

O CONSEQUENCIALISMO PREVISTO NA LINDB E SUA EQUIVOCADA APLICAÇÃO NA DECISÃO DO STJ QUE DEFINIU A NATUREZA JURÍDICA DO ROL DA ANS COMO TAXATIVA



Andrea Fabiane Groth Busato¹

O presente artigo aborda as razões da discussão sobre a natureza jurídica do rol de procedimentos da ANS, trazendo os fundamentos das decisões antagônicas da 3ª. e 4ª. Turmas do STJ, que se posicionam, respectivamente, no sentido da referida lista ter natureza exemplificativa e taxativa. Faz-se o cotejo das argumentações das decisões, demonstrando principalmente o caminho lógico baseado nas premissas consequencialistas utilizado pela 4ª. Turma para modificar o entendimento que já era sedimentado no referido colegiado (rol exemplificativo). A partir desta conferência, passa-se à análise da inserção do consequencialismo no Brasil, através do art. 20, da LINDB, fazendo-se, ainda, um paralelo com a Teoria Econômica do Direito e com a Teoria Utilitarista, que têm como premissa o consequencialismo, seguindo-se uma abordagem sobre suas origens, conceituação e defrontação com o deontologismo. Nesse contexto teórico, expõe-se a dualidade do argumento consequencialista na visão de Richard Posner e Ronald Dworkin e a problemática da indeterminação nas fundamentações principiológicas e consequencialistas no discurso jurídico. Discorre-se, a seguir, sobre a imperatividade da cientificidade do argumento jurídico e a dificuldade de se legitimar a fundamentação baseada exclusivamente no consequencialismo. Ao fim, analisa-se os argumentos consequencialistas utilizados na decisão divergente proferida no Recurso Especial n.º 1.733,013-PR (2018/0074061-5) da 4ª. Turma do STJ, objetivando investigar se as razões jurídicas trazidas no "decisum" estão em sintonia com a ciência do direito e com a hermenêutica ou se inserem na categoria de falácias argumentativas, concluindo-se, por derradeiro, que os argumentos são especulativos e não atendem o bem-comum da sociedade.

Palavras-Chaves: STJ, Rol da ANS, Natureza jurídica, Consequencialismo. Legitimidade, Falácias.

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pela Unicuritiba Especialista em Direito Processual Civil pelo IBEJ – Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos, especialista em Direito Aplicado pela EMAP/PR, pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, juíza de direito do TJPR.

THE CONSEQUENTIALISM PROVIDED IN THE LINDB AND ITS MISTAKEN APPLICATION IN THE STJ DECISION THAT DEFINED THE LEGAL NATURE OF THE ROLE OF ANS AS TAXATION



Clayton Reis²

This article addresses the reasons for the discussion about the legal nature of the ANS' list of procedures, providing the grounds for the conflicting decisions of the 3rd and 4th. Fourth Panels of the STJ, which are positioned, respectively, in the sense that such list is exemplary and exhaustive.

The argumentation of the decisions will be compared, demonstrating mainly the logical path based on the consequentialist premises used by the 4th Panel to change the understanding that was already established in the mentioned panel (exemplifying list).

² Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1999). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1996). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1970). Magistrado em Segundo Grau, aposentado, do TJPR. Professor na Escola da Magistratura do Paraná e pertence ao Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-doutoral na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal (2012-2013).



Miguel Kfoury Neto³

From this conference, we proceed to the analysis of the insertion of the consequentialism in Brazil, through art. 20, of LINDB, making a parallel with the Economic Theory of Law and the Utilitarian Theory, which have the consequentialism as premise, following an approach on its origins, conceptualization and confrontation with the deontology. In this theoretical context, the duality of the consequentialist argument is exposed in the view of Richard Posner and Ronald Dworkin and the problem of indetermination in the principled and consequentialist foundations in legal discourse.

Therefore, we discuss the imperativeness of the scientificity of legal argument and the difficulty of legitimizing a foundation based exclusively on consequentialism.

Keywords: STJ, ANS list, Legal Nature, Consequencialismo, Fallacies

³ Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1994). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1981). Magistrado em Segundo Grau no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor visitante na Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. Professor permanente no Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Fez estágio Pós-Doutoral na Universidade de Lisboa, Portugal (2012/2013).

INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça há anos vinha decidindo, de maneira uniforme, que a natureza do rol de procedimentos fixados pela Agência Nacional de Saúde através de Resolução era exemplificativa e, com isto, os planos de saúde deveriam cobrir a realização de procedimentos e a concessão de medicamentos que não se encontrassem na referida lista, desde que solicitados pelo médico responsável pelo paciente.

Este entendimento se baseava, em síntese, na impossibilidade de Resolução restringir o conteúdo do direito constitucional à saúde, bem como na aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, a 4ª. Turma do STJ rompeu a regularidade do entendimento e decidiu no Recurso Especial n. 1.733.013-PR (2018/0074061-5) que o rol tem natureza taxativa. A 3ª. Turma, por sua vez, até agora mantém o entendimento de que o rol é exemplificativo.

Assim, a partir da análise das decisões divergentes proferidas pelas 3ª. e 4ª. Turmas do STJ, acerca da natureza jurídica do rol de procedimentos fixados pela ANS, Agência Nacional de Saúde, objetivou-se, neste artigo, perscrutar o caminho lógico das decisões divergentes, mormente o voto do Ministro Salomão, integrante da 4ª. Turma do referido Tribunal, relator do Recurso Especial 1.733.013 - PR (2018/0074061-5), que fundamentou sua decisão com base em argumentos consequencialistas e rompeu com o entendimento outrora unânime da corte, de que o rol da ANS tem caráter exemplificativo.

A seguir, procedeu-se ao exame da fase atual do debate acadêmico (estado da arte), através da plataforma "Google Acadêmico", restringindo-se o período compreendido entre os anos de 2018 e 2021, visto que no ano de 2018 foi proferida a decisão pelo Ministro Salomão que modificou o paradigma até então existente. Utilizou-se as palavras-chave "consequencialismo" e "plano de saúde", com o que se chegou a 1.410 (mil quatrocentos e dez) resultados. Definida uma pesquisa avançada com a inclusão das palavras "rol taxativo" e "ans"; e, também, com a inclusão tão somente de artigos científicos, livros, capítulos de livros, pesquisas jurídicas relacionadas com instituições de ensino que possuam cursos de pós-graduação stricto sensu, trabalhos científicos elaborados por mestre e doutores, chegou-se ao resultado de 205 (duzentos e cinco) resultados para a pesquisa. Na etapa seguinte foram selecionados todos os trabalhos que possuem relação direta com a situação problema objeto da pesquisa do presente trabalho, os quais foram devidamente referenciados.

Com isto, demonstrou-se a inserção do consequencialismo (análise das consequências da decisão para a sociedade) no ordenamento jurídico pátrio, através do artigo 20 da LINDB, Lei de Introdução de Normas do Direito Brasileiro, fazendo-se uma

análise da Teoria Econômica do Direito e da Teoria Utilitarista, que têm como premissa o consequencialismo, a fim de informar as origens deste argumento decisório adicionado à legislação brasileira, sua conceituação e suas premissas, comparando-o com o deontologismo, tradicionalmente utilizado pelos aplicadores do direito.

Após, em face da pesquisa realizada, discorreu-se sobre a legitimidade dos princípios e das consequências para a justificação das decisões, diferenciando-os. Trouxe, ainda, a discussão entre Posner, expoente da Teoria Econômica do Direito e Ronald Dworkin, criador da Teoria Integridade do Direito, revelando-se a ausência de um conceito objetivo de bem-comum para os consequencialistas/pragmáticos, pelo que este conceito pode levar à percepção subjetiva do julgador. Assim, as razões consequencialistas não podem se desvirtuar do ordenamento jurídico e dos valores que o informam, sob pena de negação dos Princípios da Tripartição dos Poderes, da democracia e da segurança jurídica.

Ainda, discorreu-se sobre a necessidade do argumento consequencialista se valer de métodos científicos e não de métodos especulativos. Demonstrou-se a dificuldade da teoria consequencialista com a predição do argumento, ante o desconhecimento científico do julgador, além da necessidade de as consequências não se afastarem do Princípio da Proporcionalidade em sentido Estrito, em que a aplicação do ordenamento jurídico deve atender à situação concreta de forma adequada e proporcional. Assevera-se que a obrigação que se impôs ao julgador, de se informar as consequências da decisão, pode levar à utilização de falácias, ou seja, raciocínios enganosos.

