quando provocado a decidir acerca da existência do estado de perigo e da conseqüente anulabilidade do negócio realizado nesse sentido, tentar ao máximo preservar a integridade da empresa, impondo ao inadimplente o dever de reparar pelo menos aquilo que efetivamente utilizou do hospital. Essa medida não deve ser repassada ao Estado, cobrando-se a conta do SUS, tendo em vista que o mesmo sequer consegue prover as necessidades daqueles que dele se utilizam, além do que o Estado só pode gastar aquilo que arrecada a fim de se evitar o déficit público, embasado na reserva do possível. A exigibilidade desse pagamento contribui para a continuidade da empresa e garante à população e aos trabalhadores que daquela dependem o não retrocesso social. Esses empregados têm direitos como lazer, saúde, educação como quaisquer outros e dependem de seus salários para que não haja prejuízo de sua dignidade humana.

Outro ponto fundamental é a garantia de segurança jurídica. Nos dizeres de Paulo Nader¹⁴⁷, o homem não é auto-suficiente no plano material e

¹⁴⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.15.

¹⁴⁷ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*, op.cit. p. 25.

espiritual, ele não se sente totalmente seguro. A certeza das coisas e a garantia de proteção são uma eterna procura do homem. A segurança é, portanto, uma aspiração comum aos homens. No plano jurídico, a segurança corresponde a uma primeira necessidade, a mais urgente, porque diz respeito à ordem. O ideal para o homem é desfrutar de segurança e justiça e um dos grandes desafios que se apresentam ao legislador e ao magistrado está justamente em atender a esses dois valores em uma conjugação harmônica. No âmbito do negócio jurídico hospitalar, não podem as partes serem tomadas por um sentimento de insegurança jurídica, posto que muitas vezes elas já se encontram abalada emocionalmente e fisicamente, seja por seu próprio estado de saúde ou pelo de um ente querido. Nesse viés que o Poder Judiciário deve atuar de maneira uníssona a fim de dirimir instabilidades que possam advir desse negócio tão particular, evitando com isso, por exemplo, que o hospital se escuse do atendimento de pessoa enferma que ele acredite ser mau pagador.

5.7 O PAGAMENTO PELO SERVIÇO PRESTADO E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DAS CLÁUSULAS GERAIS

Como visto, o estado de perigo e seu inadimplemento atingem não somente o negócio em si, mas toda a sociedade; seja o hospital, os empregados dele e o Estado.

A intervenção do Poder Judiciário muitas vezes é necessária a fim de evitar abuso por parte dos contratantes. Entretanto, deve o magistrado se pautar na decisão acerca da anulabilidade ou não do negócio realizado em possível estado de perigo sob o enfoque da reserva do possível, da preservação da empresa e da proibição do retrocesso dos direitos sociais.

O estado de perigo como posto pela modificação do regime jurídico civilista aponta para circunstâncias em que a simples invalidação do negócio enseja prejuízo ao hospital e locupletamento ilícito do paciente, o que é rechaçado pelo ideal de justiça. Como o instituto guarda certa correspondência com o Código Civil Italiano poder-se-ia ter aplicado inteiramente o disposto no Art. 1.448, em estudo

realizado por Tereza Ancona Lopez¹⁴⁸.

A lei italiana contém uma regra que não faz parte do Art. 156 do novo Código. Para a citada legislação estrangeira, o juiz pode pronunciar a rescisão do negócio jurídico, segundo as circunstâncias, e estabelecer o que chamam de *equo compenso* (compensação equivalente) à outra parte pelo trabalho prestado. O juiz, usando de seu prudente arbítrio, poderá julgar por equidade e, assim, reduzir aquela prestação excessivamente onerosa a uma prestação justa, pois de outro modo haveria, em determinados casos, um enriquecimento ilícito do declarante que recebeu o serviço. O ordenamento jurídico brasileiro, contrariamente, não estabeleceu essa possibilidade, pois não admitiu a revisão desse negócio, mas sua anulação por defeito. Aqui até houve uma tentativa de se atribuir a mesma solução italiana, conforme Bruna Lyra Duque¹⁴⁹:

Clóvis do Couto e Silva defendeu perante a Comissão encarregada de elaborar o Código Civil que o estado de perigo, assim como a lesão ensejassem a rescisão do negócio, e não a anulabilidade, conforme se dá no direito italiano. Isto porque a rescindibilidade seria algo diverso da anulabilidade por estar relacionada a motivos de repressão à iniquidade e à injustiça, que são externos ao ato, enquanto esta estaria intimamente ligada aos vícios do consentimento. Repelindo a proposta, Moreira Alves justificou a opção unificadora entendendo que não há razão de fundo para acolher a distinção entre os casos de anulação e rescisão, invocando, para melhor fundamentar, as objeções da própria doutrina italiana em tratar separadamente uma e outra, posto serem os resultados de ambas muito similares.

O que se percebe é que a lei italiana permitindo que o juiz estabeleça uma indenização pelo serviço prestado é mais equânime para as partes, porquanto não exige que aquele declarante que salvou o outro do perigo e que agora, diante da anulação do contrato, não terá direito a nenhum pagamento, seja obrigado a movimentar novamente todo o aparato judicial para que por meio de uma ação regressiva tenha seu direito reconhecido. O Art. 1.450¹⁵⁰ do Código Civil italiano prevê a *Offerta di modificazione del contratto* (oferta de modificação do

¹⁴⁸ Ibidem, p. 3.

¹⁴⁹ DUQUE, op. cit., p. 418.

¹⁵⁰ Art. 1.450 *Offerta di modificazione del contratto*

Il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità.

Art. 1.450 Oferta de modificação do contrato

O contratante contra o qual é pedida a rescisão poderá evita-la oferecendo uma alteração do contrato suficiente para reconduzi-lo à equivalência.

contrato). É a aplicação do princípio da conservação dos contratos, que atende à segurança e estabilidade que devem ter as relações jurídicas, mantendo a finalidade econômico-social que deve ter toda convenção.

Em nome da proteção de uma das partes, a legislação civil brasileira fere o interesse social, apontando para a invalidade do negócio celebrado em estado de perigo. Acerca do tema, tem-se a seguinte decisão¹⁵¹:

Ementa: Ação de cobrança pela prestação de serviços médicos comprovadamente realizados. Responsabilidade da filha da obituada, segunda ré, assumida através o respectivo termo firmado no momento da internação de sua genitora. Sentença de procedência. Irresignação dos réus, sob o argumento de ilegitimidade do primeiro, o espólio, bem como de vício de consentimento da segunda, a sua inventariante, em razão de estado de perigo. Preliminar de ilegitimidade afastada. Configuração do estado de perigo, vez que a exigência de preservação da vida da mãe impôs a assinatura daquele termo. Incidência do artigo 156, do Código Civil. Nulidade do contrato firmado pelas partes. Provimento parcial do recurso, para o fim de julgar-se improcedente a cobrança em relação à filha e inventariante do espólio, mantendo-se a sentença no que se refere a este último. (Apelação Cível nº 2008.001.220959. Primeira Câmara Cível, Relatora: Denise Levy Tredler, Julgado em 01/07/2008).

A solução para este importante caso vai mais além porque interfere em um negócio jurídico muito especial. Como visto, o negócio jurídico hospitalar não é como uma compra e venda de imóvel, em que as partes combinam preço, data para entrega do bem, forma de pagamento e outros. Ele possui uma qualidade própria que visa a proteção e manutenção da saúde das pessoas e, pelo próprio papel do Estado, está adstrito a inúmeras normas visando o pronto restabelecimento da saúde do paciente. Deve o magistrado tomar todas as cautelas necessárias a fim de verificar se o paciente estava mesmo sob perigo que é ameaça de dano atual e grave, se o outro sabia disso e para tal exigiu obrigação excessivamente onerosa. Se todos os elementos forem apresentados no caso concreto, não resta dúvida de que o magistrado deverá declarar a anulabilidade desse negócio, não surtindo os efeitos esperados no plano de eficácia, ficando ele adstrito ao plano de validade. Entretanto, ainda que isso ocorra, até o provimento judicial, esse negócio operou-se normalmente como se válido fosse e gerou ao hospital uma expectativa de receber pela prestação do serviço e pelos materiais utilizados no tratamento do paciente.

¹⁵¹ Íntegra da decisão em Anexos.

Cabe nesse caso ao magistrado afastar a excessividade onerosa da obrigação, mas pagar a título de perdas e danos ao hospital aquilo que realmente foi utilizado. Sugere-se estabelecer como parâmetro ao magistrado na aferição da quantia devida pelo material, medicamento, mão-de-obra, diárias de UTI e demais, a tabela preconizada pela Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (CBHPM)¹⁵² que é o parâmetro de honorários médicos e visa garantir uma remuneração digna e equilibrada dos serviços prestados. Surgiu da ação unificada da Associação Médica Brasileira, Conselho Federal de Medicina, Sociedades de Especialidade e apoio das demais entidades médicas do país. Busca preservar o respeito ao profissional médico, como também, ampliar a qualidade no atendimento ao paciente e apresenta como justificativa a consolidação de um importante referencial entre prestadores e contratantes de serviços de saúde e balizador da remuneração dos procedimentos na área médica.

