

A DEFESA DO USUÁRIO DA SAÚDE PÚBLICA EM JUÍZO CONFORME A TEORIA MAXIMALISTA DO DIREITO DO CONSUMIDOR FRENTE À DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO

THE JUDICIAL DEFENSE OF THE PUBLIC HEALTH USERS ACCORDING TO THE MAXIMALIST THEORY OF CONSUMERS LAW IN THE REVERSAL BURDEN OF PROOF

ANTÔNIO CARLOS EFING*

BIANCA M. SCHNEIDER VAN DER BROECKE**

RESUMO: Dentre os direitos básicos do consumidor encontra-se o da adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, bem como, a Política Nacional das Relações de Consumo tem como um dos princípios norteadores a racionalização e melhoria dos serviços públicos. No entanto a interpretação corrente na doutrina e jurisprudência brasileiras é no sentido da restrição da aplicação do Código de Defesa do Consumidor àqueles serviços prestados pelo Estado de maneira individualizada e mediante remuneração direta. Neste contexto, especificamente com relação à prestação de serviços de saúde pública e, diante do imenso número de demandas judiciais que refletem a

ABSTRACT: *Among the basic rights of the consumer is the adequate and effective provision of public services in general, as well as the National Consumer Policy has as one of the guiding principles rationalization and improvement of public services. However, the current interpretation in Brazilian doctrine and jurisprudence is in the sense of restricting the application of the Consumer Defense Code to those services provided by the State in an individualized manner and for direct remuneration. In this context, specifically in relation to the provision of public health services, and given the immense number of lawsuits that reflect the dissatisfaction of the “users users” of SUS, the possibility*

* Professor titular da PUCPR (Curitiba, PR-Brasil) onde leciona na graduação, especializações, mestrado e doutorado. Mestre e Doutor pela PUCSP. Professor da Escola da Magistratura do Paraná. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná. E-mail: ace@eradv.com.br.

** Aluna do Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito Socioambiental e Sustentabilidade da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Integrante do Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia, vinculado ao PPGD da UFPR. E-mail: biaschneider@hotmail.com.

insatisfação dos “consumidores usuários” do SUS, analisa-se a possibilidade de aplicação da inversão do ônus da prova em prol da parte vulnerável, a fim de garantir-lhe ao menos a paridade de armas na defesa do seu direito fundamental em face do Poder Público fornecedor. Para isso utiliza-se da abordagem da leitura maximalista do Código de Defesa do Consumidor. Tal interpretação defende que o destinatário final no processo do consumo é a pessoa física ou jurídica que retira o produto ou o serviço do mercado e o utiliza como destinatário final. Esta possibilidade de distribuição dinâmica do ônus probatório encontra previsão tanto na lei consumerista através dos mecanismos hermenêuticos integrativos, como com o texto constitucional e as disposições da legislação específica da área de Saúde.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos do Consumidor. Serviços Públicos. Direito à Saúde. Sistema Único de Saúde. Inversão do Ônus da Prova.

of applying the inversion of the burden of proof in favor of Vulnerable party in order to guarantee it at least parity of arms in defense of its fundamental right in the face of the Public Power supplier. For this, the maximalist approach of the Consumer Defense Code is used. Such an interpretation holds that the final recipient in the consumption process is the natural or legal person who withdraws the product or service from the market and uses it as the final recipient. This possibility of dynamic distribution of the burden of proof is predicted both in consumer law through integrative hermeneutical mechanisms, as well as with the constitutional text and provisions of specific legislation in the area of Health.

KEYWORDS: *Consumer rights. Public services. Right to health. Brazilian Health System (SUS). Reverse burden of proof.*

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O desenvolvimento industrial e tecnológico vivenciado após a 2^a Guerra Mundial, o crescimento demográfico e a migração do campo às grandes cidades deram lugar ao estabelecimento do capitalismo industrial, que se caracterizou pela produção em série e pelo consumo massivo dos bens e serviços disponíveis, dando origem à denominada sociedade de consumo.¹ O consumidor, que anteriormente detinha o poder de barganha e se encontrava em uma situação de relativo equilíbrio com o fornecedor, agora se encontra numa situação de dependência frente ao especialista, que claramente assume uma posição privilegiada na relação de consumo, passando a ditar as regras.

A partir da constatação de que na sociedade de consumo “os cidadãos estão sujeitos, expostos, suscetíveis aos produtos e serviços disponibilizados na sociedade de consumo, não dispendo de meios

1 Sobre as mudanças na forma de produção, distribuição, comercialização e consumo que ocorreram durante as três revoluções industriais, sendo a última representativa do momento atual, da informatização e globalização da economia, confira-se: MARQUES, 2009, p. 36-40.

para acompanhar todo o processo da cadeia econômica (criação, produção, transporte, distribuição e comercialização etc.)”,² atestou-se que todo consumidor é presumivelmente vulnerável, cultural e materialmente, encontrando-se em situação de desequilíbrio em relação aos fornecedores.

Reconhecida esta condição de vulnerabilidade, surge a necessidade de se reequilibrar a relação de consumo, diminuindo-se as desigualdades entre consumidor e fornecedor, que não poderiam ser dirimidas apenas com medidas econômicas. A intervenção do Estado mostra-se imprescindível para reforçar a posição do consumidor, bem como proibir ou limitar certas práticas de mercado.

Em 1985 o princípio da vulnerabilidade do consumidor foi positivado pela Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Resolução n.º 39/248, que estabeleceu direitos básicos e fixou diretrizes protetivas a serem adotadas pelos países membros, levando em consideração os interesses e as necessidades dos consumidores em todas as nações, especialmente naquelas em desenvolvimento. Embasou-se esta normatização internacional no reconhecimento dos desequilíbrios em termos econômicos, níveis educacionais e poder de barganha que os consumidores muitas vezes enfrentam, bem como levou em conta que os consumidores devem ter o direito de ter acesso a produtos não perigosos, assim como o direito ao desenvolvimento econômico e social equitativo e sustentável.³

Tais diretrizes foram distribuídas em oito áreas de atuação para os Estados, quais sejam: proteção dos consumidores diante dos riscos para sua saúde e segurança; promoção e proteção dos interesses econômicos dos consumidores; acesso dos consumidores à informação adequada; educação do consumidor; possibilidade de compensação em caso de danos; liberdade de formar grupos e outras organizações de consumidores, com a oportunidade de apresentar suas visões nos processos decisórios que as afetem.