Por fim, analisou-se a decisão proferida no Recurso Especial n. ° 1.733.013 - PR, com vistas a investigar se os argumentos trazidos no "decisum" estão em sintonia com a ciência do direito e com a hermenêutica ou se inserem na categoria de falácias argumentativas e se efetivamente estão em acordo com o bem-comum.

O método utilizado foi o hipotético-dedutivo. Em um primeiro momento se verificou o problema, qual seja, a divergência dos argumentos decisórios das 3ª. e 4ª. Turmas do STJ em relação à natureza jurídica do rol da ANS. Após, formulou-se a hipótese de que os argumentos consequencialistas previstos na decisão do Recurso Especial 1.733.013 - PR (2018/0074061-5) da 4ª. Turma do STJ, podem apresentar falhas. Após, conduziu-se o processo de falseamento ou corroboração da hipótese, para se verificar se os argumentos têm ou não legitimidade, cientificidade e adequação para amparar a tese formulada.

1 DA DISCUSSÃO NO STJ ACERCA DA NATUREZA DO ROL DE PROCEDIMENTOS E MEDICAMENTOS DE REFERÊNCIA BÁSICA DA AGÊNCIA NACIONAL DA SAÚDE

Estão suspensos os julgamentos de dois embargos de divergência entre a 3ª e a 4ª Turmas do STJ (EResp 1886929/SP e EREsp nº 1889704/ SP), posto que as referidas turmas estão decidindo atualmente em sentidos diametralmente opostos acerca da natureza jurídica, se taxativa ou exemplificativa, do rol de procedimentos previsto pela Agência Nacional de Saúde Complementar. Os julgamentos se iniciaram em 15/09/21, sendo suspensos em razão de pedido de vista da Ministra Nancy Andrigui e, portanto, não há como se analisar as suas razões. Assim, socorro-me dos julgamentos já realizados em que a mesma matéria foi apreciada, para análise dos seus fundamentos

A 3ª Turma do STJ entende que o rol é exemplificativo, pelo que se vê das seguintes razões da decisão exarada no Recurso Especial n. 1.876.630-SP, (2020/0125504-0), de relatoria da Ministra Nancy Andrigui, DJe: 11/03/2021: 1- Os atos normativos exarados pela ANS, além de compatíveis com a Lei 9.656/1998 e a Lei 9.961/2000, dentre outras leis especiais, devem ter conformidade com a CF/1988 e o CDC, não lhe cabendo inovar a ordem jurídica; 2- Os atos normativos regulamentares devem afirmar a relevância pública atribuída aos serviços de saúde pelo texto constitucional, dada a importância social da atividade exercida pelas operadoras de planos de saúde ao contribuírem, ainda que em caráter suplementar, para a concretização do direito à saúde garantido a todos pelo constituinte (arts. 196, 197 e 199 da CF/1988); 3- O que se infere da leitura da Lei 9.656/1998 é que o plano-referência impõe a cobertura de tratamento de todas as doenças listadas na CID, observada a amplitude prevista para o segmento contratado pelo consumidor (ambulatorial; internação hospitalar; obstétrico; odontológico) e excepcionadas apenas as hipóteses previstas nos incisos do art. 10, pelo que não cabe à ANS estabelecer outras hipóteses de exceção da cobertura obrigatória pelo plano-referência, além daquelas expressamente previstas nos incisos do art. 10 da Lei 9.656/1998, assim como não lhe cabe reduzir a amplitude da cobertura, excluindo procedimentos ou eventos necessários ao tratamento das doenças listadas na CID, ressalvadas, nos termos da lei, as limitações impostas pela segmentação contratada; 4- À ANS, portanto, incumbe detalhar os procedimentos e eventos listados pelo legislador nos incisos do art. 10 da Lei 9.656/1998 – como, de fato, o fez no § 1º do art. 20 da Resolução ANS 428/2017 – e definir a amplitude da cobertura para cada segmento de contratação – como, de fato, o fez nos arts. 21 a 24 da Resolução ANS 428/2017; 5- Sob o prisma do CDC, não há como exigir do consumidor, no momento em que decide aderir ao plano de saúde, o conhecimento acerca de todos os

procedimentos que estão (3.000) – e dos que não estão – incluídos no contrato firmado com a operadora do plano de saúde, inclusive porque o rol elaborado pela ANS apresenta linguagem técnico-científica, absolutamente ininteligível para o leigo. Igualmente, não se pode admitir que mero regulamento estipule, em desfavor do consumidor, a renúncia antecipada do seu direito a eventual tratamento prescrito para doença listada na CID, por se tratar de direito que resulta da natureza do contrato de assistência à saúde. Além do mais, a prescrição de determinado tratamento para a doença que acomete o beneficiário do plano de saúde, dentre todas as opções de tratamento possíveis, não se encontra na esfera de negociabilidade da operadora, porquanto é ato vinculado ao exercício regular da atividade do profissional de saúde e que é praticado segundo as condições pessoais de cada paciente, sob a responsabilidade daquele que o examina, diagnostica e acompanha. Na prática, o que se espera do fornecedor, para o atendimento ao dever de informação, é que o consumidor seja clara, suficiente e expressamente esclarecido sobre os eventos e procedimentos não cobertos em cada segmentação assistencial (ambulatorial, hospitalar – com ou sem obstetrícia – e odontológico), como também sobre as opções de rede credenciada de atendimento, segundo as diversas categorias de plano de saúde oferecidas pela operadora; sobre os diferentes tipos de contratação (individual/familiar, coletivo por adesão ou coletivo empresarial), de área de abrangência (municipal, grupo de municípios, estadual, grupo de estados e nacional) e de acomodação (quarto particular ou enfermaria), bem como sobre as possibilidades de coparticipação ou franquia e de pré ou pós-pagamento, porque são essas as informações que o consumidor tem condições de avaliar para eleger o contrato a que pretende aderir.

Em posição absolutamente distinta, a 4ª Turma do STJ, por sua vez, conferiu natureza taxativa ao rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS, o qual pode ser mitigado em situações excepcionais, quando demonstrado através de pareceres técnicos que não há risco para o equilíbrio do contrato, conforme se vê das razões contidas na ementa da decisão no Recurso Especial n. 1.733.013 – PR (2018/0074061-5), julgado com natureza de "overruling":

PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (OVERRULING). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE

PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. OFERECIMENTO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO, CONSTANTE DA RELAÇÃO ESTABELECIDADA PELA AGÊNCIA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INVIABILIDADE.

1. A Lei n. 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. O art. 4º, III e XXXVII, atribui competência à Agência para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656/1998, além de suas excepcionalidades, zelando pela qualidade dos serviços prestados no âmbito da saúde suplementar.

2. Com efeito, por clara opção do legislador, é que se extrai do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 c/c o art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000, a atribuição dessa Autarquia de elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Em vista dessa incumbência legal, o art. 2º da Resolução Normativa n. 439/2018 da ANS, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, em harmonia com o determinado pelo caput do art. 10 da Lei n. 9.656/1998, esclarece que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID da Organização Mundial da Saúde.

3. A elaboração do rol, em linha com o que se deduz do Direito Comparado, apresenta diretrizes técnicas relevantes, de inegável e peculiar complexidade, como: utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde - ATS; observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências - SBE; e resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.

4. O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em visitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas.

5. Quanto à invocação do diploma consumerista pela autora desde a exordial, é de se observar que as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem reverência ao princípio da especialidade e ao disposto no art. 4º daquele diploma, que orienta, por imposição do próprio

Código, que todas as suas disposições estejam voltadas teleologicamente e finalisticamente para a consecução da harmonia e do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

6. O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico. A uníssona doutrina especializada alerta para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar. A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso tem de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo custos de forma racional e prudente.

1.1 DO COTEJO ENTRE OS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES DA 3ª. E DA 4ª. TURMAS DO STJ.

Constata-se da análise dos pontos nevrálgicos das decisões divergentes citados, que a 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça admite a aplicação do Código de Defesa do Consumidor de forma complementar à lei 9.656/98, enquanto a 4ª. Turma do STJ entende que a aplicação deve ser subsidiária, conforme dispõe o artigo 35-G da referida lei.