Outra forma de se evitar tais prejuízos é a aplicação do instrumento de transformação trazido pelo Código Civil de 2.002 que é a função social dos contratos preconizada no Art. 421, o qual procurou afastar-se das concepções individualistas que nortearam o diploma anterior para seguir orientação compatível com a socialização do direito nos dias atuais. Visa verificar quais as necessidades coletivas, sem perder o valor fundamental da pessoa humana e advém da denominada funcionalização do Estado contemporâneo, já referida anteriormente. Sob esse aspecto é possível afirmar que o atendimento à função social estará cumprida quando a sua finalidade (distribuição de riquezas) for atingida de forma justa; quando o contrato representar uma fonte de equilíbrio social.

O contrato serve para as partes auto-gerirem suas vidas privadas, regulando relações patrimoniais, segundo as cláusulas que elas mesmas discutiram e acordaram. Para Emílio Betti¹⁵³, inserido que está nos negócios jurídicos:

Ele é ato pelo qual o indivíduo regula, por si, os seus interesses, nas relações com outros (ato de autonomia privada): ato ao qual o direito liga os efeitos mais conformes à função econômico-social que lhe caracteriza o tipo.

O que se busca evitar são os riscos de abertura sem limites da

¹⁵² Tendo em vista que esta classificação é extensa e sofre atualizações, indica-se sua consulta no site <http://www.portalmédico.org.br/cbhpm/CBHPM_2005.pdf> para maiores informações.

¹⁵³ BETTI, Emílio. op.cit. p. 108.

função social, com uma interpretação demasiadamente extensiva a qual transformaria a cláusula geral em norma em branco coberta por um manto que tentaria justificar uma suposta justiça social. Poderia também ser utilizada em sentido tão literal que estaria adstrita ao texto, transformando-a em instrumento de controle da liberdade de negociação dos pormenores do negócio. Entretanto, ao contrário do que se pode pensar, a cláusula geral inserida no Art. 421 do CC, por meio da estrutura legislativa, deixa ao juiz uma área que atuação para que identifique e a faça presente, construindo uma regra ao caso concreto, sempre obedecendo ao ordenamento jurídico, os princípios gerais de direito, os bons costumes. Vê-se com isso, a exata aplicação do princípio da socialidade como balizador das relações privadas. Como visto, foi trazida ao conteúdo do contrato a exigência de que guarde correspondência com valores úteis e relevantes e é limitadora da liberdade de contratar de maneira indireta, com expressões ambíguas, que tragam incerteza ao negócio jurídico¹⁵⁴.

A funcionalização do contrato é instrumento de flexibilidade normativa que permite que determinadas relações obtenham proteção diferenciada, tendo em vista uma razão social relevante. Assim, a função social dos contratos tem uma eficácia específica nas relações paritárias e outra, nas relações em que o direito é chamado a intervir de maneira mais intensa, como é o caso das “ordens públicas de proteção” – na relação entre locadores e locatários, fornecedores e consumidores etc.¹⁵⁵

A funcionalização não é uma faculdade do juiz, mas um limite razoável à sua atuação, isto é, ele não pode limitar a liberdade contratual, exceto quando houver excessos socialmente reprováveis. Deve buscar o que aquela relação comercial pretendia e sopesá-la frente aos comportamentos sociais esperados. Como cláusula geral¹⁵⁶ que é, a função social participa de todos os contratos, ainda que não haja qualquer cláusula escrita a esse respeito no contrato. É assim considerada norma de ordem pública, posto que o juiz pode aplicar as cláusulas gerais em qualquer ação, independentemente do pedido da parte ou do

¹⁵⁴ PERLINGIERI, Pietro. op.cit. p. 292.

¹⁵⁵ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Limites da Atuação judicial na aplicação da função social dos contratos*. In: NICOLAU JUNIOR, Mauro (Coord.). *Novos Direitos*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 140.

¹⁵⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. *Contratos no código civil: apontamentos gerais*. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo código civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003. p. 406-408.

interessado. Mostra-se com isso, a excelente oportunidade de o magistrado agir a fim de que a empresa hospitalar receba pelo menos aquilo que despendeu no tratamento do paciente, resguardando a continuidade de suas atividades e o não retrocesso dos direitos sociais de seus empregados.

6 CONCLUSÃO

Ante o exposto, verifica-se que as modificações implementadas no novo regime jurídico civilista trouxeram inúmeras possibilidades de uma prestação jurisdicional adequada à sociedade. Com diretrizes calcadas na socialidade, operabilidade e eticidade todas as relações jurídicas devem se pautar nesse sentido. Sob a égide das generalidades acerca dos negócios jurídicos, situou-se o negócio jurídico hospitalar que é de suma relevância para o mundo atual, tendo em vista que qualquer pessoa pode precisar desse tipo de serviço e estará submetido às regras que lhe são atinentes.

No estado de perigo há a intervenção de uma causa externa que afeta o negócio jurídico, denominada de defeito do negócio jurídico. Há o rompimento daquilo que era naturalmente esperado na relação, ou seja, a presença da boa-fé e da função social do contrato. Traz o desequilíbrio entre a prestação do serviço e a contraprestação do pagamento.

Observou-se que os requisitos necessários à configuração do estado de perigo são essenciais e cumulativos, ou seja, é necessário que: o paciente esteja realmente em estado de perigo e não somente pense que está nessa situação; o hospital saiba dessa situação; haja uma excessiva onerosidade atingindo o paciente ou seu responsável no que se refere à obrigação assumida; o perigo seja atual e grave. A alegação de necessidade em se salvar, ou a pessoa de sua família, não é suficiente para produzir os efeitos do estado de perigo. Em relação ao parágrafo primeiro do Art. 156 do Código Civil, o legislador não individualizou quem, fora de pessoa da família, poderia ser alcançado pelo instituto. Nesse sentido, entende-se que o grau de proximidade deve ser tal como um padrinho, noivo, amigos próximos, isto é, o relacionamento íntimo é fator determinante para o juiz aferir o comportamento do declarante frente ao estado de perigo vivido por pessoa diversa de sua família. Outro fator interessante é que a assunção de obrigação excessivamente onerosa deve ter como balizamento a condição econômica do paciente ou de seu responsável, já que o que é oneroso para um pode não ser para outro.

Esse negócio jurídico foi analisado sob o prisma dos planos de existência e validade e duas distinções foram feitas: a primeira diz respeito à

exigibilidade de valor exorbitante para se prestar atendimento ao paciente. Nesse caso, o negócio jurídico hospitalar é existente porque cumpriu todos os requisitos exigidos para tal, mas esbarra no plano da validade já que há o estado de perigo e a obrigação excessivamente onerosa ao paciente ou ao seu responsável não gerando o esperado pagamento, ensejando a anulabilidade do pactuado, restando ao hospital a dívida pelo atendimento de urgência prestado; a segunda refere-se ao negócio jurídico em estado de perigo quando há o pagamento, ainda que parcial, por parte do paciente ou responsável, ensejando a convalidação do negócio, passando como no primeiro caso pelo plano de existência, sendo válido pelo adimplemento de parte da obrigação e gerando a eficácia do negócio jurídico.

Nesse sentido, não mais poderá alegar o paciente que estava em estado de perigo e que por isso, a prestação devida é excessivamente onerosa, já que ele mesmo confirmou o negócio jurídico pelo *animus solvendi*, agindo com autonomia para o pagamento. Essa ótica mostra-se necessária, tendo em vista que há um negócio jurídico entre o hospital e o paciente, não podendo o último, como forma de se enriquecer indevidamente alegar que ele estava em estado de perigo, utilizando-se de má-fé e tentar afastar a possibilidade de pagamento da conta hospitalar pela anulabilidade de negócio eivado de vício.

Os hospitais particulares não podem ser forçados a abdicar de receber pelo serviço prestado já que têm despesas, impostos e funcionários a pagar, o que pode afetar em muito o princípio da preservação desta empresa. Se a invalidade, pela anulabilidade do negócio, for declarada pelo juiz resta ao hospital o prejuízo pelo serviço prestado. Afastada estaria esta hipótese pela convalidação da parte, quando houvesse o pagamento parcial ou a anuência quanto aos gastos apresentados, ou pelo decurso do prazo decadencial, em que já não mais poderia se alegar o estado de perigo. Além disso, haveria retrocesso social dos direitos fundamentais tanto da população quanto dos empregados que dependem dessa instituição privada para resguardar sua dignidade.

A solução dada pelo Poder Judiciário, ainda não é pacífica, entendendo alguns que o valor deva ser pago pelo Sistema Único de Saúde, o que se demonstra equivocado frente à reserva do possível, pois o Estado atua de forma vinculada na reserva de orçamento visando abrigar o direito à saúde. Cabe ao administrador público, de forma discricionária, a destinação desses recursos públicos para áreas que mais necessitem em detrimento de outras. Essa

discricionariedade não é absoluta, já que não pode o dinheiro público ser aplicado de maneira desregrada, o que pode ocasionar falta de recursos em outras áreas da saúde.

Por outro lado, há magistrados, como visto na Apelação Cível nº 2008.001.20959 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que aplicam a letra da lei e anulam o negócio, deixando prejuízo ao hospital, como se se tratasse de uma punição pelo contrato realizado com excessiva onerosidade, abrindo precedente para que pessoas imbuídas de má-fé sejam atendidas em hospitais privados e aleguem estado de perigo para se esquivarem do adimplemento.