2 EFING, 2007, p. 91.

3 Cf. item I, subitem 1, da Resolução da Organização das Nações Unidas (ONU) n.º 39/248, de 16 de abril de 1985, disponível em: <<http://www.mj.gov.br/dpdc/servicos/legislacao/pdf/Resolucao%20da%20ONU>>. Acesso em: 09 jul. 2016.

Considerando o contexto socioeconômico brasileiro e esses objetivos internacionalmente reconhecidos, a Constituição Federal de 1988, dando início à constitucionalização do direito privado no Brasil, além de alçar a defesa do consumidor à categoria de princípio constitucional fundamental (cf. art. 5º, inciso XXXII), ao tratar da Ordem Econômica e Financeira, dispôs sobre a intervenção do Estado na economia, limitando a livre iniciativa com o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros princípios, o da defesa do consumidor (cf. art. 170, inciso V).⁴

Além disso, a elaboração de um Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi determinada pela própria Assembleia Constituinte, conforme se depreende do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Referida codificação concretizou-se com a promulgação da Lei n.º 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), que trouxe a lume um arcabouço geral para o regramento legal e sistemático da proteção do consumidor nas relações de consumo, consubstanciando-se num microsistema jurídico multidisciplinar⁵ que estabelece os seus próprios princípios e “*relaciona-se com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos*”.⁶

O CDC, enquanto instrumento normativo que rege a defesa dos direitos do consumidor, dotado, portanto de particularidades inerentes ao mercado de consumo, elenca na sua base princípios próprios que distinguem o Direito do Consumidor dos demais ramos do Direito, como a boa-fé e o equilíbrio contratual, considerados os alicerces que sustentam a harmonia das relações entre consumidores e fornecedores.⁷

4 MARQUES, 2011, p. 258-259.

5 Mencione-se que o CDC outorga tutelas específicas ao consumidor nos campos civil (arts. 8º a 54), administrativo (arts. 55 a 60, 105 e 106), penal (arts. 61 a 80) e jurisdicional (arts. 81 a 104).

6 FILOMENO, 2007, p. 19-20.

7 EFING, 2007, p. 96.

Consoante prevê o art. 1º do CDC, as normas de proteção e defesa do consumidor são de ordem pública e interesse social, prevalecendo, portanto, sobre a vontade das partes. Tratam-se de normas impositivas de natureza cogente, indisponíveis e inafastáveis, que visam preservar a segurança nas relações jurídicas de consumo, resguardando valores fundamentais da ordem jurídica do Estado Social e Democrático de Direito.⁸

Nesta conjuntura, nomeadamente com relação à prestação de serviços de saúde pública e, frente ao desagrado dos “consumidores usuários” do SUS que buscam o âmbito judicial para resolver questões consumeristas, analisa-se a possibilidade de aplicação da inversão do ônus da prova em prol da parte vulnerável, a fim de garantir-lhe ao menos a paridade de armas na defesa do seu direito fundamental em face do Poder Público fornecedor.

A lei consumerista brasileira, não por acaso, além de adotar integralmente as diretrizes da mencionada Resolução da ONU, incluiu entre os direitos básicos do consumidor a inversão do ônus da prova, enquanto instrumento para a facilitação da sua defesa em juízo, e a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral, o que será o objeto de pesquisa do presente artigo, em busca de um caminho para a proteção do consumidor usuário dos serviços públicos, especificamente de saúde, considerando que a maior parte da população brasileira se enquadra nesta categoria tão alijada da sua própria cidadania.

8 Cabe mencionar que contemporaneamente tem-se apresentado um novo modelo de Estado, o denominado “Estado Socioambiental de Direito”, resultante de uma cultura jurídica ambientalista, preocupada com a latente finitude dos recursos naturais, bem como com a pungente desigualdade social. A fim de dar cumprimento ao contido no art. 225 da CF/88, este novo paradigma tem por escopo concretizar os direitos sociais e ambientais em um mesmo projeto jurídico-político, em defesa do direito a uma vida digna e saudável, em um ambiente equilibrado e seguro. Sobre o tema: KALIL, 2015, p. 90-115.

2 A POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO E O PRINCÍPIO DA RACIONALIZAÇÃO E MELHORIA DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A promoção da defesa do consumidor brasileiro, enquanto princípio geral da atividade econômica e garantia constitucional,⁹ encontra-se inserida na denominada 3ª dimensão dos direitos fundamentais, também conhecidos como direitos de fraternidade ou de solidariedade, que seriam aqueles destinados à proteção de grupos humanos, caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa.¹⁰ E que, juntamente com os direitos da denominada 2ª dimensão, quais sejam os econômicos, sociais e culturais, visam atribuir ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.¹¹

Para que essa atuação estatal prestadora ou constitutiva ocorra a contento, dando aplicabilidade plena aos referidos direitos assegurados pela Constituição, utiliza-se como instrumento as denominadas *políticas públicas*, que abarcam conceito mais abrangente que o de serviço público, visto que contemplam também as funções de coordenação e de fiscalização de agentes públicos e privados.¹² Segundo Thiago Lima Breus, políticas públicas são *“programas de ação governamental que visam coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”*¹³

9 EFING, 1999, p. 23.

10 SARLET, 2011, p. 48.

11 A Constituição Federal de 1988, influenciada pelos modelos europeus e buscando a superação do regime político anterior, elevou a dignidade da pessoa humana à categoria de núcleo fundamental, trazendo em seu bojo o denominado Estado Social e Democrático de Direito, em que se pretende o equilíbrio entre os direitos à igualdade e à liberdade. Assim, além de resguardar a esfera de autonomia do indivíduo, elegendando a lei como limite de atuação do Estado, elenca deveres, diretrizes e normas programáticas a serem cumpridas pelo órgão estatal – por meio de prestações positivas –, em prol da concretização dos direitos mais caros à coletividade dos cidadãos.