Desta forma, o artigo 4º.III da lei 9.961/00, que disciplina que compete à ANS elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei no 9.656/98, e suas excepcionalidades; e, o § 4º do artigo 10 da lei 9.656/98, que dispõe que a amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar será estabelecida em norma editada pela ANS, podem ou não estar em conformidade com o Diploma Consumerista, lei complementar, dependendo da Turma que analisar o Recurso.

A aplicação subsidiária ou complementar do CDC não é objeto deste trabalho, apesar de reclamar uma apuração aprofundada em outro momento. O que se visa aqui é se constatar a viabilidade dos argumentos consequencialistas da decisão da 4ª. Turma, decorrentes da aplicação do Princípio Constitucional da Saúde, conforme se verá a seguir.

Outro ponto fundamental de divergência, do qual decorrem entendimentos absolutamente destoantes, é a análise por uma ou por outra Turma do STJ, sobre o conteúdo do Princípio da Dignidade da Pessoa humana e a consequente garantia constitucional do direito à saúde.

A decisão proferida pela 3ª. Turma do STJ assevera que a legislação ordinária, referente aos planos de saúde, deve estar em conformidade com a Constituição Federal, não lhe cabendo inovar a ordem jurídica. Sustenta o "decisum" que os atos normativos

regulamentares devem afirmar a relevância pública atribuída aos serviços de saúde pelo texto constitucional, dada a importância social da atividade exercida pelas operadoras de planos de saúde ao contribuírem, ainda que em caráter suplementar, para a concretização do direito à saúde garantido a todos pelo constituinte (arts. 196, 197 e 199 da CF/1988). Nessa toada, afirmou o e. Ministro Marco Aurélio, no voto condutor da ADI 1.931/DF (Pleno, julgada em 07/02/2018, DJe de 08/06/2018) que "a promoção da saúde, mesmo na esfera privada, não se vincula às premissas do lucro" e que "a atuação no lucrativo mercado de planos de saúde não pode ocorrer à revelia da importância desse serviço social, reconhecida no artigo 197 do Texto Maior.

Não há qualquer restrição ao conteúdo do direito à saúde, pelo contrário, infere-se da decisão que o significado dado ao conceito saúde é o da Organização Mundial de Saúde, qual seja, estado de normalidade de funcionamento do organismo humano. Ter saúde é viver com boa disposição física e mental, sem qualquer restrição.

Por sua vez a decisão proferida pela 4ª. Turma traz entendimento restritivo ao direito constitucional à saúde, admitindo que o legislador limite o conceito de saúde trazido pela Constituição Federal, "in verbis":

Ingo Wolfgang Sarlet leciona que o texto constitucional não define expressamente o conteúdo do direito à proteção e à promoção da saúde, indicando "a relevância de uma adequada concretização por parte do legislador e, no que for cabível, por parte da administração pública. A Lei n. 9.656/1998, a Lei n. 9.961/2000 e os atos regulamentares infralegais da ANS e do Conselho de Saúde Suplementar, expressamente prestigiados por disposições legais infraconstitucionais, que, representando inequivocamente forte intervenção estatal na relação contratual de direito privado (planos e seguros de saúde), conferem densidade normativa ao direito constitucional à saúde.

Sem entrar na discussão acerca do conteúdo da Direito à Saúde, posto que também não é o objeto deste trabalho, constata-se que a 4ª. Turma, ao julgar com base na legislação que entende aplicável e em princípios, ou valores jurídicos abstratos, como disciplina o artigo 20 da LINDB, considerou as consequências práticas da decisão.

Destarte, com base na hermenêutica consequencialista, de utilização acanhada pelo direito pátrio, acostuada a se orientar em princípios e valores, foi o voto do Ministro Salomão do Superior Tribunal de Justiça, e propor com base no consequencialismo, inserido no artigo 20 da LINDB, à 2ª. Seção do respectivo tribunal que adote o entendimento de que é taxativo o rol de procedimentos.

Veja-se que na fundamentação da decisão, a 4ª. Turma explicita o viés consequencialista da decisão:

Realmente, com a modificação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os arts. 20 a 30 exigem dos operadores do Direito um viés consequencialista, tanto na tomada de decisões pelas autoridades administrativas – que passam também a ter um ônus maior de transparência, por meio de consultas públicas –, como para o Judiciário – que passa a ter a obrigação de levar em conta as consequências de suas decisões no mundo jurídico, no mundo fático, antes de proferi-las.

Sustentou a 4ª. Turma, que a elaboração do rol taxativo tem o objetivo de: 1- garantir aos beneficiários de planos preços acessíveis, para atender a camada mais ampla e vulnerável da população, pois se o rol fosse meramente exemplificativo, não seria possível definir o preço da cobertura diante de uma lista de procedimentos indefinida ou flexível e prejuízo ao consumidor seria inevitável, pois se veria sobrecarregado com o repasse dos custos ao valor da mensalidade – impedindo maior acesso da população, sobretudo dos mais pobres –, ou a atividade econômica das operadoras ficaria inviabilizada; 2- harmonizar a relação contratual, posto que o referido rol é elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico; 3- distribuir os ônus e benefícios entre as partes, a fim de gerir custos de forma racional e prudente; 4- garantir a eficácia das novas tecnologias adotadas na área da saúde, a pertinência dos procedimentos médicos, evitando que os beneficiários virem reféns da cadeia de produtos e serviços de saúde.

Destarte, com a finalidade de se verificar a legitimidade e a adequação dos argumentos acima expedidos, passa-se a analisar o consequencialismo no Brasil, suas origens, seu conceito, sua legitimidade, sua forma de aplicação; além da cientificidade do argumento, suas falhas e deficiências.

1.2 CONSEQUENCIALISMO. A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. TEORIA ECONÔMICA DO DIREITO. TEORIA UTILITARISTA. DEONTOLOGIA.

Disciplina o artigo 4º. do Decreto-Lei n. 4657/42, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

Através do artigo 20, inserido pela Lei n. 13.655/18, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4657/42), o consequencialismo, uma das premissas da Análise Econômica do Direito (Law & Economics), da Escola de Chicago, foi formalmente admitida no Ordenamento Jurídico pátrio, "in verbis": "Nas esferas administrativa,

controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

Antes desta modificação legislativa, já podíamos admitir o consequencialismo no artigo 5º. da LINDB, “in verbis”: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum”, além de outros dispositivos legais específicos.

De acordo com GABARDO-SOUZA, “o consequencialismo defende que a decisão correta é a que traz as melhores consequências práticas, mesmo que não se adéque aos precedentes ou às normas jurídicas. O Direito é o meio para a busca de resultados desejados pela sociedade.”. (2020,p..97).

O utilitarismo, criado por Bentham, é uma teoria ética consequencialista, na qual se definem anteriormente os bens a serem atingidos ou protegidos, sendo o Direito o meio de consegui-los. (YABIKU, 2011, p. 1)

Comenta Smith (2009 apud YABIKU, 2011, p. 3) que, de acordo com Bentham, “os elementos essenciais e a estrutura do utilitarismo seriam a concepção do benefício como prazer ou felicidade (utilidade) e o Direito seria simplesmente algo para aumentar essa felicidade. A ação correta seria aquela que atendessem melhor aos designios da utilidade, a maior felicidade ou o prazer para o maior número possível de pessoas”. Ainda, discorre Peluso (1998 apud YABIKU, 2011, p. 3). “Fica evidente que, na formulação de Bentham, a interpretação do princípio de utilidade implica a coincidência entre o prazer particular e o bem público.”.

A avaliação de que as normas jurídicas devem ter em conta as suas consequências decorre da teoria instrumental do direito, ou Análise Econômica do Direito, “Law and Economics”, que emergiu nos EUA, no século passado, na década de 60, e tem como seu principal expoente, o professor e magistrado Richard Posner.

O direito tem como escopo regular o comportamento humano, enquanto a economia estuda as consequências do comportamento e decisão do ser humano diante dos recursos escassos. E a Análise Econômica do Direito, movimento que se alia ao consequencialismo, objetiva empregar outras ciências análogas, além das teorias econômicas para ampliar o entendimento e a percepção do direito, aprimorando o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências. Os praticantes acreditam que as regras devem ser elaboradas, aplicadas e alteradas de acordo com as consequências no mundo real e investigam o fenômeno jurídico à luz de suas consequências. (GICO JR, 2011).