Por último e de forma mais acertada, após toda essa digressão, tem-se as decisões que refletem a funcionalização do Direito. Mesmo que a legislação brasileira não tenha adotado o mesmo posicionamento do Direito Italiano, as cláusulas gerais autorizam o magistrado a agir de forma a compensar a relação estabelecida de maneira desigual entre as partes. Entre elas se situam a boa-fé e a função social do contrato. Na primeira, devem as partes guardar lealdade na celebração do negócio e na segunda, busca-se o princípio norteador do Código Civil, qual seja a socialidade, isto é, traz-se ao mundo dos negócios o deslocamento dos quereres individuais para se analisar qual o impacto junto à coletividade. Duas questões que se impõem aos limites da atuação do magistrado quando se utilizar dessas cláusulas na resolução dos conflitos que lhe são impostos. Primeiramente, a proteção contra uma funcionalização arbitrária depende do reconhecimento e identificação dos fins sociais que estão sendo perseguidos; qualquer limitação indiscriminada da autonomia privada que não tenha justificativa no que se refere à sua utilidade social seria arbitrária e a decisão do magistrado passível de recurso, ensejando possível nulidade. Em segundo lugar, a cláusula geral não é uma faculdade concedida ao juiz, mas limite à sua atuação, posto que qualquer limitação à liberdade das partes necessita de justificativa fundamentada, demonstrando-se que aquele negócio afastou-se do interesse social imposto pelo ordenamento jurídico.

Além disso, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade pode o juiz preservar a relação jurídica negocial e evitar prejuízo aos hospitais e valores exacerbados na cobrança do serviço prestado ao paciente. Esses princípios são limitadores da discricionariedade do administrador público no trato da destinação de verbas quando da implementação da saúde. Também servem

como orientação à fundamentação da decisão judicial, dado que ele se utilizará da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, já que a intervenção nos direitos das partes negociante só se justifica se o benefício a ser proporcionado for maior que o ônus de ter o negócio modificado. Portanto, dizer que o negócio jurídico hospitalar deve ser anulado não gerando qualquer consequência para o paciente traz insegurança ao ordenamento e às relações negociais, causando grande impacto na preservação da empresa e na proibição do retrocesso social tão intimamente ligada a esse ramo. Cumpre ao magistrado quando da análise do caso concreto, mesmo que o negócio jurídico hospitalar seja anulado por estado de perigo, determinar que o paciente pague por aquilo que efetivamente utilizou, sugerindo-se para tal a observância da tabela preconizada pela CBHPM, afastando o enriquecimento ilícito tanto da instituição hospitalar quanto do paciente.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 3.ed. São Paulo: Jurídica e Universitária, 1965.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luis Rodrigues. *Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 4.ed. São Paulo: RT, 2002. v. 1.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2004

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*. 10.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. Em algum lugar do passado: segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código civil. In: ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (Org.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. t. I.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3.ed. Bauru: EDIPRO, 2005.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil. In: BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. Limites da atuação judicial na aplicação da função social dos contratos. In: NICOLAU JUNIOR, Mauro (Coord.). *Novos direitos*. Curitiba: Juruá, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. *Preservação da empresa no código civil Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2007.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

DELGADO, José. A ética e a boa-fé no novo Código Civil. In: ALVES, Jones Figueiredo (Coord.); DELGADO, Mário Luiz. *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1.

DONNINI, Rogério Ferraz. *Responsabilidade pós-contratual no novo código civil e no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DUQUE, Bruna Lyra. *O direito contratual e a intervenção do estado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FERREIRA, Jussara Susi Assis Borges Nasser. *Função social e função ética da empresa*. Revista Jurídica da Unifil, v. 2, n. 2.

_____. Funcionalização do direito privado e função social. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (Org.). *Direito empresarial e econômico*. São Paulo: Arte & Ciência, 2007.

FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 10.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FONTES, André. *A pretensão como situação jurídica subjetiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

FOUNRAUGE, Giuliano. *Derecho financiero*. 2.ed. Buenos Aires: Depalma. In: HORVATH, Estevão; OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Manual de direito financeiro*. 6. ed. São Paulo: RT, 2003. v.1. p. 125.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

_____. *Obrigações*. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES NETO, Alfredo Assis. *Apontamentos de direito comercial*. Curitiba: Juruá, 1998.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Filosofia do direito*. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 2.

JORGE JÚNIOR, Alberto Gosson. *Cláusulas gerais no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. (Coleção Prof. Agostinho Alvim)

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2.ed. Coimbra: A. Amado, 1962.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002.

_____. *Derecho de obligaciones*. Tradução de Jaime Santos-Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

LOBO, Jorge; ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C Salles de. (Coord.). *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LÔBO NETTO, Paulo Luiz. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Princípios contratuais. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto (Coord.). *Teoria do contrato e o novo código civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.

LOPEZ, Teresa Ancona. O estado de perigo como defeito do negócio jurídico. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 22, n. 68, dez. 2002.

MARTINS, Fernando R. *Estado de perigo no novo código civil: uma perspectiva civil constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 10.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo código civil brasileiro. *Revista Forense*, v. 364 Doutrina.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de existência*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano de validade*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. Parte geral. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. I.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondant. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002. Coleção A Obra Prima de cada Autor. Série Ouro.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: obrigações*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. 2.

_____. *Introdução ao estudo do direito*. 24.ed. São Paulo: Forense, 2004.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 24.ed. São Paulo: Forense, 2004.

NERY JÚNIOR, Nelson. Contratos no código civil: apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva (Coord.). *O novo código civil: estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*. São Paulo: LTR, 2003.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2.ed. São Paulo: Método, 2008.

NOVOA, García César. *El principio de la seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

OLIVEIRA, Moacyr de. *Estado de perigo*. In: Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1977.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Princípios constitucionais reguladores da administração pública*. São Paulo: Atlas, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 1999.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil*. Paris: Droit et Jurisprudence, 1950. v.1.

PODESTÁ, Fábio Henrique. *Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira. Campinas: Servanda, 2002.

RAÓ, Vicente. *Ato jurídico*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O projeto do código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

_____. *Dos vícios de consentimento*. São Paulo: Saraiva, 1979.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. 2.ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005. v.1.

_____. *Instituições de direito civil*. 2.ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2005. v. 3.

SANTOS, Eduardo Sens dos. O Novo código civil e as cláusulas gerais: exame da função social do contrato. *Revista Forense*, v. 386 – Doutrina.

SARAIVA, Vicente Paulo. *Modalidade das obrigações*: conforme o novo código civil. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova crítica do direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TALAVERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no novo código civil. *Revista CEJ*, Brasília, n. 19, out./dez. 2002.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. *A parte geral do novo Código Civil. Estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. A boa-fé objetiva no código de defesa do consumidor e no novo código civil. In: TEPEDINO, Gustavo. (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VICENZI, Marcelo. A nova visão dos defeitos do negócio jurídico e da oferta ao público no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a Nova Teoria Contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WALD, Arnaldo. Um novo direito para a nova economia: a evolução dos contratos e o Código Civil. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v. 12, jul./ago. 2001

Sites

NADER, Carlos. Projeto de Lei n. 5788/2005. Dispõe sobre a internação de pacientes em estado grave na rede privada de hospitais, quando solicitado por médico do SUS – Sistema Único de Saúde, em caso de não haver vaga na rede pública. Disponível em:
<<http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.go>

v.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2005&Numero=5788&sigla=PL>. Acesso em: 10 maio 2007.

IL CODICE CIVILE ITALIANO (trad. Código Civil Italiano). Disponível em: <www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 10 dez. 2007.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.tjmg.gov.br/>>. Acesso em: 13 jun. 2007.

REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 10 dez. 2007.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br/>>. Acesso em: 4 mar. 2008.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br/>>. Acesso em: 4 mar. 2008.

ANEXOS

ANEXO A

PROJETO DE LEI Nº 5788/05

“Dispõe sobre a internação de pacientes em estado grave na rede privada de hospitais, quando solicitado por médico do SUS – Sistema Único de Saúde, em caso de não haver vaga na rede pública.”

O Congresso Nacional decreta:

Art.1º - A internação de paciente na rede privada de hospitais, poderá ocorrer quando autorizado pelo Médico da rede pública de saúde, devidamente credenciado ao Sistema Único de Saúde - SUS, desde que caracterizada a situação de gravidade do paciente e esgotada as possibilidades de internação através da rede do Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º - Fica o Médico, responsável pela caracterização da situação de gravidade do paciente.

§ 2º - Para o efeito do caput, equivalem aos hospitais da rede privada também as instalações diferenciadas porventura existentes em hospitais credenciados pelo SUS e que sejam prioritariamente reservadas a pacientes particulares ou participantes de convênios privados.

Art. 2º - Todos os hospitais da rede privada, referidos no artigo 1º e seu parágrafo 2º, deverão manter uma disponibilidade mínima de 5% (cinco por cento) de seus leitos, inclusive dentre os destinados ao tratamento intensivo, para o atendimento do disposto nesta Lei.

§1º - Caso haja indisponibilidade de vaga, o hospital procurado ficará responsável pela imediata localização e reserva de leito em outra unidade, desde que caracterizada a situação de gravidade, e co-responsável pelo atendimento do paciente.