12 BREUS, 2006, p. 183.

13 Ibid., p. 185.

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aos serviços públicos tornou-se disposição expressa que pode ser encontrada em diversos dispositivos legais, entretanto nem sempre tal aplicação será absoluta. Quanto à aplicabilidade do Direito Consumerista aos Serviços Públicos:

A disciplina do Direito do Consumidor, portanto, apenas será aplicada na omissão do Direito Administrativo e na medida em que não haja incompatibilidade com os princípios fundamentais norteadores do serviço público. Apesar das dificuldades práticas que esta solução pode gerar, o que é certo é a impossibilidade de aplicação pura e simples, de modo automático, do Código de Defesa do Consumidor – CDC no âmbito dos serviços públicos.¹⁴

Conforme se depreende dos seguintes julgados transcritos abaixo colacionados a título exemplificativo, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende pela aplicação do CDC aos serviços públicos no que competir a relações de consumo entre usuários de serviços públicos específicos e remunerados:

CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA. ACIDENTE COM VEÍCULO EM RAZÃO DE ANIMAL MORTO NA PISTA. RELAÇÃO DE CONSUMO. 1. As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor, pela própria natureza do serviço. No caso, a concessão é, exatamente, para que seja a concessionária responsável pela manutenção da rodovia, assim, por exemplo, manter a pista sem a presença de animais mortos na estrada, zelando, portanto, para que os usuários trafeguem em tranqüilidade e segurança. Entre o usuário da rodovia e a concessionária, há mesmo uma relação de consumo, com o que é de ser aplicado o art. 101, do Código de Defesa do Consumidor. 2. Recurso especial não conhecido. (REsp 467883/RJ, Terceira Turma, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 01/09/2003, p. 281; grifos adicionados)

ADMINISTRATIVO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º E 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. Há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa com pescados. 2. A empresa utiliza

14 CASTRO, 2013.

o produto como consumidora final. 3. Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor. 4. Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor. 5. Recurso provido. (REsp 263229/SP, Primeira Turma, Rel. Ministro José Delgado, DJ 09/04/2001, p. 332; grifos adicionados)

Com a finalidade de alcançar a efetiva concretização da defesa do consumidor, encontra-se delineada no Capítulo II do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que comporta os artigos 4º e 5º, a Política Nacional das Relações de Consumo. O primeiro traz em seu bojo os princípios¹⁵ que devem reger a referida política e o segundo, os instrumentos para a sua execução,¹⁶ que devem ser considerados em conjunto com o disposto nos artigos 105 e 106, pertencentes ao Título IV, que versa sobre o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.¹⁷

15 Conforme se depreende da leitura do art. 4º, devem ser atendidos os seguintes princípios: reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor; harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo; incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízo aos consumidores; racionalização e melhoria dos serviços públicos; e estudo constante das modificações do mercado de consumo.

16 Dispõe o art. 5º que “para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o Poder Público com os seguintes instrumentos, entre outros:
I – manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;
II – instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público;
III – criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo;
IV – criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;
V – concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor;

17 Este Sistema tem por escopo possibilitar a articulação dos órgãos públicos e privados

A Política Nacional das Relações de Consumo visa o equilíbrio e a harmonia das relações de consumo, tendo por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo. A base de toda essa gama de direitos é princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado que, como visto, visa a garantir a igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo.

Não obstante, outro princípio de fundamental importância no contexto social brasileiro encontra-se disposto no inciso VII, do referido art. 4º do CDC, qual seja, o da racionalização e melhoria dos serviços públicos.

De maneira geral, serviços públicos podem ser definidos a partir de três critérios distintos, quais sejam, o subjetivo (ou orgânico), o formal e o objetivo (ou material). O primeiro leva em conta a figura do prestador do serviço público, que seria então todo aquele que é prestado de forma direta pelo Estado. Já, para o segundo, o que se leva em consideração é o regime jurídico a que a atividade está submetida, considerando-se público todo aquele serviço a que a lei atribui o regime de Direito Público, o qual se apoia nos dois princípios basilares da supremacia e indisponibilidade do interesse público. E, por fim, o terceiro critério põe em relevo a natureza da atividade desenvolvida e sua importância para a sociedade, mediante a satisfação das necessidades coletivas.¹⁸

Abarcando esses três critérios em sua abordagem, Celso Antônio Bandeira de Mello assim conceitua o serviço público:

É toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível

que têm a atribuição de tutelar o consumidor, para a efetiva implementação e execução da Política Nacional das Relações de Consumo. Representa a “conjugação de esforços do Estado, nas diversas unidades da Federação, e da sociedade civil, para a implementação efetiva dos direitos do consumidor e para o respeito da pessoa humana na relação de consumo.” Compete ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), órgão federal integrante da estrutura do Ministério da Justiça, realizar a coordenação deste Sistema.) FINK, 2007, p. 970.

18 MELLO, 1968, p. 139-173.

singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais –, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.¹⁹

O mencionado regime de Direito Público a que se submetem os serviços públicos consubstancia-se em um sistema peculiar de regras e princípios que visam proteger da maneira mais eficiente possível as atividades que a coletividade elegeu como mais caras a sua ordem jurídica, ou seja, assegurar a efetiva satisfação dos interesses públicos traduzidos nos serviços públicos, os quais se vinculam a necessidades ou comodidades básicas da sociedade.

A supremacia do interesse público, entendida no sentido de que “*o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço serão as conveniências da coletividade; jamais os interesses secundários do Estado ou dos que hajam sido investidos no direito de prestá-los*”,²⁰ e a indisponibilidade do interesse público, são os princípios centrais dos quais derivam todos os demais princípios e normas do referido regime jurídico-administrativo.

Ademais, o art. 37, *caput*, da CF/1988, elenca os princípios inerentes a esse regime publicista, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O referido artigo também disciplinou a responsabilidade civil extracontratual do Estado, ao abordar em seu parágrafo 6º: “*As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*”.

Diante de tal cláusula, pode-se assegurar a obrigação do Estado de indenizar lesões originadas por ação ou omissão de seus agentes, no exercício da função de agente público. Sendo assim, o cidadão, que figura como o 3º prejudicado desloca-se da situação de fragilidade frente ao Estado, uma vez que a responsabilização e a indenização não mais depende da demonstração da culpa, cabendo

19 MELLO, 2009, p. 665.

20 MELLO, Id., p. 672.

comprovar o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do Estado e o prejuízo.

O art. 175 da CF/1988, por sua vez, a tratar da prestação de serviços públicos diretamente pelo Poder Público ou sob regime de concessão ou permissão, em seu parágrafo único, incisos II e IV, respectivamente, faz referência expressa aos direitos dos usuários e à obrigação de se manter um serviço público adequado, a serem regulamentados em lei.

Referida regulamentação se deu com a edição da Lei n.º 8.987/1995, que regula o regime de concessão e permissão de serviços públicos e que, em seu art. 6º, prescreve: “*Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.*”

No parágrafo 1º, do citado artigo, o legislador infraconstitucional explicitou os princípios que compõem a noção de serviço público adequado, quais sejam: generalidade; modicidade; continuidade; regularidade; eficiência; segurança, atualidade e cortesia. Ademais, em seu art. 7º, elencou a Lei de Concessões os direitos e obrigações dos usuários, dentre os quais está o de receber o serviço adequado.²¹

Ao que vê, o conceito de serviço público enquanto atividade de oferecimento de utilidade material fruível diretamente pelos administrados, externado por Celso Antônio Bandeira de Mello, é o que mais se adequa às disposições dos citados art. 175 da CF/88

21 “Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.”

e Lei n.º 8.987/95. Tanto o texto constitucional, quanto a referida legislação, ao tratarem dos serviços públicos, mencionam também e, necessariamente, a figura dos usuários.