O julgamento de valor, o deontologismo, sem a análise das consequências (o consequencialismo), não

são aceitos pelo movimento da AED – Análise Econômica do Direito. (GICO JR, 2011).

Ocorre que toda a tradição do direito brasileiro é orientada pelo formalismo jurídico e pela deontologia (do grego deon, “dever, obrigação” + logos, “ciência”) ou seja, pela ciência do dever e da obrigação. E os valores morais, éticos e de justiça estão imbricados com a deontologia (termo criado em 1834 por Jeremy Bentham, autor do princípio da utilidade ou da maior felicidade, como contraponto à sua teoria). A ética e a moral estão entrelaçadas com a deontologia, que as tem como razão de seu estudo. (DA SILVA, 2020).

Assim, mesmo com a inserção do instituto no direito brasileiro, não há como se fundamentar decisões judiciais meramente nas suas consequências, sem a análise dos valores éticos, morais (Princípios) que informam todo o ordenamento jurídico. Negar-se-ia todo o direito posto, bem como poder-se-ia fundamentar as decisões em consequências que não atendessem o bem-comum, a coletividade, que é o fim maior do direito.

1.3 LEGITIMIDADE DAS CONSEQUÊNCIAS PARA A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE POSNER E DWORKIN.

Ante o previsto nos artigos 5º. e 20 da LINDB, as decisões podem ser fundamentadas através de valores abstratos e quando estes forem utilizados como razão de decidir, devem ser utilizados argumentos decorrentes de consequências, assim como ressaltado por JUSTEN FILHO:

O artigo 20 da LINDB não proíbe a invocação a valores abstratos como fundamento decisório. Determina, no entanto, a obrigatoriedade da avaliação das consequências práticas desta decisão. A previsão dos efeitos práticos da decisão é indispensável para determinar a compatibilidade da escolha realizada com o valor abstrato invocado. Como observado, o valor em sua dimensão abstrata comporta uma pluralidade de significados e compreende decorrências variadas. O processo de concretização do valor envolve não apenas a escolha de um dentre esses diversos significados, mas também exige a ponderação quanto ao resultado prático que será produzido pela decisão adotada. A previsão dos efeitos práticos da solução adotada é indispensável para verificar a compatibilidade entre a dita decisão e o próprio valor invocado de modo abstrato. Em outras palavras, o processo de concretização do valor exige uma estimativa quanto aos efeitos práticos da decisão. (2018, p. 29)

O grande movimento de fundamentação das decisões judiciais através de princípios não é vedado, porém há que se verificar, ao aplicar o princípio, se as consequências serão positivas.

Enquanto os princípios são meios de validação da atividade jurisdicional unidos ao moral, à ética, à

axiologia (relevo na busca pela verdade); as consequências inserem-se num meio de validação conectado à política, à eficiência, à teleologia (relevo da busca pela eficiência). (GABARDO-SOUZA, 2020). De acordo com GABARDO-SOUZA, "Todavia, ambos os critérios podem ser úteis ou inúteis, podem ser corretos ou incorretos, dependendo do comportamento do intérprete na sua aplicação – o que implica o reconhecimento de diferentes variáveis de indeterminação do resultado hermenêutico.". (2020, p.101/102)

A diferença essencial entre a fundamentação baseada em Princípios ou em Consequências é que aqueles se ocupam dos valores morais e éticos antes de qualquer análise empírica da aplicação dos Princípios em dada sociedade, sem contudo desqualificar a valoração dos resultados. E, estas (as consequências), ao contrário, têm como foco somente os efeitos que sociedade sofrerá em decorrência de uma decisão judicial.

Conforme GABARDO-SOUZA, "o caso dos fundamentos principiológicos, a indeterminação se dá pela capacidade de abstração (abstração esta que é limitada pelo seu caráter apriorístico). No caso dos fundamentos consequencialistas, a indeterminação se dá pelo risco da imprevisão sobre o futuro (risco este que é limitado pelo seu caráter concreto)". (2020, p.102).

O dilema entre a hermenêutica principiológica e consequencialista de há muito já ocupa os teóricos do direito, mormente Dworkin e Posner. Para Posner, segundo GABARDO-SOUZA, "o consequencialismo é entendido como uma disposição que vincula os julgamentos aos fatos e às consequências, em detrimento de "conceitualismos e generalidades". (2020, p.102).

Em visão diametralmente oposta a Posner, para Ronald Dworkin, por GABARDO-SOUZA,

Raciocinar juridicamente é trazer para o caso concreto uma ampla rede de princípios jurídicos e políticos, buscando assegurar a isonomia aos destinatários da norma (...). E, um dos problemas da abordagem pragmática, está na ausência de um conceito objetivo sobre o "bem comum", quando deparado com uma controvérsia concreta. Essa lacuna na conceituação tende a ser solucionada por cada juiz segundo seu próprio ponto de vista, o que acarreta num inevitável subjetivismo na decisão. Dworkin assevera, além disso, que o pragmatismo equivale a uma forma de ceticismo jurídico, porquanto rejeita a existência de pretensões jurídicas genuínas, com fundamentação autônoma. É o que o autor chama de um "Direito sem direitos"; uma visão avessa aos princípios, na qual o que são comumente denominados direitos atribuídos a um cidadão são apenas meios para que se alcance o resultado considerado mais próspero para a coletividade, sem fundamentação independente.". O

pragmatismo de Posner, segundo Dworkin, sugere aos juristas que se concentrem nos problemas práticos e nas possíveis consequências das decisões judiciais para descobrir "o que funciona", ao invés de buscarem a solução em uma teoria geral e abstrata. Contudo, questiona o autor, que é fazer "o que funciona" no lugar de buscar a verdade, sobretudo em casos difíceis? Desse modo, Dworkin aponta que a sugestão de procurar "o que funciona" é não só inútil, como também ininteligível. Esta perspectiva filosófica é a mesma de Jacques Le Mouél, em sua obra clássica intitulada *Critique de l'efficacité*, em que o autor se opõe à ideia pragmática de que "o eficaz equivale ao verdadeiro", pois tal percepção da realidade: 1. não consegue trabalhar com o complexo, 2. privilegia a ação em detrimento do conhecimento, 3. rechaça as contradições do sistema, e 4. evita a importante pergunta "por quê?". (2020, p.105).

Exsurge, então a problemática comum entre as fundamentações principiológicas e consequencialistas, qual seja, a indeterminação. Na primeira, há indeterminação do conteúdo do Princípio, e na segunda, há indeterminação em relação ao risco efetivo sobre o futuro. Ambos podem levar ao subjetivismo do julgador.

A fundamentação consequencialista também apresenta outro problema, a lacuna na teoria de Posner, ou seja, a ausência de conceituação do bem comum.

Porém, a fundamentação principiológica não se distancia do contido no ordenamento jurídico, com ele conversa, dialoga.

Portanto, há que encontrar um norte, um limitador para as consequências que devem ser tomadas em conta pelo julgador. Veja-se que dependendo do julgador, em um caso concreto é possível se dar relevância ao progresso econômico em detrimento da saúde, da educação, do meio-ambiente etc.

Entendo, portanto, que as razões consequencialistas não podem se desvirtuar do ordenamento jurídico e dos valores que o informam, sob pena de se mitigar os princípios da tripartição dos poderes, da democracia, da segurança jurídica.

Não se pode admitir que o artigo 20 da LINDB concedeu o poder de negar todo o arcabouço jurídico brasileiro ao julgador, quando este fundamentar sua decisão nas consequências.

Além disso, há necessidade de as consequências não se afastarem do Princípio da Proporcionalidade em sentido Estrito, em que a aplicação do ordenamento jurídico deve atender à situação concreta de forma adequada e proporcional, proibindo-se medidas excessivas.