Art. 3º - Cabe ao Poder Executivo, o pagamento das despesas decorrentes do cumprimento desta Lei, em conformidade com as tabelas de valores do SUS.

Art. 4º Caberá ao Poder Executivo regulamentar a presente proposição no prazo de 180 (cento e oitenta) dias a partir da data de sua publicação.

Art. 6º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º - Revogadas as disposições em contrário.

JUSTIFICATIVA

Bastaria a citação do artigo 196 da Constituição Federal para justificar o projeto ora apresentado.

"ARTIGO 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

No entanto sabemos que por mais que sejam os esforços do Poder Público para que possa disponibilizar um atendimento médico satisfatório, às dificuldades são imensas e a população vem sofrendo a cada dia a falta de socorro médico.

Este projeto vem somente diminuir o sofrimento daqueles que não dispõem de poder aquisitivo para ser medicado através da medicina privada. Acho que este projeto tem tudo a ver com as necessidades da nossa população e que o atendimento em caso de gravidade, em qualquer hospital da rede privada, poderá ocorrer caso haja vaga dentro da cota, conforme o artigo 2º deste projeto de lei.

Não podemos dizer que haverá prejuízo para a rede privada, pois o SUS cobriria as despesas normalmente. O governo não constrói mais unidades hospitalares, alegando falta de condições, então mais do que oportuno esta proposição onde seria também importante para a rede privada que iria ter seus leitos sempre ocupados sem prejuízo.

Diante do aqui exposto, solicito o apoio dos nobres Pares para aprovação da presente proposição.

Sala das Sessões, em de de 2005.

Deputado CARLOS NADER
PL/RJ.

ANEXO B**APELAÇÃO CÍVEL Nº 491.776-8 DO TJMG**

EMENTA: HOSPITAL — PACIENTE EM ESTADO DE SAÚDE GRAVE — ASSINATURA DE CONTRATO PELO ACOMPANHANTE — VÍCIO DE CONSENTIMENTO — MÁ-FÉ — OCORRÊNCIA — DANOS MORAIS - MEROS ABORRECIMENTOS — INEXISTÊNCIA DE DANO EFETIVO.

Age com má-fé o nosocômio que condiciona a internação de paciente, em estado grave de saúde, à prévia assinatura de contrato de prestação de serviços pelo acompanhante, que fica obrigado ao pagamento das despesas.

Nulidade do contrato declarada, em face do vício de consentimento.

Meros dissabores, aborrecimentos, contrariedades, não geram danos morais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de **Apelação Cível Nº 491.776-8** da Comarca de **BELO HORIZONTE**, sendo Apelante (s): **MARCOS AURÉLIO DA SILVA** e Apelado (a) (s): **HOSPITAL MATER DEI S/A**,

ACORDA, em Turma, a Décima Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais **DAR PARCIAL PROVIMENTO**.

Presidiu o julgamento o Desembargador **JOSÉ AFFONSO DA COSTA CÔRTEZ (Revisor)** e dele participaram os Desembargadores **MOTA E SILVA (Relator)** e **GUILHERME LUCIANO BAETA NUNES (Vogal)** .

O voto proferido pelo Desembargador Relator foi acompanhado, na íntegra, pelos demais componentes da Turma Julgadora.

Belo Horizonte, 05 de maio de 2005.

DESEMBARGADOR MOTA E SILVA

Relator

VOTO

O SR. DESEMBARGADOR MOTA E SILVA:

Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídica ajuizada por Marcos Aurélio da Silva Vasconcelos contra Hospital Mater Dei S/A.

Na inicial, de f. 02-11, aduziu o autor que seu irmão, Márcio Vicente de Vasconcelos, foi internado no Hospital e Maternidade Santa Helena, com suspeita de pancreatite. Com o agravamento do estado de saúde, fora solicitado junto ao SUS a transferência para hospital que dispusesse de CTI, cuja vaga não fora obtida. Assim, a família, como opção extrema, removeu o paciente para o hospital ré, que se recusou ao atendimento pelo SUS, tendo o próprio paciente efetuado depósito prévio, em dinheiro, no valor de R\$4.500,00. Assevera que seu irmão veio a falecer 04 dias após sua internação junto ao réu, que está cobrando do autor a vultosa quantia de R\$51.107,52, atribuindo-lhe a responsabilidade pelo pagamento.

Reportando-se à legislação e doutrina, pediu a procedência do pedido, para que seja declarada a inexistência de relação jurídica entre as partes, determinando que o réu promova a exclusão do nome do autor junto a qualquer cadastro negativo, bem como a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais.

Contestação fora apresentada pelo réu, as f. 45-64, onde foram refutados os argumentos do autor. Também fora apresentada reconvenção, de f. 139-142, pretendendo a condenação do autor ao pagamento da quantia de R\$46.517,48, com devidos acréscimos legais.

O MM. Juiz *a quo* proferiu sentença, de f. 421-426, julgando improcedente o pedido contido na exordial e julgando procedente o pedido contido na reconvenção, condenando o autor/reconvindo, ao pagamento da quantia de R\$46.517,48, com acréscimos legais, além dos ônus da sucumbência.

Inconformado, o autor/reconvindo aviou recurso de apelação, de f. 429-435, reavivando os argumentos expendidos na inicial. Reportando-se às provas produzidas nos autos, pediu provimento ao recurso, para que seja reformada a sentença, julgando-se procedente o pedido contido na peça de intróito e improcedente o pedido reconvenicional.

Contra-razões foram apresentadas as f. 437-442.

É o relatório. PASSO A DECIDIR.

O Apelante, sob forte pressão emocional, na ânsia de salvar a vida de seu irmão, como acompanhante, assinou o “contrato Particular de Prestação de Serviços Hospitalares”, juntado à f. 65, o qual lhe responsabiliza pelo pagamento de todas as despesas advindas do objeto do contrato.

Este ato arbitrário dos hospitais, de impor ao acompanhante do paciente a responsabilidade pelas despesas que vierem a ser realizadas para o cumprimento

do contrato, é ineficaz para obrigar o acompanhante, ora apelante, a suportar o pagamento das despesas hospitalares realizadas, pois, naquela situação, a manifestação da vontade fora viciada, tendo em vista que a parte estava brutalmente abalada emocionalmente, não possuindo nenhuma alternativa. É dizer, ou assinava o contrato ou deixava a vida de seu irmão jogada à própria sorte.

Ademais, o hospital apelado, ao receber o paciente, tinha ciência de que estava sendo transferido do Hospital e Maternidade Santa Helena, onde estava sendo atendido através do SUS, e, portanto, deveria ter providenciado o internamento do paciente nos mesmos moldes ou encaminhado para hospital que o fizesse.

Neste sentido já se manifestou o Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

“Hospital — Recebimento de paciente transferido por hospital conveniado do SUS — Internamento nos mesmos moldes — Cobrança indevida. A nota promissória emitida por pessoa carente, sob forte emoção, em momento dramático, visando ao atendimento de emergência em hospital, em momento em que a vida do parente internado se encontra em perigo, tendo sido atendido por entidade hospitalar conveniada do SUS, que transferiu o paciente para outro hospital, onde o título foi assinado, não pode ser tida como título de crédito extrajudicial, validamente constituído, por lhe faltar os elementos subjetivos e até objetivos necessários. Ao receber de outro hospital conveniado, a transferência de paciente que estava internado pelo SUS, obriga-se o hospital a interná-lo nos mesmos moldes, nada podendo exigir do paciente ou seu responsável, que estará sem condições emocionais de assinar livremente qualquer termo de responsabilidade ou título de crédito.” (TAMG — 1ª Câmara Cível, Ap. n.º 327.311-8, rel. Juíza Vanessa Verdolim Andrade, v.u.).

Essa construção pretoriana, que fora se firmando nos Tribunais, fez com que o legislador regulasse o assunto no Código Civil vigente, no Livro III, Título I, Capítulo IV, que trata “Dos Defeitos do Negócio Jurídico”, especificamente no art. 156, *in verbis*:

“Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Parágrafo único: (*omissis*).”

Sobre o assunto, Maria Helena Diniz, *in* “Curso de Direito Civil Brasileiro”, 18ª edição, Editora Saraiva, p. 401-403, ensina:

“No estado de perigo haverá temor de grave dano moral ou material à pessoa que compele o declarante a concluir contrato, mediante prestação exorbitante. Pelo art. 156 do Código Civil ter-se-á estado de perigo quando alguém, premido pela necessidade de salvar-se, ou pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa. (...).