Conforme leciona Joaquim Felipe Spadoni:

Para a atividade administrativa ser caracterizada como ‘serviço público’ deve existir a possibilidade de o administrado dela usufruir diretamente, ou seja, dela tornar-se usuário, sendo que o oferecimento dessa utilidade ou comodidade material é feita indistintamente, à toda coletividade.²²

Compartilhando do entendimento do referido autor, pode-se considerar que somente aqueles serviços que a doutrina tende a classificar como *uti singuli*, em contraposição aos serviços *uti universi*, seriam, portanto, conceituados como serviços públicos, sendo que é este o conceito também adotado pelo CDC.²³

Neste sentido, na prestação de serviço público, o ator principal não é o Estado ou outro eventual prestador, mas sim o usuário, já que é para satisfazer os seus interesses que o serviço existe.²⁴ A partir de uma releitura democrática e inclusiva deste instituto, a fim de assegurar a máxima efetividade dos direitos sociais por ele instrumentalizados, pontua Adriana da Costa Ricardo Schier que o serviço público apresenta-se como um direito materialmente fundamental, previsto no art. 175, da Constituição Federal de 1988, exigindo, para a sua devida concretização, que seja prestado sob um regime jurídico específico. O regime jurídico de direito público seria, então, uma garantia fundamental, isto é, um instrumento para a concretização dos direitos dos usuários, decorrentes da dignidade da pessoa humana”.²⁵

22 SPADONI, 2000, p. 119.

23 SPADONI, Id., p. 119.

24 Neste passo, importante salientar que para a efetiva implementação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor mostra-se imprescindível o entendimento de que o papel primordial das Agências Reguladoras na regulação e controle da prestação dos serviços públicos prestados por meio dos contratos de concessão, inclusive aqueles tidos por essenciais, é a defesa dos consumidores, que devem ter as suas necessidades atendidas, obtendo serviços de qualidade, diversidade, quantidade e modicidade tarifária, em prol do equilíbrio das relações de consumo.

25 SCHIER, 2009, p. 184.

Nas palavras da autora:

Para a devida concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e dos demais princípios fundamentais da República, não basta a admitir o direito ao serviço público como um direito fundamental. É preciso reconhecer a existência de um regime jurídico que assegure a prestação do serviço adequado. Tal regime, informado pelos princípios inerentes à Administração Pública é também composto por princípios específicos, dentre os quais, aqueles diretamente vinculados ao mínimo vital deverão ser tidos como garantias fundamentais, com as consequências daí decorrentes.²⁶

Nos termos do art. 22 do CDC, “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.” E, no caso de descumprimento dessas obrigações, são tais pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista na lei consumerista.

Os usuários de serviços públicos sujeitos ao CDC, desta feita, além de estarem amparados pelos princípios e regras do regime jurídico específico de Direito Público, encontram-se abarcados pelas regras protetivas do consumidor, a fim de equacionar a sua vulnerabilidade diante dos órgãos públicos ou privados prestadores de tais serviços.

Resta indagar, então, quem são os “consumidores usuários”, ou seja, quais serviços públicos estariam abrangidos pelo CDC? E é no intuito de responder a este questionamento, abordando especificamente a prestação do serviço público de saúde, que se desenvolverá o próximo tópico do presente estudo.

3 OS SERVIÇOS PÚBLICOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E A QUESTÃO DO DIREITO À SAÚDE

Depreende-se da leitura do art. 3º, *caput* e parágrafo 2º, do CDC, que a *pessoa jurídica, pública* ou privada, pode ser considerada fornecedor, quando desenvolve, dentre outras atividades, a *prestação*

26 SCHIER, Id., p. 205.

de serviços, sendo estes conceituados como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, *mediante remuneração*.²⁷

A partir da leitura do citado dispositivo legal, grande parte da doutrina tem entendido que somente aqueles serviços públicos prestados diretamente ao usuário (*uti singuli*), mediante contraprestação ou remuneração específica ao fornecedor, por meio de tarifa ou preço público (que não são tributos), se enquadram no CDC, como é o caso, por exemplo dos serviços de fornecimento de energia elétrica, água, de telefonia, dos correios e dos pedágios. Por outro lado, não se considera caracterizada a relação de consumo quando a atividade é prestada diretamente pelo Estado e custeada por meio de receitas tributárias, como é o caso do ensino público, dos serviços de saúde pública, assistência e previdência social.²⁸

No mesmo sentido tem se posicionado o STJ, asseverando que o conceito de “serviço” previsto na legislação consumerista exige para a sua configuração, necessariamente, que a atividade seja prestada pelo Estado de maneira individualizada (e não universal), mediante remuneração direta e específica.²⁹

De outro turno, uma parcela menor da doutrina, entende que a legislação consumerista prescinde do elemento “remuneração” para tutelar o usuário consumidor diante da prestação de um serviço público, considerando o teor do art. 6º, inciso X, do CDC,

27 “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

28 Neste sentido, cite-se José Geraldo Brito Filomeno, Cláudia Lima Marques, Adalberto Pasqualotto, Geraldo Ataliba, Marçal Justen Filho e Alexandre Santos Aragão.

29 Neste sentido cite-se STJ, REsp 493.181, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª T., DJ 15/12/2005; STJ, REsp 754.784, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., DJ 13/09/2005; STJ, REsp 793422, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., DJ 17/08/2006; STJ, REsp 1.187.456, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 01/12/10; STJ, AgRg no Ag 1.398.696, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 10/11/11; STJ, REsp 493.181, Rel. Min. Denise Arruda, 1ª T., DJ 01/02/06; STJ, REsp 840.864, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª T., DJ 30/04/07; e STJ, REsp 1.187.456, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T., DJ 01/12/10.

que elenca dentre os direitos básico do consumidor, “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos *em geral*”. No entender desses doutrinadores – e também dos presentes autores – não por acaso o legislador optou por utilizar esta expressão ampliativa, mas sim com a intenção de abarcar tanto os serviços públicos prestados mediante remuneração quanto aqueles não remunerados diretamente ou obrigatoriamente gratuitos, como a saúde³⁰ e a educação.³¹

O entender dessa corrente, conhecida como maximalista, defende que os preceitos do CDC não são normas estabelecidas apenas para defender o consumidor não-profissional, devendo as mesmas serem interpretadas de forma extensiva. Explica Antônio Carlos Efig que:

(...) segundo essa corrente, o art. 2º deve ser interpretado o mais extensivamente possível, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não o fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome.³²

Além disso, considerando a defesa do consumidor enquanto garantia fundamental constitucional, bem como princípio geral norteador da Ordem Econômica, além do caráter de norma de ordem pública e de interesse social das normas contidas no CDC, em especial as que se referem à Política Nacional das Relações de Consumo, conforme aventado no tópico anterior, é de se concluir que a proteção ao usuário consumidor não pode ficar adstrita àqueles que tenham a capacidade de pagar pelo serviço público recebido.