Segundo MARQUES (2009):

Originário do Direito Penal, onde se solidificou a ideia de que as sanções criminais devem ser

proporcionais à gravidade dos delitos praticados, o princípio da proporcionalidade, também denominado doutrinariamente como princípio da vedação de arbítrio, princípio de avaliação de bens jurídicos, princípio de avaliação de interesses, princípio da vedação de excesso ou mandado de ponderação (conforme leciona Robert Alexy), estabelece limitações à liberdade individual, dirigindo a ação do indivíduo na sociedade, evitando que se fira as liberdades proclamadas pelo espírito democrático, e "aferindo a conformidade das leis e dos atos administrativos aos ditames da razão e da justiça". Não é inconsistentemente que se afirma que este princípio assume prestígio de protetor das liberdades e de grande inimigo do líbido de administradores públicos. (...) Para Gomes Canotilho, o princípio da proporcionalidade representa a proibição do excesso, em sede de restrição de direitos. Corroborando tal entendimento, Almiro do Couto e Silva adverte que "as providências adotadas pelos particulares ou pelo Estado com relação aos interesses das demais pessoas ou dos administrados, devem ser adequadas a esses mesmos interesses, proibindo-se medidas excessivas" (...) Assim, onde um direito fundamental estiver sendo restringido com excesso, presente estará o postulado da proibição de excesso.

1.4 CIENTIFICIDADE DO ARGUMENTO. PREDIÇÃO DO FUTURO. FALÁCIAS. PROBLEMÁTICA DA FUNDAMENTAÇÃO BASEADA NO CONSEQUENCIALISMO.

A ciência do direito para DINIZ (2009, p. 180) exerce funções relevantes não apenas para o estudo do direito, como também para a sua aplicação, ou seja, para a dogmática jurídica. Torna o direito viável como elemento de controle do comportamento humano. Permite flexibilidade interpretativa das normas e propicia adequação das normas no momento de sua aplicação.

Sendo ciência, o direito busca a verdade, não podendo se valer de métodos de especulação, como o fazem as teorias "pseudocientíficas". Apenas métodos científicos são válidos para corroborar uma tese ou uma teoria.

Assim, a cientificidade do argumento consequencialista, com a previsão quanto às prováveis consequências apontadas pelos julgadores, é premissa da legitimidade da decisão fundamentada. E é aí que se verifica o problema do consequencialismo, posto que a consequência se volta para o futuro. Como o juiz, sem conhecimento técnico em áreas distintas ao direito, pode prever o que ocorrerá no futuro?

DIDIER-OLIVEIRA (2019, P.153/154), ao analisar a questão, asseveram:

Do ponto de vista normativo, já vimos que o art. 20 da LINDB inseriu no sistema vigente o postulado do pragmatismo, por meio do qual o julgador tem o dever de considerar as consequências práticas da sua decisão como elemento para a própria tomada de decisão. Isso confere à atividade decisória, de certa forma, um caráter preditivo: exige-se que o julgador antecipe os efeitos da decisão antes de tomá-la. O risco desse tipo de atividade é que ela transforma a consequência prática no protagonista do processo decisório, permitindo, numa espécie de contramão lógica, que o sentido do texto normativo seja construído em razão da consequência considerada ótima pelo julgador. Isso pode conferir ao magistrado uma (sensação de) liberdade incompatível com os postulados de coerência e integridade do direito, já que pode estimulá-lo a querer dissociar-se das normas existentes (legislação) e da forma como elas vêm sendo aplicadas (precedentes) para proferir uma decisão que considere apenas uma utilidade contemporânea à própria decisão.

JUSTEN FILHO (2018, p.29), por sua vez, argumenta

A previsão de efeitos práticos da decisão a ser adotada, para fins de ponderar os valores escolhidos, consiste num processo mental de natureza lógica, fundado no conhecimento técnico e na experiência.

O dispositivo exige que a autoridade competente formule uma projeção quanto aos possíveis cenários resultantes da decisão adotada. Essa projeção é uma atividade fundada no raciocínio lógico, refletindo um processo de causa e efeito. Esses efeitos são identificados segundo juízos mentais que projetam relações de causalidade. Esses juízos fundam-se no conhecimento técnico-científico e na experiência da vida social.

A exigência do art. 20 não implica demandar a capacidade de a autoridade prever aquilo que seja imprevisível ou conhecer aspectos impossíveis de serem avaliados da realidade. Ou seja, não se impõe à autoridade uma condição sobre-humana.

O dispositivo apenas exige que a autoridade tome em consideração a relevância política, social e econômica das decisões que adotará. O juízo estimativo quanto ao futuro é inerente à condição humana e se relaciona com o reconhecimento de que a autoridade tem o dever de considerar os efeitos práticos de suas atribuições.

(...)

Mas a estimativa quanto aos efeitos é também indispensável à observância da proporcionalidade em sentido restrito, que proíbe solução que acarrete o sacrifício de valores protegidos constitucionalmente.

Na maior parte dos casos, há uma pluralidade de valores aplicáveis em face do caso concreto. A decisão deve ser o resultado de um processo estimativo realizado pela autoridade competente, que leve em consideração todos os valores envolvidos, as suas diversas acepções abstratas e as suas implicações concretas em face da realidade. O atendimento à proporcionalidade em sentido restrito depende de formulação de estimativas quanto aos efeitos práticos das diversas soluções possíveis.(g.n.).

E, conforme GABARDO-SOUZA (2020, p.114)

Um dos problemas é a ausência de cientificidade na previsão das consequências que fundamentam a decisão. Trata-se de uma discussão sobre a validade formal da fase descritiva do raciocínio consequencialista. A previsão dos efeitos consiste num processo de natureza lógica que se baseia no conhecimento técnico, na experiência, e reflete um processo de causa e efeito. Segundo Martínez Cincega, o jurista pragmático que não deseja se guiar bom base na intuição deve lançar mão de um esquema teórico que o permita organizar os fatos e computar as consequências de maneira razoável e consistente. Sabe-se que esta não é uma tarefa fácil, e, ainda que se tratando de um agente imbuído de boas intenções, o risco de se recair no subjetivismo do intérprete permanece muito grande. Com razão, Alexander Leonard M. Kellner aponta para o fato de a opinião dos juristas sobre áreas externas ao Direito, por exemplo, ser equiparável ao senso comum. Se os argumentos consequencialistas são utilizados sem uma metodologia que os comprove objetivamente, eles são “desprovidos de qualquer processo de raciocínio replicável” e, portanto, não se prestam como fundamento válido. São meras especulações que, ao invés de consistirem em prova de resultado, consistem em pistas falsas, muitas vezes embasadas em uma retórica lógica e factível, porém completamente equivocada. É muito grande o risco de as autoridades decisórias e, notadamente, as controladoras, tornarem-se um Xangô de Baker Street. Preocupados com essa questão, Didier e Oliveira sustentam que o artigo 20 da LINDB impõe um dever de fundamentar a previsão com lastro probatório que a demonstre, pois tal demonstração confere racionalidade à tarefa preditiva da decisão. Não apenas os resultados, mas também os meios que foram utilizados para se chegar neles devem ser tornados públicos. Ainda, os autores defendem a realização de contraditório acerca das consequências que sirvam de fundamentação da decisão, pois as consequências a serem consideradas pelo julgador seriam aquelas levadas ao debate judicial, constante nos autos. Esse raciocínio, é importante frisar, vale para

os demais órgãos de controle. O problema, bem apontado por Kellner, é que “os argumentos trazidos pelas partes não estão necessariamente a serviço de uma busca discursiva e cooperativa pela verdade fática”, mas são estrategicamente

Assim, revela-se muito provável, ante a obrigação que se impôs ao julgador, sem que tenha conhecimento técnico em diversas matérias, que este se socorra do senso comum ou que acredite em falácias para justificar o seu argumento consequencialista. A ciência seria colocada de escanteio.

O juiz não pode sacrificar os valores previstos constitucionalmente e dar suporte a argumentos não científicos, falaciosos.

As falácias são construídas por raciocínios aparentemente corretos que levam à falsas conclusões, ante a existência de alguma falha. São especulativos os raciocínios, sem fundamentos no caso concreto. A falácia foi um recurso utilizado pela Escolástica e pela Demagogia e serve como figura de linguagem em discursos e temas argumentativos. A palavra tem origem no termo em latim “fallacia”, aquilo que engana ou ilude. Desta forma, falácia é algo enganoso.

Dentre as modalidades de falácia existentes, destaca-se a falácia da “Ladeira Escorregadia” ou “Bola de Neve”, identificável por vezes em argumentos consequencialistas. Esta falácia ocorre quando dizemos que, se permitirmos que algo aconteça isso levará a uma sequência inevitável de eventos e pelo menos um desses é totalmente indesejável, ou seja, quando ao afirmar que se for permitido que aconteça X, conseqüentemente também acontecerá o Y, por isso não se pode permitir que X aconteça.