P. Ex., o pai que, tendo seu filho seqüestrado, paga vultosa soma de resgate vendendo jóias a preço inferior ao do mercado; o doente, em perigo de vida, que paga honorários excessivos para o cirurgião atendê-lo; a venda de casa a preço irrisório ou fora do valor mercadológico para pagar cirurgia urgente ou débito de emergência; a vítima de acidente automobilístico ou de incêndio que assume negócio exagerado para que seja logo salvo. Em todos esses casos, os negócios efetivados poderão ser anulados (CC, arts. 156 e parágrafo único, 171, II e 178, II) desde que a outra parte, aproveitando-se da situação, tenha conhecimento do dano, bastando que o declarante pense que está em perigo, ou que pessoa de sua família o esteja, celebrando contrato desvantajoso. É preciso reequilibrar o ato negocial conforme os padrões mercadológicos ante o princípio do enriquecimento sem causa. Assim se houver perigo real e a pessoa o ignora ou entenda que não é grave, não se poderá falar em defeito de consentimento, não podendo, então, o declarante pleitear a anulação negocial. Para invalidar contrato, alegando estado de perigo, deverá haver nexos de causalidade entre o temor da vítima e a declaração da outra parte contratante, pois pessoa que abusando da situação, se vale de terror alheio para assumir negócio excessivamente oneroso, não poderá ser tida como contratante de boa-fé. No estado de perigo o contratante entre as conseqüências do grave dano que o ameaça e o pagamento de uma quantia exorbitante será levado a optar pelo último com a intento de minimizar ou de sanar o mal. Na lesão o contratante, devido a uma necessidade econômica, realizará negócio que só lhe apresentará desvantagens. E pelo art. 171, II, o Código Civil declara anulável o negócio jurídico por vício da vontade enquanto não ratificado, depois de passado o perigo, sob cuja iminência foi feito.

P. Ex., contrato celebrado por alguém ameaçado de perigo, como estado crítico de moléstia grave, operação cirúrgica, naufrágio, inundação, incêndio, acarretando risco de vida, é considerado anulável. (...).”

Com efeito, em meu entendimento, age com má-fé o nosocômio que condiciona a internação de paciente, em estado grave de saúde, à prévia assinatura de contrato de prestação de serviços pelo acompanhante, que fica obrigado ao pagamento das despesas.

Destarte deve o contrato firmado ser anulado em face do vício do consentimento, devendo o apelado pleitear junto ao SUS o ressarcimento das despesas hospitalares ocorridas.

Quanto ao pedido de dano moral, tem-se que o dano moral consiste na violação dos valores internos e anímicos da pessoa humana, capazes de acarretar dor espiritual e incômodos à alma. Logo, tais valores psíquicos e anímicos devem ser resguardados.

Relativamente ao dano indenizável, Rui Stoco, anota que:

"O indivíduo é portador de dois patrimônios: um objetivo, exterior, que se traduz na riqueza que amealhou, nos bens materiais que adquiriu. Outro, representado pelo seu patrimônio subjetivo, interno, composto da imagem, personalidade, conceito ou nome que conquistou junto a seus pares e projeta à sociedade.

Ambos são passíveis de ser agredidos e, portanto, indenizáveis conjunta - ainda que em razão do mesmo fato - ou isoladamente". (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 2ª Ed., Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 476/477).

Nesse sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"Dano moral puro. Caracterização. Sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização (STJ — 4ª T. REsp. — Rel. Barro Monteiro — j. 18.2.92 — RSTJ 35/285)."

No caso em exame, verifico pelos fatos narrados na petição inicial que o alegado dano moral não ocorreu.

A prova produzida não revela conduta antijurídica capaz de provocar lesão à honra, à dignidade ou mesmo a qualquer outro aspecto anímico do apelante.

Não é toda situação desagradável e incômoda, que faz surgir, no mundo jurídico, o direito à percepção de ressarcimento por danos morais.

Ora, o nosocômio apelado não tomou nenhuma medida sequer judicial para receber o crédito representado pelo contrato firmado. Apenas tentou contatar o

apelante para solucionarem a questão. Com efeito, tenho que o apelante não provou fato algum capaz de ensejar indenização por danos morais.

Pelo exposto, considerando tudo quanto foi visto, **DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO**, reformando a sentença hostilizada, para JULGAR PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos contidos na exordial, declarando nulo o contrato firmado entre as partes. Via de consequência, JULGO IMPROCEDENTE o pedido reconvenicional. Custas e despesas processuais, 50% para cada parte. Honorários advocatícios, R\$1.000,00 em favor do advogado da parte autora e R\$1.000,00 em favor do advogado da parte ré, os quais deverão ser compensados, nos termos da Súmula 304, do Superior Tribunal de Justiça.

Custas recursais, 50% para cada parte.

As condenações sucumbenciais impostas ao apelante deverão permanecer suspensas, tendo em vista que litiga sob o pálio da Justiça Gratuita.

ANEXO C
APELAÇÃO CÍVEL Nº 70014165393 DO TJRS

Embargos à execução de cheque. Embargos à execução motivados na alegação de estado de perigo, que teria induzido a parte embargante a emitir o cheque para pagamento de transporte em ambulância.

Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa (artigo 156 do Código Civil de 2002).

No caso, a obrigação excessivamente onerosa não está caracterizada ou demonstrada (CPC, 333), de tal forma que se confirma a respeitável sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Magistrados integrantes da Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em negar provimento ao recurso de apelação.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento o Eminentíssimo Senhor Desembargador José Aquino Flôres de Camargo, como Presidente, e o Eminentíssimo Senhor Juiz de Direito Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, como Revisor.

Porto Alegre, 22 de fevereiro de 2006.

Desembargador Carlos Cini Marchionatti, Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação contrária à respeitável sentença que julgou improcedentes os embargos à execução de um cheque, motivados na alegação de estado de perigo, que teria induzido a parte embargante a emitir o cheque para pagamento de transporte em ambulância.

Reproduz-se a respeitável sentença para pronta compreensão do caso e em preparação do meu voto, como Relator (fls. 35-36):

“Fernando Luis Vieira de Maia., indivíduoado, propôs os presentes embargos à execução que lhe promove Summ Servicos de Urgência Médica Móvel S/C, e que lhe objetiva haver a importância de R\$ 2.204,60, referente a prestação de serviços de urgência.

São dos embargos que o presente negócio encontra-se viciado pelo estado de perigo, haja vista que o embargante contraiu dívida superior as suas possibilidades em razão da urgência de locomoção de seu genitor, que veio a falecer posteriormente.

Houve impugnação no sentido de que o presente contrato se deu forma regular, vez que existiu prestação de serviço.

Designada audiência de conciliação, restou a mesma frustrada, haja vista o não-comparecimento do embargante.

Realizada nova audiência, a parte embargante apresentou proposta de pagamento que não foi aceita pela credora.

Vieram os autos conclusos.

É O RELATO.

PASSO A DECIDIR.

Prevê o Código de Processo Civil o julgamento antecipado da lide quando a questão de mérito sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produção de prova em audiência.

Neste sentido, a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem à compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes da decisão, como limite ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos no direito material, hipótese em que não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide. Ademais, o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando o requerimento de produção de provas testemunhal e documental, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento.

No presente feito, a questão em apreço, face o acervo probatório coligido aos autos pelas partes, não enseja dilação probatória, razão pela qual passo ao julgamento antecipado da demanda na forma do art.330, I do CPC.

Cuida-se de embargos à execução, na qual o embargante postula a nulidade do negócio que originou o título executivo, vez que se encontra viciado pelo estado de perigo – iminência de morte de seu genitor.

O embargante alega como fato extintivo do direito da credora o estado de perigo, que o levou a contrair obrigação em desacordo com as suas possibilidades econômicas.

Configura-se o estado de perigo, nos termos do art.156: "quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa".

No caso em tela, denota-se que preenchidos os requisitos da primeira parte do dispositivo, ou seja, a necessidade de salvar pessoa da família e grave dano conhecido. Entretanto, não restou demonstrado pelo embargante que a obrigação assumida figurava como excessiva ou de valor exorbitante. Desta forma, não trazendo a embargante elementos que abarcassem sua pretensão, não se desincumbiu do onus probandi, permanecendo a alegação insubsistente.

A embargada, por outro lado, trouxe aos autos elementos probatórios indicativos de que o valor cobrado era o de mercado, ou seja, não ultrapassava o limite exigido para o tipo de serviço prestado, afastando, desta forma, a tese de estado de perigo.

Ademais, a alegação de hipossuficiência do embargante não é substrato suficiente acolher tese de contrato viciado por estado de perigo. Isto porque o embargante, na condição de cidadão, deveria ter direcionado sua pretensão contra o Estado, como ente público, a fim de ver atendido interesse fundamental.

Sendo assim, é importante salientar que a nossa carta magna em seu art. 6º trata como um dos direitos sociais a saúde, além do mais, em seu art. 196 mostra que: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua recuperação" grifei.

A Constituição Estadual, em seu art.241 também diz que: “ A saúde é direito de todos e dever do estado e do Município , através de sua promoção, proteção e recuperação.

Como se vê, tem-se que o embargante deveria ter demandado pelos seus direitos junto as autoridades responsáveis, tanto na via administrativa quanto na judicial, antes de assumir obrigação que aduziu como onerosa, isto tudo dentro da qualificação do “homem médio” .

Finalmente, outro vício de consentimento não restou demonstrado e o fato se deu antes da entrada em vigor do atual código.

Isso posto, REJEITO OS EMBARGOS, para determinar o prosseguimento do processo de execução.

Condeno o embargante ao pagamento das despesas processuais, bem como honorários advocatícios que fixo em 15% sobre o valor da execução corrigido(IGP-M), só que com suspensividade, haja vista o benefício da AJG concedido.

Prossiga-se na execução, certificando a conclusão desta decisão e arquivando-se os presentes autos, após a elaboração da conta geral.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Santana do Livramento, 23 de setembro de 2004.