Cumpra mencionar que, excepcionalmente, permite a Constituição Federal a exploração dos serviços de saúde, de educação, de previdência social e de assistência social pela iniciativa privada, no regime de direito privado, não detendo o Estado a sua

30 Vide art. 196 e 198, parágrafo 1º, da CF/88.

31 Vide art. 205 e 206, inciso IV, da CF/88.

32 EFING, 2000, pp. 46 e 47.

titularidade exclusiva. No caso dos demais serviços atribuídos à União, aos Estados e aos Municípios, a titularidade é exclusiva do poder público, somente podendo ser prestados pelos particulares mediante delegação (concessão, permissão, ou autorização), estando tais atividades, portanto, excluídas do campo da exploração da atividade econômica, ou seja, não sendo passíveis de serem titularizadas por particulares. Trata-se de serviços que o Estado tem a obrigação de prestar, mas sem exclusividade.³³

Consoante assevera Joaquim Felipe Spadoni, considerar que um serviço de saúde ou de educação prestado pelo Estado não está abrangido pelas regras protetivas do CDC só pelo fato de não ser remunerado, afronta o princípio isonômico, visto que somente aqueles consumidores com capacidade econômica para remunerar o fornecedor seriam albergados pela lei consumerista. Tanto a saúde quanto a educação não são serviços privativos do Estado, sendo livres também à iniciativa privada, mas independentemente de quem seja o seu fornecedor, não há qualquer diferença substancial no serviço recebido pelo consumidor.³⁴ Nas palavras do autor:

A maioria esmagadora da população brasileira, que por falta de recursos não pode utilizar de serviços que não sejam aqueles prestados pelo Estado, restaria desamparada por conta de discriminação residente em suas capacidades econômicas, sendo que os serviços recebidos – as relações de consumo – são substancialmente iguais para ambos.³⁵

No mesmo diapasão, Antônio Carlos Efing, partindo de uma visão integracionista e do diálogo entre as fontes no intuito de resguardar a dignidade da pessoa humana e harmonizar o sistema, entende pela “*inafastabilidade dos preceitos estatuídos no Código de Defesa do Consumidor aos serviços públicos, com a ressalva de que estarão a este diploma legal submetidos tão-somente aqueles serviços delegados ou delegáveis à iniciativa privada.*”³⁶ Para o autor todo e qualquer serviço público passível de execução por particular

33 MELLO, Op. cit. p. 681-683.

34 SPADONI, Op. cit., p. 122-123.

35 SPADONI, Id. p. 123.

36 EFING, 2009. p. 125.

deve se sujeitar aos regramentos do CDC, não havendo que se falar em existência de remuneração ou não, visto que mesmo em relação àqueles serviços tidos como gratuitos, como a saúde, “*existe sim, uma contraprestação, a qual é suportada por todos nós, com o pagamento dos tributos.*”³⁷

Com relação aos serviços de saúde, cuja análise faz parte do escopo do presente trabalho, dispõe o art. 6º da CF/88 tratar-se de um direito social, integrado ao conceito de Seguridade Social (art. 194, da CF/88), que compõe a Ordem Social, cujos objetivos são o bem-estar e a justiça sociais (art. 193, da CF/88). Dispõe o art. 196, da CF/88, que “*a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”.

Dispõe o art. 197 da CF/88 serem as ações e serviços de saúde de relevância pública, “*cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado*”.

A expressão “relevância pública”³⁸ designa os serviços que, embora não prestados diretamente pelo Estado, ou seja, embora

37 EFING, Id., p. 120.

38 O conceito de relevância pública está diretamente ligado com a de interesse público, cuja supremacia, juntamente com a sua indisponibilidade, representam os alicerces do regime jurídico administrativo, como delineado no tópico 2.1 do presente ensaio. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público é o interesse do todo, do conjunto social, nada mais sendo do que “a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado)”, devendo, portanto, “ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.**” Deste conceito extrai o autor ser o Estado e as demais pessoas de Direito Público são apenas depositários de um interesse, sendo que em algumas situações tais sujeitos podem “encarnar, também, interesses que não possuam a feição indicada como própria dos interesses públicos”, não havendo, desta feita, coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado (MELLO, 2009, p. 60-62). Neste contexto realiza a doutrina a classificação do interesse público em primário e secundário, sendo o primeiro o interesse público propriamente dito, ou seja, a faceta coletiva

não sejam propriamente “serviços públicos”, já que prestados por particular, comumente mediante remuneração, continuam sendo essenciais para a coletividade, de interesse social prioritário.

Assim, conforme elucida Joaquim Felipe Spadoni ao tratar sobre o tema, “*independentemente de quem presta esses serviços, independentemente de sua caracterização como serviço público ou de relevância pública, (...) o fato é que essencialmente eles são os mesmos*”.³⁹

Tanto é que a própria da Lei n.º 8080/1990, ao dispor sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, no caso, do Serviço Único de Saúde (SUS), em seu art. 7º, prevê como princípio a ser obedecido nas ações e serviços públicos de saúde e nos serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), a “*igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie*”.

Mencione-se que, nos termos do art. 8º da Lei 8080/90, as ações e serviços de saúde são executados pelo SUS diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, com quem a direção municipal do SUS pode celebrar contratos e convênios, quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população (cf. art.18, inciso X e art. 24, da Lei 8080/90). E, conforme de depreende da leitura dos arts. 20 a 22 da referida legislação, os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação

dos interesses individuais; e, o segundo, representado pelos interesses individuais, do Estado, tendo em regra cunho patrimonial. Ao Estado é permitido defender seus próprios interesses privados quando estes não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, mas sim com eles coincidam, instrumentalizando a sua realização (Sobre o tema ver BARROSO, 2005, p. vii-xviii). Destarte, tendo em vista que as ações e serviços públicos de saúde são de relevância pública, existindo, no que concerne a sua prestação, um interesse público primário, não estaria o Poder Público autorizado a buscar indevidamente a satisfação de interesses secundários em detrimento do bem-estar da Sociedade.