Esta falácia é perigosa por evitar que se debata uma questão por medo de consequências baseadas em hipóteses extremas: se A for permitido, sem dúvida B acontecerá, e B é indesejável. Esta linha de argumento parte do princípio de que a transição de A a B é inevitável, sem oferecer nenhuma evidência que sustente isso. A falácia está relacionada a uma série de outras falácias, como o apelo ao medo, o falso dilema e a argumentação voltada às consequências.

Neste tipo de argumentação de “declive sem volta”, se ignoram diferenças baseadas na falta de um ponto de corte preciso entre duas posições, semelhante àquilo que se conhece por falácia de cinza (ou falácia do continuum) que desconsidera que entre o branco e o preto há inúmeras variações do cinza.

Tratando sobre o tema desta forma de falácia argumentativa, falácia argumentativa slippery slope, GOLDIM (2004):

O termo Slippery Slope foi proposto por Schauer em 1985. Slippery Slope ocorre quando um ato particular, aparentemente inocente, quando tomado de forma isolada, pode levar a um conjunto futuro de eventos de crescente malefício.

O conceito de "Slippery Slope", que pode ser traduzido para o português como um plano inclinado escorregadio, é fundamental na Bioética. Ele é que justifica não fazer pequenas concessões, aparentemente sem maiores conseqüências, em temas controversos.

(...)

O Dr. Leo Alexander atuou como assistente de acusação no julgamento dos médicos nazistas em Nuremberg (1946-1947) - USA vs. Karl Brand et al. Ele utilizou o conceito de "Slippery Slope" para tentar explicar os fatos ocorridos nos campos de concentração e nas ações eugênicas propostas durante o regime nazista.

"Whatever proportions these crimes finally assumed, it became evident to all who investigated them that they had started from small beginnings. The beginnings at first were merely a subtle shift in emphasis in the basic attitude of physicians. It started with the acceptance of the attitude ... that there is such a thing as life not worthy to be lived.... Gradually the sphere of those to be included in this category was enlarged to encompass the socially unproductive, the ideologically unwanted, the racially unwanted and finally all non-Germans.... It is, therefore, this subtle shift in emphasis of the physicians' attitude that one must thoroughly investigate."

Esta situação que envolve o suicídio assistido e a eutanásia na Alemanha Nazista pode servir de exemplo real para o conceito de Slippery Slope. Em 1933, a Associação Médica Alemã aceitou como válida a prática de um médico auxiliar um paciente consciente que desejasse morrer como forma de evitar um sofrimento insuportável. Esta proposta pode ter inúmeras justificativas éticas adequadas. Contudo, esta aceitação abriu a possibilidade da realização de eutanásia ativa voluntária, também tida como adequada por muitos. A partir desta ampliação também foram consideradas como aceitáveis outras práticas como a eutanásia ativa involuntária. Vale lembrar que entre 1933 e 1941 mais de 70.000 pacientes "terminais ou fúteis" foram mortos, incluindo-se situações que não tinham qualquer conotação médica.

Com isto, impõe-se verificar se os argumentos consequencialistas trazidos na decisão da 4ª. Turma, que tratam da natureza jurídica do rol de procedimentos e medicamentos da Agência Nacional de Saúde são válidos, científicos ou apenas falácias.

Primeiro argumento: garantir aos beneficiários de planos preços acessíveis, para atender a camada mais ampla e vulnerável da população, pois se o rol fosse meramente exemplificativo, não seria possível definir o preço da cobertura diante de uma lista de procedimentos indefinida ou flexível e o prejuízo ao consumidor seria inevitável, pois se veria sobrecarregado com o repasse dos custos ao valor da mensalidade – impedindo maior acesso da população, sobretudo dos mais pobres.

Este argumento não revela necessariamente a verdade, posto que variáveis neste raciocínio podem levar a conclusões distintas. O argumento é especulativo, falacioso e não protege necessariamente o bem comum da coletividade.

Primeiramente, o valor mínimo que as empresas estariam dispostas a cobrar, daria efetivamente acesso à camada mais ampla e vulnerável da população aos planos de saúde ou somente aumentaria o valor do plano para aquele consumidor que quisesse ter acesso a procedimentos que não estivessem elencados no rol da ANS?

Mesmo que se alegue que a natureza dos planos de saúde é securitária; e que, portanto, a álea faz parte dos cálculos atuários, não há evidências de que as empresas apostariam na comercialização de planos de saúde para a população de baixa renda, mormente porque a inadimplência mais ampla neste segmento também seria um fator a ser considerado.

E também não há como se aferir se, ante o fator inadimplemento, o valor do prêmio para os planos com cobertura mínima, não seria inviável a esta parte da população que "em tese" seria prestigiada com a mudança de entendimento do STJ.

Outro questionamento que se revela: as empresas realmente disponibilizariam planos com acesso a procedimentos não elencados pela ANS? Ou todos teriam acesso somente a procedimentos previstos no rol taxativo, que como se sabe não consegue acompanhar a evolução da medicina.

A defasagem é evidente, conforme exposto por BUENO BRANDÃO (2020, p.1)

Segundo definição da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde consiste na lista dos "(...) procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças e eventos em saúde, em cumprimento ao disposto na Lei nº 9.656/98".

Conforme aponta a agência, a lista é "(...) definida pela ANS por meio dos sucessivos ciclos de

atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que ocorrem a cada dois anos".

Em resumo, a ANS edita periodicamente uma lista de procedimentos que passam a ser automaticamente de cobertura obrigatória pelos planos de saúde.

Atualmente, a normatização da edição do rol da ANS é regulamentada pela Resolução 439/2018 ANS.

Ocorre que a medicina de uma maneira geral evolui de forma muito mais rápida do que as atualizações da ANS que, além de tudo, são pautadas por premissas econômicas, o que resulta numa sistemática defasagem entre a disponibilização de novas técnicas, medicamentos e tratamentos e a efetiva incorporação dos mesmos à lista de procedimentos de cobertura obrigatória.

Como se não bastasse, a atualização do rol atualmente em vigor (que deveria ocorrer em Janeiro/2020), foi postergada para o final do ano.

Este constante descompasso entre a realidade da prática médica e os aspectos formais e burocráticos da agência reguladora ensejam inevitáveis conflitos entre pacientes (que legitimamente buscam o tratamento mais adequado), e as operadoras de planos de saúde (que sustentam somente serem obrigadas a cobrir os procedimentos e tratamentos previstos expressamente no rol).

Ainda, caso houvesse efetivamente o acesso à camada mais ampla e vulnerável da população aos planos de saúde, porém com direito somente à "saúde possível", ou seja, a tratamentos que talvez não funcionassem para a sua enfermidade, mesmo que outros tratamentos mais eficazes já tenham inclusive sido aprovados pela Anvisa, com o que aconteceu, por exemplo, nas injeções para migrânea (enxaqueca). Neste caso, esta camada da população não teria que se socorrer do SUS (mesmo que através de ação judicial) para que seu direito à saúde fosse integralmente satisfeito?

E então não se estaria devolvendo ao SUS a obrigação que se pretendeu partilhar com as empresas privadas, sobrecarregando-o; e, portanto, decidindo-se em desfavor da coletividade, do bem-comum?

Veja-se que este foi um dos argumentos consequentialistas trazidos no julgamento, qual seja, não sobrecarregar o SUS, fazendo com que a camada mais vulnerável da população tenha acesso a planos de saúde.

Cria-se um paradoxo, ficando o plano de saúde responsável pelo custeio de medicamentos e procedimentos mais acessíveis economicamente, transferindo-se para o SUS o custo mais alto, que geralmente não é elencado no rol pela ANS.

Segundo argumento: harmonizar a relação contratual, posto que o referido rol é elaborado de

acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico, distribuindo os ônus e benefícios entre as partes, a fim de gerir custos de forma racional e prudente ou a atividade econômica das operadoras ficaria inviabilizada.

A atividade das operadoras realmente fica inviabilizada pela ausência de taxatividade do rol da ANS? Novo argumento especulativo, falacioso e que também não atende necessariamente ao bem comum da sociedade.