Afonso Tadeu do Amaral de Pauli, PRETOR”

Daí o recurso de apelação, alegando: a) o pai da parte apelante sofria de problemas cardíacos e, na ânsia de evitar a morte do pai o apelante concordou com o valor de R\$ 2.100,00 cobrados para o transporte de ambulância de Santana do Livramento até Porto Alegre; b) está configurado o estado de perigo pela necessidade de salvar a vida de uma pessoa da família, assumindo obrigação onerosa; e c) o negócio jurídico é anulável, estando a parte apelante em estado de perigo ou necessidade e tendo a parte apelada se aproveitado da situação de urgência e necessidade do caso (fl. 41-42).

O recurso foi recebido e contra-arrazoado (fls. 44 e 46-48). As contra-razões propugnam pela respeitável sentença.

Os autos foram remetidos ao Tribunal de Justiça em 27-12-2005 e vieram-me conclusos em 8-2-2006, de tal forma que estou apresentando à douta revisão na primeira oportunidade possível após o decurso das minhas férias regulamentares durante o mês de fevereiro.

É o relatório.

VOTO

Muito respeitando o empenho em si do procurador que patrocina a causa da parte embargante à execução, não há razão na apelação.

Ponho-me de inteiro acordo com a respeitável sentença do digno Pretor, criteriosa quanto aos seus termos e exata quanto às suas determinações, de nenhum modo superada pelas alegações do recurso de apelação.

Em apoio à sentença e em justificação de meu voto, observo ainda o seguinte.

Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa (artigo 156 do Código Civil de 2002).

No caso, a obrigação excessivamente onerosa não está caracterizada, exatamente como considerou a respeitável sentença, que se confirma por seus próprios e jurídicos fundamentos.

O negócio jurídico entre as partes executada-embargante e exequente-embargada refere-se a transporte de ambulância de Santana do Livramento a Porto Alegre, pelo preço de R\$ 2.100,00 (veja-se o recibo da fl. 6).

A parte executada-embargante alegou o estado de perigo, mas não se desincumbiu de provar a alegada onerosidade da obrigação, ao contrário do que exige o artigo 333 do Código de Processo Civil.

A defesa caracteriza-se por ser genérica, porque não indica qual seria o preço do serviço prestado, segundo o qual se apuraria a onerosidade alegada.

Além de não se desincumbir a parte apelante da alegação específica e do ônus probatório correspondente à onerosidade excessiva, o preço ajustado para o transporte de pessoa em ambulância, estipulado em R\$ 2.100,00, entre Santana do Livramento e Porto Alegre, por si só ou pelas regras da experiência comum, não caracteriza nenhum abuso.

Voto, pois, em negar provimento ao apelo, confirmando a respeitável sentença do digno Pretor integralmente, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Desembargador José Aquino Flôres de Camargo - de acordo.

Juiz de Direito Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil - de acordo.

DES. JOSÉ AQUINO FLÔRES DE CAMARGO - Presidente - Apelação Cível nº 70014165393, Comarca de Santana do Livramento: "NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME."

Juiz de Direito da sentença: Dr. Afonso Tadeu do Amaral de Pauli.

ANEXO D**APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008.001.29035 DO TJRJ****TRIBUNAL DE JUSTIÇA****SEGUNDA CÂMARA CÍVEL****Apelantes: SONIA CRISTINA SA ABDU REP/P/S MÃE MARIA****APARECIDA DE SÁ ABDU E OUTRO****Apelado: SMH SOCIEDADE MÉDICO HOSPITALAR LTDA.****Origem: Juízo de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis****A C Ó R D Ã O**

APELAÇÃO. Ação de cobrança. Prestação de serviços médico-hospitalares. Ausência dos pressupostos subjetivos (necessidade de salvar-se e dolo de aproveitamento) e objetivo (onerosidade excessiva) do estado de perigo (CC/02, art. 156). Validade do negócio jurídico. O fato de a apelada atuar no mercado relacionado à saúde não a obriga a prestar serviços de forma gratuita, cujo dever é do Estado. Os réus tinham conhecimento de que a internação se deu em caráter exclusivamente particular, o que por eles foi aceito. Despesas reconhecidas pela prova técnica, cujo valor foi apurado em R\$ 21.916,20, não configurando superfaturamento. Desprovimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível nº 2008.001.29035, originários do Juízo de Direito da 3ª Vara da Comarca de Petrópolis, em que figuram, como apelantes, SONIA CRISTINA AS ABDU REP/P/S MÃE MARIA APARECIDA DE SÁ ABDU E OUTRO, e, como apelada, SMH SOCIEDADE MÉDICO HOSPITALAR LTDA., os Desembargadores que compõem a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro ACORDAM, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 25 de junho de 2008.

Des. Jessé Torres
Relator

VOTO

Relatório a fls. 456-457.

A aqui apelada, SMH – Sociedade Médico Hospitalar Ltda., alega que prestou serviços médicos-hospitalares à primeira apelante, Sonia Cristina Sá Abdu, sem que esta efetuasse o pagamento das despesas (R\$ 21.961,20), pelas quais o segundo apelante, Marcos André de Sá Abdu, se responsabilizou expressamente.

Os apelantes não negam a execução dos serviços, o não pagamento, nem o fato de o segundo apelante se haver responsabilizado pelas despesas. Entretanto, consideram que a vontade deste, expressa no termo, foi viciada, por isto que sua integridade psíquica encontrava-se comprometida, diante da gravidade do quadro de saúde de sua irmã, primeira recorrente.

O estado de perigo é tratado pelo Código Civil de 2002 como defeito do negócio jurídico por vício de consentimento. Tem como pressupostos: (a) “necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família”; (b) o dolo de aproveitamento da outra parte (“grave dano conhecido pela outra parte”); e (c) assunção de “obrigação excessivamente onerosa”. No caso vertente, entretanto, não se vislumbra a configuração de qualquer desses pressupostos.

Aos 27.04.2004, a primeira ré, apresentando crise convulsiva, foi internada no nosocômio autor, de rede particular, mesma data em que o segundo recorrente, seu irmão, firmou o termo de fls. 18, mediante o qual “se responsabilizou por toda e qualquer despesa decorrente da internação, obrigando-se a saldar as contas relativas que eram totalmente particulares e sem qualquer vínculo com qualquer entidade”. Aos 28.04.2004, a paciente foi transferida para o CTI, no qual permaneceu até obter alta hospitalar (05.05.2004).

Veja-se que a transferência da primeira apelada para o Centro de Tratamento Intensivo só ocorreu no dia seguinte à assinatura do termo, a afastar o primeiro daqueles pressupostos, ou seja, “a necessidade de salvar”.

Tampouco se apresentam o dolo de aproveitamento e a imposição de obrigação demasiadamente onerosa aos apelantes. Tal somente ocorreria se o hospital, para a prestação de seus serviços, ou seja, para a internação da paciente, houvesse exigido, naquele ato, que os apelantes assumissem obrigação excessivamente onerosa.

Note-se que, quando da assinatura do termo de responsabilidade, ainda não existiam despesas contabilizadas. Ausentes os pressupostos subjetivos (necessidade de salvar-se e dolo de aproveitamento) e objetivo (onerosidade excessiva), não se há de cogitar de estado de perigo, muito menos de invalidade do negócio jurídico pactuado entre as partes.

Induvidoso que a Constituição Federal assegura a todos os cidadãos o direito à saúde. Aludido dever, entretanto, é do Estado. O fato de a apelada atuar no mercado relacionado à saúde não a obriga a prestar serviços de forma gratuita, mormente quando não possui convênio com o Sistema Único de Saúde, sendo certo que os apelantes tinham conhecimento de que a internação se deu em caráter exclusivamente particular, o que por eles foi aceito.

Em relação às despesas, o perito reconheceu o valor de R\$ 21.916,20 (vinte e um mil, novecentos e dezesseis reais e vinte centavos), como o correspondente ao débito (v. fls. 248), não configurando superfaturamento.

Resulta que os serviços foram prestados e os apelantes não adimpliram sua obrigação. Legítima, portanto, a cobrança.

Eis os motivos de votar por que se negue provimento ao recurso, mantida a sentença como lançada.

Rio de Janeiro, 25 de junho de 2008.

Des. Jessé Torres
Relator

ANEXO E
APELAÇÃO CÍVEL Nº 2008.001.20959 DO TJRJ

Ação de cobrança pela prestação de serviços médicos comprovadamente realizados. Responsabilidade da filha da obituada, segunda ré, assumida através o respectivo termo firmado no momento da internação de sua genitora. Sentença de procedência. Irresignação dos réus, sob o argumento de ilegitimidade do primeiro, o espólio, bem como de vício de consentimento da segunda, a sua inventariante, em razão de estado de perigo. Preliminar de ilegitimidade afastada. Configuração do estado de perigo, vez que a exigência de preservação da vida da mãe impôs a assinatura daquele termo. Incidência do artigo 156, do Código Civil. Nulidade do contrato firmado pelas partes. Provimento parcial do recurso, para o fim de julgar-se improcedente a cobrança em relação à filha e inventariante do espólio, mantendo-se a sentença no que se refere a este último.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº. 2008.001.20959, entre as partes acima nomeadas, ACORDAM os Desembargadores, que compõem a Décima Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora, como segue.