39 SPADONI, Op. cit., p. 122.

da saúde, *devendo ser observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do SUS quanto às condições para seu funcionamento.*

Ademais, em acréscimo aos argumentos já expendidos, cabe mencionar que no que tange especificamente à prestação dos serviços de saúde, o Poder Público⁴⁰ – assim como ocorre quando as pessoas jurídicas de direito privado exploram economicamente a prestação desses serviços essenciais –, leva em consideração, dentre outros fatores, a “*avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas*”,⁴¹ ao analisar a inclusão, exclusão ou alteração, pelo Sistema Único de Saúde (SUS) de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica.

E, é justamente com relação às ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, concernentes à dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, bem como, à oferta de procedimentos terapêuticos, incluídas no campo de atuação do SUS, que se apresentam as maiores insatisfações dos “consumidores usuários” perante o Poder Público fornecedor. O que, atualmente, tem originando inúmeras demandas ao Poder Judiciário, dando ensejo à denominada “judicialização do direito à saúde”, contexto em que se revela de extrema importância o instrumento processual da inversão do ônus da prova em prol da proteção da parte vulnerável, como será a seguir analisado.

40 No caso, o Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

41 Vide art. 19, alínea “Q”, parágrafo 2º, inciso II, da Lei n.º 8080/1990, com a redação dada pela Lei n.º 12.401/2011.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA: UM CAMINHO PARA A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR USUÁRIO DA SAÚDE PÚBLICA

A efetivação dos Direitos Fundamentais de segunda e terceira dimensões, dependentes de ações positivas do Estado, por meio de políticas públicas, ainda não se concretiza de forma plena e satisfatória no Brasil, mesmo passadas quase três décadas da promulgação do texto constitucional.

O planejamento e a execução das políticas públicas adotadas pelo Estado dependem, por certo, da disponibilização de recursos públicos, no entanto, não é apenas a sua viabilidade econômica que influenciará no seu resultado, mas também a sua coerência jurídica e institucional, congruência, universalidade e articulação político-social.⁴²

Um dos argumentos recorrentes para a limitação à realização das políticas públicas voltadas à proteção de direitos fundamentais sociais é a teoria da reserva do possível, que busca vincular a sua efetivação à existência de recursos. No entanto, há que se estabelecer “o que não é possível porque, comprovadamente, não existem meios suficientes, mesmo após o atendimento das normas constitucionais que determinam alocação de recursos e o que não é possível, porque os meios suficientes foram alocados para outras prioridades.”⁴³

No caso, o tripé saúde, educação e seguridade social figuram na primeira ordem de prioridades, contendo o texto constitucional normas claras sobre a destinação de recursos públicos para a realização das políticas públicas destinadas a sua efetivação.⁴⁴

Neste contexto, exsurge o debate acerca do controle jurisdicional das políticas públicas, frequentemente observado na atualidade, quando os Poderes Legislativo e Executivo não são capazes de implementar os direitos fundamentais constitucionalmente

42 BREUS, Op. cit., p. 173-174.

43 BREUS, Id., p. 202.

44 Vide artigos 195, 204 e 212 da CF/88 e artigos 55 e 60 do ADCT.

previstos, competindo ao Judiciário suprir o comportamento comissivo ou omissivo do Estado. O Poder Judiciário tem uma atribuição residual em matéria de políticas públicas, não devendo intervir indistintamente em matéria de competência dos demais poderes, mas somente em caso de omissão ou contrariedade com os núcleos constitucionais de irradiação dos direitos sociais.⁴⁵

Consubstancia-se o direito constitucional social à saúde em direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passíveis de serem garantidas – quando da negativa estatal em elaborar e implementar as respectivas políticas públicas – pela via judicial. Como preceitua Celso Antônio Bandeira de Mello:

Os indivíduos têm direito subjetivo à defesa de interesses consagrados em normas expedidas para a instauração de interesses propriamente públicos, naqueles casos em que seu descumprimento pelo Estado acarreta ônus ou gravames suportados individualmente por cada qual.⁴⁶

A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Min. Celso de Mello, ao relatar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, ocasião em que o reconheceu como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional, impondo aos entes federados um dever de prestação positiva. Além disso, ao tratar da essencialidade do direito à saúde, constitucionalmente qualificado como de relevância pública, em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais deixam de respeitar o mandamento constitucional, destacou o Ministro:

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (JOSÉ AFONSO DA SILVA, ‘Poder Constituinte e Poder Popular’, p. 199, itens ns. 20/21, 2000, Malheiros) –, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir,

45 CANELA JUNIOR, 2011, p. 148.

46 MELLO, Op. cit., p. 62.

às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.⁴⁷

Tal garantia de acesso à justiça tem sido cada vez mais frequentemente concretizada por meio de demandas judiciais, em que se pretende determinar ao Poder Público as mais variadas prestações de saúde, dentre as quais se destacam a realização de cirurgias e exames; o custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior; a criação de vagas de UTI(s) e leitos hospitalares; e o fornecimento de remédios, suplementos alimentares, órteses e próteses.

Recentemente, nos autos de Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n.º 47/PE em trâmite no Supremo Tribunal Federal,⁴⁸ o Min. Gilmar Mendes, na qualidade de Relator, verificando a recorrente tentativa do Poder Público de suspender decisões judiciais nesse sentido e, levando em conta a relevância da concretização do direito à saúde, bem como a complexidade das questões envolvidas nestes processos, convocou ao todo seis Audiências Públicas para ouvir os especialistas em matéria de Saúde Pública, no caso, os gestores públicos, e os membros da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia da União, Estados e Municípios, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil.

Das experiências e dados colhidos nos debates pôde-se concluir que a primeira questão a ser considerada é a existência, ou não, de política pública que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Caso esta não esteja entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, torna-se imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa; de

47 AgR – RE n.º 271.286-8/RS, Min. Rel. Celso de Mello, DJ 12/09/2000. Disponível em: <<http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 08/07/2016.

48 SL n.º 47 – AgR/PE, Min. Rel. Gilmar Mendes, DJ 30/04/2010. Disponível em: <<http://www.redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: 08/07/2016.

uma decisão administrativa de não a fornecer; ou de uma vedação legal a sua dispensação.

O segundo caso, que é o que mais suscita contestações judiciais por parte dos usuários, tem ocorrido quando o SUS decide não custear determinada ação de saúde, por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Isso porque a incorporação, a exclusão ou a alteração pelo Sistema de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica deve levar em consideração, nos termos do art. 19 – Q, da Lei n.º 8080/1990, “*as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso*”, além da já mencionada *avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas*.