BUENO BRANDÃO, (2010, p.4), também se contrapõe ao argumento, trazendo dados do faturamento dos planos de saúde, a fim de corroborar sua tese:

Um dos argumentos invocados por aqueles que defendem a taxatividade do rol da ANS é o de que isto traria maior previsibilidade para os cálculos atuariais e segurança do equilíbrio financeiro dos contratos.

Contudo, a tese usual de que impor às operadoras a cobertura de determinados tratamentos ainda que não constantes do rol da ANS levaria ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e à falência do sistema de saúde suplementar é falaciosa.

Segundo dados obtidos junto ao site da ANS, é fato notório que o faturamento das operadoras de planos de saúde vem aumentando ano a ano, o que afasta as alegações de que a noção de rol exemplificativo traz consequências nefastas ao mútuo, assim como todo e qualquer argumento de desequilíbrio contratual

Receita de contraprestações das operadoras (em Reais) (Brasil - 2010-2019)

Ano	Receita de contraprestações	Outras receitas operacionais	Despesa assistencial	Despesa administrativa	Despesa de comercialização	Outras despesas operacionais
2010	74.539.331.508	18.145.790.904	59.711.429.527	12.338.786.865	2.322.414.750	12.494.352.603
2011	84.821.575.963	19.750.658.043	68.864.809.673	13.204.508.561	2.745.924.331	14.154.092.321
2012	95.853.680.339	20.360.813.441	80.112.826.811	14.261.625.566	3.152.901.509	13.682.829.619
2013	109.927.620.595	14.910.319.352	90.925.302.328	15.017.643.463	3.501.861.811	14.132.771.296
2014	127.777.444.503	14.910.944.501	106.496.081.722	16.816.617.032	4.172.816.917	15.048.990.235
2015	144.701.906.083	15.333.832.284	120.119.877.388	17.830.859.710	4.839.088.798	16.111.089.254
2016	163.246.294.916	17.240.240.037	137.123.914.097	19.372.921.338	5.384.362.883	17.946.513.808
2017	180.893.859.503	17.028.477.006	150.583.574.465	20.176.363.171	5.455.991.738	18.025.945.719
2018	197.430.230.418	13.288.654.502	161.469.397.459	20.578.358.346	5.924.588.751	16.236.544.754
2019	158.774.032.894	9.752.599.709	130.776.315.585	15.908.779.728	4.813.022.814	11.874.727.011

https://img.migalhas.com.br/gf_base/empresas/MIGA/imagens/059F9382321C277AF2719686B8A8123F9EEA_artigo.png

Com efeito, da análise entre receitas e despesas, verifica-se que o lucro das operadoras nos últimos anos foi bastante expressivo, sendo que em 2017, o lucro do setor foi da ordem de R\$6,2 bilhões de reais.

Assim, embora a preocupação com o equilíbrio financeiro dos contratos seja justificável, nem de longe as operadoras atravessam a situação de penúria e o clima de "insustentabilidade do sistema" simplesmente não se justifica.

Vale pontuar também que o Tribunal de Contas da União realizou investigação por meio da Auditoria Operacional nº TC 021.852/2014-68, na qual identificou notórias distorções na aplicação de reajustes, principalmente no âmbito de planos coletivos, de tal sorte que a própria ANS se viu recentemente obrigada a anunciar uma fiscalização mais intensa neste tema.

Fato é que a saúde suplementar, não obstante a retórica alarmista das operadoras, é um dos setores com a mais alta lucratividade ao longo dos últimos anos, e se há gargalos econômicos, estes se devem a modelos de gestão e de remuneração de prestadores obsoletos, e não ao paciente que, em última análise, simplesmente espera legitimamente ter acesso às ferramentas para resguardo de sua saúde em caso de necessidade.

Outra questão que decorre deste argumento, interessa mais ao bem-comum a lucratividade da empresa de plano de saúde, ou a saúde integral de seus habitantes, que precisam estar no pleno gozo de suas faculdades para poder trabalhar e gerar riqueza para esta mesma sociedade, sem precisar recorrer à previdência social ante sua incapacidade laboral?

Nessa toada, afirmou o e. Ministro Marco Aurélio, no voto condutor da ADI 1.931/DF (Pleno, julgada em 07/02/2018, DJe de 08/06/2018) que "a promoção da saúde, mesmo na esfera privada, não se vincula às premissas do lucro" e que "a atuação no lucrativo mercado de planos de saúde não pode ocorrer à revelia da importância desse serviço social, reconhecida no artigo 197 do Texto Maior".

Terceiro argumento: garantir a eficácia das novas tecnologias adotadas na área da saúde, a pertinência dos procedimentos médicos, evitando que os beneficiários virem reféns da cadeia de produtos e serviços de saúde.

Neste ponto, o julgador presume que os médicos, responsáveis pelo tratamento do paciente podem indicar procedimentos impertinentes, ineficazes, fazendo os beneficiários reféns do "sistema". E, também, presume que a ANS tem absoluta responsabilidade neste aspecto, sem qualquer ingerência das empresas de plano de saúde. Novamente, especulação no argumento.

Esta primeira presunção toma por base qual referência? Casos específicos e isolados? Ou teriam todos os médicos renunciado ao código de ética médica e estariam todos cooptados pela indústria de medicamentos, hospitais etc, sem exceção? E se fosse assim, onde estaria esta evidência?

O Código de Ética Médica prescreve, como princípios norteadores da atuação médica a autonomia do médico ao estabelecer que "(...) o médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum

pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção de seu trabalho (Cap. I, inciso VIII da Resolução CFM 2.217/18)".

Casos específicos e isolados devem ser comprovados e para isto serve o processo, pelo que o plano de saúde pode demonstrar que aquele médico específico que fez aquela indicação de medicamento ou procedimento, não age de acordo com a ética e/ou com a legalidade.

O saudoso Ministro Menezes Direito já ponderava que:

"(...) o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato. Na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. E isso, pelo menos na minha avaliação, é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto quem é senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente" (REsp 668.216/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 15.03.2007, v.u., DJU 02.04.2007)

E a segunda presunção, qual seja, de que as agências reguladoras somente fazem o que é melhor para democracia, para o consumidor, para a condução da saúde no país, sem qualquer receio de cooptação das empresas reguladas, pode ser afirmada com certeza?

Veja-se que os EUA, de onde se importou o modelo de agências regulatórias constatou esta cooptação, como se infere de BARBOSA (2005, p. 596/597)

Entre os anos de 1965 e 1985 defrontou-se o sistema regulatório americano com um problema que desvirtuou as finalidades da regulação desvinculada do poder político: a captura das agências reguladoras pelos agentes econômicos regulados. Explique-se: os agentes privados, com seu colossal poder econômico e grande poder de influência, diante de entes reguladores que dispunham de completa autonomia perante o poder político, não encontraram dificuldades para implantar um mecanismo de pressão que acabasse por quase que determinar o conteúdo da regulação que iriam sofrer. Os maiores prejudicados, por consequência, foram os consumidores. Finalmente, em 1985, num processo que continua até os dias de hoje, o modelo começou a se redefinir para que se consolide num modelo regulador

independente, mas os controles externos adequados para garantir essa independência.

BARBOSA (2005, p.597) destaca também a precariedade democrática do modelo:

Examinemos ainda que superficialmente esse modelo de estruturação das nossas agências à luz do direito comparado, sublinhando os riscos institucionais que ele encerra. De saída, note-se que em razão do caráter de manifesta preponderância do Poder Executivo e de uma certa tendência do Legislativo nacional a "renunciar" a algumas das suas mais salientes e importantes atribuições (a de controle do Executivo), as nossas agências já nascem com a marca de um inequívoco déficit democrático. Nomeados os seus dirigentes máximos pelo Chefe do Poder Executivo mas sem a contrapartida de um controle e triagem efetivos dessas nomeações pelo Poder que representa a soberania popular, as agências consagrarão, provavelmente, um processo ainda mais intenso do Executivo em detrimento do Legislativo. E o que é mais grave: em um país sem uma verdadeira tradição da alternância política, em que os homens vocacionados a aceder ao Poder têm invariavelmente o mesmo perfil sócio-econômico e ideológico, é razoável temer que elas findem por cancelar a hegemonia de um grupo político, de uma corrente específica de pensamento e de um modo de conceber a sociedade. Noutras palavras, provavelmente as agências constituirão um instrumento suplementar de fragilização da nossa já frágil democracia.