Voto

Trata-se de apelação interposta contra sentença proferida em ação de cobrança, ajuizada por MEDISE MEDICINA DIAGNÓSTICO E SERVIÇOS LTDA, em face de ESPÓLIO DE MARIA DE LOURDES GODOY e SONIA MARIA GODOY, pela qual objetiva a empresa-autora a condenação dos réus ao pagamento da fatura hospitalar relativa aos serviços médicos prestados à genitora da segunda ré, além das verbas sucumbenciais.

Adoto, na forma regimental, o relatório da sentença de fls. 222/225, que julgou procedente o pedido inicial, com o que condenou os réus ao pagamento de R\$ 31.606,32 (trinta e um mil, seiscentos e seis reais e trinta e dois centavos), referentes aos serviços médicos prestados pela clínica-autora à obituada, Maria de Lourdes Godoy, monetariamente corrigidos a partir de novembro de 2006 e acrescidos dos juros legais de mora de 1% ao mês, contados da citação. Condenou-os, ainda, ao pagamento das verbas da sucumbência (custas processuais e honorários advocatícios, estes últimos fixados em 10% do valor da condenação).

Apelam os réus, a fls. 227/236. Postulam a anulação da sentença, para o fim de extinguir-se o processo, sem resolução do mérito, no que se refere ao espólio (primeiro réu), vez que a obituada encontrava-se desacordada quando de sua internação, sendo, portanto, o espólio parte ilegítima, na espécie. Postulam, ainda, a reforma da sentença no tocante à segunda ré, com a

improcedência do pedido inicial, sob a alegação de vício no negócio jurídico firmado pelas partes, oriundo de estado de perigo.

Contra-razões, a fls. 240/253, que prestigiam o julgado.

É o relatório. Passo ao voto.

Releva notar, ab initio, que não merece prosperar a preliminar de ilegitimidade passiva do primeiro réu. Isto porque a obituada, paciente e mãe da segunda ré, usufruiu os serviços prestados pelo hospital explorado pela empresária-autora, não podendo apenas destes beneficiar-se, sem o pagamento das respectivas despesas, sob pena de enriquecimento ilícito.

Rejeita-se, portanto, a preliminar argüida.

No tocante ao mérito, observa-se que a Sra. Maria de Lourdes Godoy foi internada no aludido hospital, aos 28/07/2005, após sofrer um acidente vascular cerebral (AVC). Na ocasião, sua filha, aqui segunda ré, teve de assinar o termo de responsabilidade exigido (fls. 36/37).

Observados os fatos e provas constantes nos autos, verifica-se que a declaração volitiva da segunda ré deu-se em estado de necessidade, a fim de salvar a vida de sua genitora, que corria graves riscos, sendo certo que a autora aproveitou-se da situação de extrema fragilidade emocional da filha da enferma, para impor-lhe a assinatura do mencionado termo.

Percebe-se, portanto, que o documento firmado, à semelhança do que ocorre no ato sob coação, não reflete a livre e consciente manifestação de vontade da parte, mas uma imposição do estabelecimento hospitalar, como condição sine qua non para o atendimento médico imediato da paciente, que se encontrava entre a vida e a morte.

Assim, a obrigação foi assumida pela segunda ré, em estado de perigo, em razão do receio de que a falta de assinatura do termo inviabilizasse o atendimento de emergência e a conseqüente internação de sua mãe.

Conforme dispõe o artigo 156, do Código Civil, “configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”.

Acresce notar a existência de ação indenizatória ajuizada pelo espólio réu, em face do plano de saúde da falecida genitora da segunda ré, conforme fls. 123/132.

Por essas razões, voto no sentido de dar-se parcial provimento ao recurso, para o fim de julgar-se improcedente a cobrança em relação a segunda ré, mantendo-se a sentença no que se refere ao espólio.

Rio de Janeiro, 01 de julho de 2008.

Denise Levy Tredler
Desembargador Relator

ANEXO F**RESOLUÇÃO N. 322/03 DO CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE****RESOLUÇÃO Nº 322, DE 08 DE MAIO DE 2003**

O Plenário do Conselho Nacional de Saúde, em sua Centésima Trigésima Reunião Ordinária, realizada nos dias 07 e 08 de maio de 2003, no uso de suas competências regimentais e atribuições conferidas pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e pela Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990 e conforme estabelecido no artigo 77, § 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, **Considerando:**

- que o mesmo referendou a aprovação da Resolução nº 316, aprovada pelo Plenário do CNS em sua 118ª Reunião Ordinária, realizada nos dias 03 e 04 de abril de 2002, passando a mesma constituir-se na Resolução nº 322, de 08 de maio de 2003;

- a promulgação da Emenda Constitucional nº 29, em 13 de setembro de 2000, vinculando os recursos orçamentários da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a serem aplicados obrigatoriamente em ações e serviços públicos de saúde;

- serem os dispositivos da Emenda Constitucional nº 29 auto-aplicáveis;

- a necessidade de esclarecimento conceitual e operacional do texto constitucional, de modo a lhe garantir eficácia e viabilizar sua perfeita aplicação pelos agentes públicos até a aprovação da Lei Complementar a que se refere o § 3º do artigo 198 da Constituição Federal;

- a necessidade de haver ampla discussão pública para a elaboração a Lei Complementar prevista no § 3º do artigo 198 da Constituição Federal, de forma a disciplinar os dispositivos da Emenda Constitucional nº 29;

- os esforços envidados pelos gestores do SUS, com a realização de amplas discussões e debates sobre a implementação da Emenda Constitucional nº 29, com o intuito de promover a aplicação uniforme e harmônica dos ditames constitucionais;

- as discussões realizadas pelo grupo técnico formado por representantes do Ministério da Saúde, do Ministério Público Federal, do Conselho Nacional de Saúde - CNS, do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde - CONASS, do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde - CONASEMS, da Comissão de Seguridade Social da Câmara dos Deputados, da Comissão de Assuntos Sociais do Senado e da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas – ATRICON, resultando na elaboração do documento **“Parâmetros Consensuais Sobre a Implementação e Regulamentação da Emenda Constitucional 29”**; e

- os subsídios colhidos nos seminários sobre a **“Operacionalização da Emenda Constitucional 29”**, realizados em setembro e dezembro de 2001, com a participação de representantes dos Tribunais de Contas dos Estados, dos Municípios e da União, do Ministério da Saúde, do Conselho Nacional de Saúde e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde – CONASEMS.

RESOLVE:

I - Aprovar as seguintes diretrizes acerca da aplicação da Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000:

DA BASE DE CÁLCULO PARA DEFINIÇÃO DOS RECURSOS MÍNIMOS A SEREM APLICADOS EM SAÚDE

Primeira Diretriz: A apuração dos valores mínimos a serem aplicados em ações e serviços públicos de saúde, de que tratam o art. 198, § 2º da Constituição Federal e o Art. 77 do ADCT, dar-se-á a partir das seguintes bases de cálculo:

I – Para a União, até o ano de 2004, o montante efetivamente empenhado em ações e serviços públicos de saúde no ano imediatamente anterior ao da apuração da nova base de cálculo.

II – Para os Estados:

• **Total das receitas de impostos de natureza estadual:**

ICMS, IPVA, ITCMD

• **(+) Receitas de transferências da União:**

Quota-Parte do FPE

Cota-Parte do IPI – Exportação

Transferências da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir)

• **(+) Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF**

• **(+) Outras receitas correntes:**

Receita da Dívida Ativa Tributária de Impostos, Multas, Juros de Mora e Correção Monetária.

• **(-) Transferências financeiras constitucionais e legais a Municípios:**

ICMS (25%),

IPVA (50%),

IPI – Exportação (25%),

(=) Base de Cálculo Estadual

III – Para os Municípios:

• **Total das receitas de impostos municipais:**

ISS, IPTU, ITBI

• **(+) Receitas de transferências da União:**

Quota-Parte do FPM

Quota-Parte do ITR

Quota-Parte da Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir)

• **(+) Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF**

• **(+) Receitas de transferências do Estado:**

Quota-Parte do ICMS

Quota-Parte do IPVA

Quota-Parte do IPI – Exportação

• **(+) Outras Receitas Correntes:**

Receita da Dívida Ativa Tributária de Impostos, Multas, Juros de Mora e Correção Monetária

(=) Base de Cálculo Municipal

IV – Para o Distrito Federal:

Base de Cálculo Estadual	Base de Cálculo Municipal
ICMS (75%)	ICMS (25%)
IPVA (50%)	IPVA (50%)
ITCD	IPTU
Simplex	ISS
Imposto de Renda Retido na Fonte	ITBI
Quota-parte FPE	Quota-parte FPM
Quota-parte IPI - exportação (75%)	Quota-parte IPI - exportação (25%)
Transferência LC 87/96 - Lei Kandir (75%)	Quota-parte ITR
Dívida Ativa Tributária de Impostos	Transferência LC 87/96 - Lei Kandir (25%)
Multas, juros de mora e correção monetária	Dívida Ativa Tributária de Impostos
	Multas, juros de mora e correção monetária

DOS RECURSOS MÍNIMOS A SEREM APLICADOS EM SAÚDE

Segunda Diretriz: Para a União, a aplicação dos recursos mínimos em ações e serviços públicos de saúde, no período do ano de 2001 até 2004, a que se refere o art. 77, II, *b*, do ADCT, deverá ser observado o seguinte:

I - a expressão “**o valor apurado no ano anterior**”, previsto no Art. 77, II, *b*, do ADCT, é o montante efetivamente empenhado pela União em ações e serviços públicos de saúde no ano imediatamente anterior, desde que garantido o mínimo assegurado pela Emenda Constitucional, para o ano anterior;

II - em cada ano, até 2004, o valor apurado deverá ser corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB do ano em que se elabora a proposta orçamentária (a ser identificada no ano em que se executa o orçamento).