Uma das situações em que isso acontece é quando o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente, devendo este, caso queira que o Poder Judiciário determine ao Poder Público o fornecimento de medida diferente da custeada pelo SUS, comprovar que por razões específicas do seu organismo o tratamento oferecido pela política de saúde existente não é eficaz.

De outro turno, há situações em que o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia e a lentidão para a aprovação de novas indicações terapêuticas – que se dá por meio de processo administrativo, nos termos do art. 19 - R, da Lei n.º 8080/90 –, acaba por excluir o acesso de pacientes do sistema público a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada.

Em todos esses casos a satisfação do direito à saúde é buscada pela via judicial, tanto por meio de ações individuais como coletivas, sendo imprescindível que haja uma instrução processual, com ampla produção probatória, a fim de viabilizar inclusive a concessão de medida liminar.

Ao que se vê, como conclui o Min. Gilmar Mendes no voto proferido nos referidos autos de Agravo Regimental, há a clara necessidade de instrução probatória das demandas de saúde, a fim de se verem contempladas as especificidades do caso concreto

examinado, permitindo que “*o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde*”.⁴⁹

No entanto, nos casos em que o fornecimento do medicamento ou do tratamento é postulado judicialmente em face das pessoas jurídicas de direito privado que prestam os serviços de saúde por atuação direta ou de forma complementar, resta reconhecida uma relação de consumo, incidindo a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quando, na avaliação do juiz, for verificada a verossimilhança da alegação do autor ou quando for ele hipossuficiente, nos termos do art. 6º, inciso VIII, do CDC. Porém, quando quem busca a mesma tutela jurisdicional é o usuário do SUS, esta garantia processual não é reconhecida, restando refletida no processo judicial a vulnerabilidade do autor em face do Poder Público demandado.

49 Neste sentido, mencione-se que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) tem realizado Jornadas Nacionais da Saúde para debater os problemas inerentes à judicialização da saúde e apresentar enunciados interpretativos sobre o direito à saúde. Tais eventos fazem parte das ações do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, criado em 2010 pelo CNJ para o monitoramento e a resolução das demandas de assistência à saúde. Sua criação decorreu do elevado número e da ampla diversidade dos litígios referentes ao direito à saúde, bem como do forte impacto dos dispêndios decorrentes sobre os orçamentos públicos. E, conforme se depreende do teor dos enunciados n.º 12, 14, 16 e 19, dentre outros, boa parte das questões giram em torno da instrução probatória a cargo do demandante. Ademais, a partir do que foi constatado por meio das Audiências Públicas realizadas no STF, expediu o CNJ a Recomendação n.º 31, de 30 de março de 2010, recomendando aos Tribunais a adoção de medidas visando melhor subsidiar os magistrados e demais operadores do direito para assegurar maior eficiência na solução das demandas judiciais envolvendo a assistência à saúde. Dentre estas medidas está a criação dos Núcleos de Apoio Técnico (NATs), compostos por profissionais da área médica e com a missão de auxiliar os magistrados nas tomadas de decisões relacionadas ao direito à saúde. No mês de julho de 2016 o TRF4 recebeu o Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde e, o caminho apontado pelos debatedores para a garantir ao cidadão uma resposta rápida, precisa e de qualidade nas demandas de saúde foi o da integração entre as áreas médica e jurídica, salientando-se a importância de se subsidiar o Judiciário com informações técnicas suficientes para o embasamento das decisões. Além disso, acrescentou-se que, recentemente e, de forma pioneira, Curitiba e Porto Alegre passaram a contar com cinco varas federais especializadas em saúde, em atendimento à Recomendação Número 43 do CNJ, que solicita aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que promovam a especialização de varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e também priorizem o julgamento dos processos relativos à saúde complementar.

A inversão do ônus da prova prevista no CDC, enquanto meio de facilitação da defesa do consumidor tem por fim de assegurar o devido processo legal, nos termos do art. 5º, inciso LV, da CF/88, mediante a paridade de armas entre o consumidor e o fornecedor especialista, para a concretização do contraditório e da ampla defesa.

Esta inovação⁵⁰ estampada na lei consumerista demonstra que a evolução do processo deve acompanhar a evolução dos direitos e, por conseguinte, do modelo constitucional. Assim, conforme aponta Cecília Matos, o que antes se entendia como uma via formal de demandar em juízo, para a satisfação de interesses individuais, *“atualmente se afigura muito mais como instrumento efetivo de garantias fundadas no devido processo legal e no sistema político-constitucional, afastando-se de qualquer possibilidade de denegação da justiça ou violação de direito fundamental.”*⁵¹

O processo precisa ser efetivo, ou seja, apto para atingir a paz social e o bem comum, por meio de um provimento justo e legítimo. Além disso, tem que ser instrumento útil e eficiente.⁵² A inversão do ônus da prova em favor do consumidor é instrumento de ordem processual que foi reconhecido pelo legislador de 1990 a fim de se evitar que se repetisse em juízo a mesma desigualdade existente na relação de direito material.⁵³

Neste passo, prevê o CDC como um dos requisitos para inverter as regras de distribuição do ônus probatório a hipossuficiência do consumidor, cujo significado não deve se restringir apenas à

50 Inovação em relação ao art. 333 do Código de Processo Civil de 1973, em vigor à época da edição do CPC, que, adotando a denominada “teoria estática”, dispunha que o ônus da prova incumbia ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito e, ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, sendo permitida em alguns casos a distribuição de maneira diversa, mediante convenção entre as partes. O CDC adotou a denominada “teoria dinâmica” da distribuição do ônus da prova. Sobre o tema: ZANETI, 2011; CARPES, 2010; e GUTH, 2001, p. 37-76 (Antônio Carlos Efing, coordenador). Com relação ao novo CPC, falaremos adiante.

51 MATOS, 1994, p. 164.

52 MATOS, Id., p. 165.

53 MATOS, Id., p. 166.

diminuição de capacidade deste sob a ótica econômica, mas também sob o prisma educacional, social, cultural e do acesso à informação.

A desvantagem do consumidor em relação ao fornecedor decorre, por certo, da sua ignorância acerca de aspectos técnicos concernentes à prestação do serviço ou à fabricação do produto, ou mesmo da extrema dificuldade de produzir prova a elas relacionada.⁵⁴ Conforme pontua Antonio Gidi, essa inferioridade do consumidor deriva “*da desigualdade existente quanto à detenção dos conhecimentos técnicos inerentes à atividade deste*”.⁵⁵

No mesmo intuito e em consonância com os princípios norteadores do devido processo legal previsto na Constituição Federal de 1988, o novo Código de Processo Civil (lei n.º 13.105/2015),⁵⁶ a fim de possibilitar a paridade de armas entre as partes litigantes e a tutela jurídica efetiva, ou seja, visando a exata congruência entre a prova a ser produzida e a capacidade do demandante, prevê em seu art. 373, parágrafos 1º e 2º, a possibilidade de o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, desde que isso não gere situação em que a desincumbência

54 WATANABE, 2011, p. 618.

55 GIDI, 1995, p. 36.

56 “Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.”

do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.⁵⁷

Referidos dispositivos encontram-se em harmonia com o contido no art. 6º do novo CPC,⁵⁸ que prevê a cooperação entre todos os sujeitos do processo para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Desta feita, considerando o processo civil enquanto instrumento para a efetivação das garantias fundadas no devido processo legal e no sistema constitucional brasileiro, bem como a relevância da instrução probatória e a complexidade técnica das provas nas demandas que envolvem a concretização do direito à saúde, deve o juiz se utilizar da distribuição dinâmica do ônus da prova, seja de ofício ou a pedido da parte vulnerável, quando no caso concreto verificar a verossimilhança das alegações desta, ou – e principalmente – a sua hipossuficiência.

Como leciona Ingo Wolfgang Sarlet, as efetivas dificuldades de proteção e implementação que caracterizam boa parte dos direitos fundamentais da segunda e terceira dimensões, apontam “*para a necessidade de alternativas não exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico, além da revisão e adaptação dos mecanismos jurídicos tradicionais*”.⁵⁹

Nas ações judiciais que envolvem a prestação de serviços públicos pelo SUS cabe ao Juízo, utilizando como critério o contido no art. 6º, inciso VIII do CDC e, de acordo com o art. 373, parágrafo 1º, do CPC em vigor, aplicar a inversão o ônus da prova em favor do “consumidor usuário” litigante.

57 Os parágrafos do art. 373 do novo CPC trazem a inovação de adotarem expressamente a possibilidade que ficou conhecida na doutrina como “dinamização do ônus da prova”, mediante as condicionantes materiais e processuais ali previstas. O STJ, mesmo antes do CPC/2015, já autorizava a dinamização em alguns âmbitos, como o Direito Ambiental (STJ, 2ª T., REsp nº 883656/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 28/2/2012).

58 Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

59 SARLET, Op.cit., p. 54.

5 CONCLUSÃO

A realidade brasileira demonstra que, por falta de recursos, a maioria da população não pode se utilizar de serviços que não sejam aqueles prestados pelo Estado e, que assim o são, de maneira precária e com total descaso em relação à efetiva satisfação das necessidades dos cidadãos usuários, em especial no que atine ao setor da saúde pública. Diante disso, parece inconcebível adotar-se uma interpretação restritiva da legislação consumerista, a fim de proteger o Poder Público fornecedor, em detrimento da concretização de um direito fundamental em igualdade de condições com aqueles que possuem condições financeiras para pagar pelo serviço prestado.

Embora na aparência a relação entre o Poder Público prestador do serviço de saúde e o usuário, e a relação entre o ente privado prestador do mesmo serviço e o consumidor, demonstrem peculiaridades, na essência são as mesmas, não havendo qualquer diferença substancial no serviço a ser recebido pelo cidadão em virtude do fato de que sujeito o está prestando. Some-se a isso a constatação da utilização do critério econômico como norte para a inclusão e exclusão de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como para a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, tanto por parte dos entes privados, que exploram a saúde como atividade econômica, quanto pelo Estado.

A igualdade de assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie, preconizada na Lei do SUS, tem que ser considerada como uma via de mão dupla: do público para o privado e também do privado para o público. Além do mais, a defesa do consumidor usuário é princípio norteador da ordem econômica e garantia fundamental, devendo prevalecer, independentemente da sua capacidade financeira, porque indispensável para assegurar a todos existência digna e justiça social.

Conforme demonstrado, enquanto não se supera o paradigma da necessidade de remuneração direta e específica para a configuração da relação de consumo entre o usuário e o prestador do serviço público – que por certo opera em detrimento da supremacia e da indisponibilidade do interesse público –, vislumbra-

se a dinamização do ônus da prova como uma possibilidade de materialização da igualdade entre o direito à saúde pública e à privada, bem assim, do equilíbrio na relação (ao menos processual) entre o cidadão e o Poder Público.

A atuação do Poder Judiciário na concretização do direito social à saúde é indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana, sendo essencial a integração de dispositivos de diversas áreas do Direito Público, como as normas do Direito Constitucional, Administrativo e do Consumidor, e, na grande maioria dos casos, depende de vasta e complexa instrução probatória, principalmente por parte do demandante, o simples e desprovido usuário do SUS.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a definição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. vii-xviii.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. São Paulo: RT, 2009.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional: a problemática da concretização dos direitos fundamentais sociais pela administração pública brasileira contemporânea**. Dissertação aprovada no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARPES, Artur. **Ônus Dinâmico da Prova**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CASTRO, Carla Frade de Paula. **Da aplicabilidade do Direito Consumerista aos Serviços Públicos**. Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 11 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44334&seo=1>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do Direito das Relações de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: RT, 1999.

_____. (coord.). **Agências Reguladoras e a Proteção do Consumidor Brasileiro**. Juruá: Curitiba, 2009.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 2a Ed. São Paulo: Saraiva. p. 252.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GIDI, Antonio. Aspectos da inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 13, 1995, p. 36.

GUTH, Débora Maria. A inversão do Ônus da Prova no Direito do Consumidor. In: EFING, Antônio Carlos (coord.). **Direito do Consumo**. Curitiba, Juruá, 2001, p. 37-76.

KALIL, Ana Paula Maciel Costa. **Política Nacional de Resíduos Sólidos**. Curitiba: Juruá, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MATOS, Cecília. O ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 11, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Natureza e Regime Jurídico das Autarquias**. São Paulo: RT, 1968. p. 139-173.

_____. **Curso de Direito administrativo**. 26^a ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 665.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime Jurídico do Serviço Público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso**

social. Tese aprovada no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

SPADONI, Joaquim Felipe. Apontamentos sobre a disciplina dos Serviços Públicos no Código de Defesa do Consumidor. **Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá**. Cuiabá, EdUNIC, v. 2, n. 1, jul. 2000.

WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Vol II. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZANETI, Paulo Rogério. **Flexibilização das Regras do ônus da prova**. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

Recebido em 13/10/2016.

Aprovado em 24/04/2017.