Terceira Diretriz: Para os Estados e os Municípios, até o exercício financeiro de 2004, deverá ser observada a regra de evolução progressiva de aplicação dos percentuais mínimos de vinculação, prevista no Art. 77, do ADCT.

§ 1º Os entes federados cujo percentual aplicado em 2000 tiver sido não superior a sete por cento deverão aumentá-lo de modo a atingir o mínimo previsto para os anos subseqüentes, conforme o quadro abaixo.

Percentuais Mínimos de Vinculação
--

Ano	Estados	Municípios
2000	7%	7%
2001	8%	8,6%
2002	9%	10,2%
2003	10%	11,8%
2004	12%	15%

§ 2º Os entes federados que em 2000 já aplicavam percentuais superiores a sete por cento não poderão reduzi-lo, retornando aos sete por cento. A diferença entre o efetivamente aplicado e o percentual final estipulado no texto constitucional deverá ser abatida na razão mínima de um quinto ao ano, até 2003, sendo que em 2004 deverá ser, no mínimo, o previsto no art. 77 do ADCT.

Quarta Diretriz: O montante mínimo de recursos a serem aplicados em saúde pelo Distrito Federal deverá ser definido pelo somatório (i) do percentual de vinculação correspondente aos estados aplicado sobre a base estadual definida na primeira diretriz com (ii) o percentual de vinculação correspondente aos municípios aplicado sobre a base municipal definida na primeira diretriz, seguindo a regra de progressão prevista no artigo 77 da ADCT, conforme abaixo demonstrado:

Ano	Montante Mínimo de Vinculação
2000	$0,07 \times \text{Base Estadual} + 0,070 \times \text{Base Municipal}$
2001	$0,08 \times \text{Base Estadual} + 0,086 \times \text{Base Municipal}$
2002	$0,09 \times \text{Base Estadual} + 0,102 \times \text{Base Municipal}$
2003	$0,10 \times \text{Base Estadual} + 0,118 \times \text{Base Municipal}$
2004	$0,12 \times \text{Base Estadual} + 0,150 \times \text{Base Municipal}$

Parágrafo Único: Aplica-se ao Distrito Federal o disposto no § 2º da Terceira Diretriz.

DAS AÇÕES E SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE

Quinta Diretriz: Para efeito da aplicação da Emenda Constitucional nº 29, consideram-se despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas com pessoal ativo e outras despesas de custeio e de capital, financiadas pelas três esferas de governo, conforme o disposto nos artigos 196 e 198, § 2º, da Constituição Federal e na Lei nº 8080/90, relacionadas a programas finalísticos e de apoio, inclusive administrativos, que atendam, simultaneamente, aos seguintes critérios:

I – sejam destinadas às ações e serviços de acesso universal, igualitário e gratuito;

II – estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente federativo;

III – sejam de responsabilidade específica do setor de saúde, não se confundindo com despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que com reflexos sobre as condições de saúde.

§ Único – Além de atender aos critérios estabelecidos no caput, as despesas com ações e serviços de saúde, realizadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios deverão ser financiadas com recursos alocados por meio dos respectivos Fundos de Saúde, nos termos do Art. 77, § 3º do ADCT.

Sexta Diretriz: Atendido ao disposto na Lei 8.080/90, aos critérios da Quinta Diretriz e para efeito da aplicação da EC 29, consideram-se despesas com ações e serviços públicos de saúde as relativas à promoção, proteção, recuperação e reabilitação da saúde, incluindo:

I - vigilância epidemiológica e controle de doenças;

II - vigilância sanitária;

III - vigilância nutricional, controle de deficiências nutricionais, orientação alimentar, e a segurança alimentar promovida no âmbito do SUS;

IV - educação para a saúde;

V - saúde do trabalhador;

VI - assistência à saúde em todos os níveis de complexidade;

VII - assistência farmacêutica;

VIII - atenção à saúde dos povos indígenas;

IX - capacitação de recursos humanos do SUS;

X - pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde, promovidos por entidades do SUS;

XI - produção, aquisição e distribuição de insumos setoriais específicos, tais como medicamentos, imunobiológicos, sangue e hemoderivados, e equipamentos;

XII - saneamento básico e do meio ambiente, desde que associado diretamente ao controle de vetores, a ações próprias de pequenas comunidades ou em nível domiciliar, ou aos Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), e outras ações de saneamento a critério do Conselho Nacional de Saúde;

XIII - serviços de saúde penitenciários, desde que firmado Termo de Cooperação específico entre os órgãos de saúde e os órgãos responsáveis pela prestação dos referidos serviços.

XIV – atenção especial aos portadores de deficiência.

XV – ações administrativas realizadas pelos órgãos de saúde no âmbito do SUS e indispensáveis para a execução das ações indicadas nos itens anteriores;

§ 1º No caso da União, excepcionalmente, as despesas com ações e serviços públicos de saúde da União financiadas com receitas oriundas de operações de crédito contratadas para essa finalidade poderão integrar o montante considerado para o cálculo do percentual mínimo constitucionalmente exigido, no exercício em que ocorrerem.

§ 2º No caso dos Estados, Distrito Federal e Municípios, os pagamentos de juros e amortizações decorrentes de operações de crédito contratadas a partir de 1º.01.2000 para custear ações e serviços públicos de saúde, **excepcionalmente**, poderão integrar o montante considerado para o cálculo do percentual mínimo constitucionalmente exigido.

Sétima Diretriz: Em conformidade com o disposto na Lei 8.080/90, com os critérios da Quinta Diretriz e para efeito da aplicação da EC nº 29, não são consideradas como despesas com ações e serviços públicos de saúde as relativas a:

- I – pagamento de aposentadorias e pensões;
- II – assistência à saúde que não atenda ao princípio da universalidade (clientela fechada);
- III – merenda escolar;
- IV – saneamento básico, mesmo o previsto no inciso XII da Sexta Diretriz, realizado com recursos provenientes de taxas ou tarifas e do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, ainda que excepcionalmente executado pelo Ministério da Saúde, pela Secretaria de Saúde ou por entes a ela vinculados;
- V – limpeza urbana e remoção de resíduos sólidos (lixo);
- VI – preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes federativos e por entidades não governamentais;
- VII – ações de assistência social não vinculadas diretamente a execução das ações e serviços referidos na Sexta Diretriz e não promovidas pelos órgãos de Saúde do SUS;
- VIII – ações e serviços públicos de saúde custeadas com recursos que não os especificados na base de cálculo definida na primeira diretriz.

§ 1º No caso da União, os pagamentos de juros e amortizações decorrentes de operações de crédito, contratadas para custear ações e serviços públicos de saúde, **não** integrarão o montante considerado para o cálculo do percentual mínimo constitucionalmente exigido.

§ 2º No caso dos Estados, Distrito Federal e Municípios, as despesas com ações e serviços públicos de saúde financiadas com receitas oriundas de operações de crédito contratadas para essa finalidade **não** integrarão o montante considerado para o cálculo do percentual mínimo constitucionalmente exigido, no exercício em que ocorrerem.

DOS INSTRUMENTOS DE ACOMPANHAMENTO, FISCALIZAÇÃO E CONTROLE

Oitava diretriz: Os dados constantes no Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde do Ministério da Saúde – SIOPS serão utilizados como referência para o acompanhamento, a fiscalização e o controle da aplicação dos recursos vinculados em ações e serviços públicos de saúde.

Parágrafo Único: Os Tribunais de Contas, no exercício de suas atribuições constitucionais, poderão, a qualquer tempo, solicitar, aos órgãos responsáveis pela alimentação do sistema, retificações nos dados registrados pelo SIOPS.

Nona Diretriz: O Sistema de Informação Sobre Orçamentos Públicos em Saúde – SIOPS, criado pela Portaria Interministerial nº 1.163, de outubro de 2000, do Ministério da Saúde e da Procuradoria Geral da República, divulgará as informações relativas ao cumprimento da Emenda Constitucional nº 29 aos demais órgãos de fiscalização e controle, tais como o Conselho Nacional de Saúde, os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, o Ministério Público Federal e

Estadual, os Tribunais de Contas da União, dos Estados e Municípios, o Senado Federal, a Câmara dos Deputados, as Assembléias Legislativas, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e as Câmaras Municipais.

Décima Diretriz: Na hipótese de descumprimento da EC n° 29, a definição dos valores do exercício seguinte não será afetada; ou seja, os valores mínimos serão definidos tomando-se como referência os valores que teriam assegurado o pleno cumprimento da EC n° 29 no exercício anterior. Além disso, deverá haver uma suplementação orçamentária no exercício seguinte, para compensar a perda identificada, sem prejuízo das sanções previstas na Constituição e na legislação.

HUMBERTO COSTA

Presidente do Conselho Nacional de Saúde

Homologo a Resolução CNS Nº 322, de 08 de maio de 2003, nos termos do Decreto de Delegação de Competência de 12 de novembro de 1991.

HUMBERTO COSTA

Ministro de Estado da Saúde