Ainda, e por derradeiro vemos que as consequências trazidas na decisão da 4ª. Turma, não atendem os requisitos do bem-comum, posto que de nada interessa à sociedade que o SUS fique sobrecarregado com as demandas não atendidas pelos planos de saúde, e que a população não tenha acesso amplo aos avanços da medicina, tendo de se contentar com procedimentos obsoletos ou que não são específicos para a sua enfermidade.

Se há abusos nos casos concretos, de solicitação de procedimentos/medicamentos desnecessários a determinada patologia, condição, há que se instruir melhor os processos, realizando-se perícias para demonstrar a sua inutilidade ou a eficiência de outro tratamento mais acessível economicamente.

A Ministra Nancy Andrigui também faz as referências no voto acima citado, sobre os argumentos consequencialistas da decisão da 4ª. Turma, também já citada, "in verbis"

"A decisão chama à atenção de que, ao defender a natureza taxativa do rol de procedimentos e eventos em saúde, a ANS considera a incerteza sobre os riscos assumidos pela operadora de plano de saúde, mas, estranha e lamentavelmente, desconsidera que tal solução implica a transferência dessa mesma incerteza para o consumidor, sobre o qual passam a recair os riscos que ele, diferentemente do fornecedor, não tem condições de antever e contra os quais acredita, legitimamente, estar protegido, porque relacionados ao interesse legítimo assegurado pelo contrato. Além disso, o reconhecimento da natureza taxativa desse rol esvazia, por completo, a razão de ser do plano-referência criado pelo legislador, que é garantir aos beneficiários, nos limites da segmentação contratada, o tratamento efetivo de todas as doenças listadas na CID, salvo as restrições que ele próprio estabeleceu na Lei 9.656/1998. Por sinal, de nada adiantaria garantir a cobertura para todas as doenças listadas na CID, se não fosse assegurada a cobertura de todos os eventos e procedimentos necessários ao tratamento correspondente; seria, no jargão popular, dar com uma mão e tirar com a outra, circunstância que ainda se agravaria pelo fato de o consumidor saber – ou achar que sabe – o que lhe é dado, mas desconhecer o que lhe é tirado. Igualmente não impressiona a afirmação quanto à impossibilidade de precificação adequada, pois, a par dos cálculos atuariais que permitem que as operadoras busquem o equilíbrio entre receitas e despesas, a ANS autoriza os reajustes visando à atualização da mensalidade, com o objetivo de evitar o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos e, por conseguinte, de manter a satisfatória prestação do serviço contratado. Assim, são previstos o reajuste anual, para compensar a variação de custos médico-hospitalares e/ou a sinistralidade, além do reajuste por variação de faixa etária do beneficiário. Ainda com relação ao preço, não se pode ignorar que todo e qualquer evento ou procedimento excluído da cobertura contratual será custeado pelo próprio beneficiário que dele necessitar – tornando o serviço ainda mais custoso para o consumidor – ou pelo SUS – sobrecarregando ainda mais o sistema público – de tal modo que se mostra utópica a ideia de que o rol taxativo tornaria os planos de saúde mais acessíveis, sobretudo à massa de desassistidos pelas políticas públicas de assistência à saúde. Conclui que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS tem natureza meramente exemplificativa, porque só dessa forma se concretiza, a partir das desigualdades havidas entre as partes contratantes, a harmonia das relações de consumo e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, de modo a satisfazer, substancialmente, o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo.

ÚLTIMAS CONSIDERAÇÕES

Do exposto, conclui-se que os argumentos consequencialistas devem ser utilizados nas decisões judiciais quando estas forem fundamentadas em valores jurídicos abstratos, como os Princípios, conforme disciplina o artigo 20 da LINDB.

No entanto, a despeito da teoria econômica do direito e da teoria utilitarista, que preconizam a utilização isolada do argumento consequencialista, o direito deve levar em conta os valores de uma sociedade e o bem-comum, pelo que nenhum argumento consequencialista deve se afastar destas premissas.

O risco da imprevisão sobre o futuro, aliada à indeterminação do que seja o bem-comum para o consequencialismo, levam à necessidade de se encontrar um norte, um limitador para as consequências que devem ser tomadas em conta pelo julgador.

Portanto, as razões consequencialistas não podem se desvirtuar ordenamento jurídico e dos valores que o informam, sob pena de se mitigar os princípios da tripartição dos poderes, da democracia, da segurança jurídica.

Além disso, o Princípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito também deve ser observado, impondo-se a vedação ao excesso, ao arbítrio da autoridade.

Não se pode admitir que o artigo 20 da LINDB concedeu o poder de negar todo o arcabouço jurídico brasileiro ao julgador, quando este fundamentar sua decisão nas consequências

Além disso, as consequências trazidas na decisão judicial não podem se afastar da ciência do direito, que têm como escopo a busca da verdade, devendo se afastar de argumentos especulativos, falaciosos.

Sendo assim, a decisão proferida no Recurso Especial n. 1.733.013 - PR (2018/0074061-5), não aplicou adequadamente o consequencialismo, posto que os argumentos consequencialistas utilizados são falaciosos, ou seja, não são necessariamente verdadeiros e não primam pelos valores de bem-comum constantes no ordenamento jurídico.

As falácias argumentativas podem levar a conclusões equivocadas, que não refletem necessariamente a verdade e, portanto, devem ser evitadas pelo julgador.

REFERÊNCIAS

BARBOSA GOMES, Joaquim B. Agências Reguladoras: A Metamorfose do Estado e da Democracia (Uma Reflexão de Direito Constitucional e Comparado), Revista de Direito Constitucional e Internacional, RDCI 50/39, jan.-mar./2005, p. 587 a 628.

BRANDÃO, Luciano Correia Bueno. Rol da ANS Taxativo ou Exemplificativo - Uma análise à luz do julgamento do REsp 1.733.013/PR. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/324068/rol-da-ans-taxativo-ou-exemplificativo---uma-analise-a-luz-do-julgamento-do-resp-1-733-013-pr>, 2020. Acesso em 25/10/21.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril 2018, que inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 de abril de 2018.

BRASIL. LEI N o 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1 de janeiro de 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.733.013 - PR (2018/0074061-5), da relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. NECESSIDADE DE HARMONIZAÇÃO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. CARACTERIZAÇÃO COMO RELAÇÃO EXEMPLIFICATIVA. IMPOSSIBILIDADE. MUDANÇA DO ENTENDIMENTO DO COLEGIADO (OVERRULING). CDC. APLICAÇÃO, SEMPRE VISANDO HARMONIZAR OS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ATUARIAL E SEGURANÇA JURÍDICA. PRESERVAÇÃO. NECESSIDADE. RECUSA DE COBERTURA DE PROCEDIMENTO NÃO ABRANGIDO NO ROL EDITADO PELA AUTARQUIA OU POR DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. OFERECIMENTO DE PROCEDIMENTO ADEQUADO, CONSTANTE DA RELAÇÃO ESTABELECIDADA PELA AGÊNCIA. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INVIABILIDADE.

1. A Lei n. 9.961/2000 criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, que tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde. O art. 4º, III e XXXVII, atribui competência à Agência para elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei n. 9.656/1998, além de suas excepcionalidades, zelando pela qualidade dos serviços prestados no âmbito da saúde suplementar.

2. Com efeito, por clara opção do legislador, é que se extrai do art. 10, § 4º, da Lei n. 9.656/1998 c/c o art. 4º, III, da Lei n. 9.961/2000, a atribuição dessa Autarquia de elaborar a lista de procedimentos e eventos em saúde que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei dos Planos e Seguros de Saúde. Em vista

dessa incumbência legal, o art. 2º da Resolução Normativa n. 439/2018 da ANS, que atualmente regulamenta o processo de elaboração do rol, em harmonia com o determinado pelo caput do art. 10 da Lei n. 9.656/1998, esclarece que o rol garante a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID da Organização Mundial da Saúde.

3. A elaboração do rol, em linha com o que se deduz do Direito Comparado, apresenta diretrizes técnicas relevantes, de inegável e peculiar complexidade, como: utilização dos princípios da Avaliação de Tecnologias em Saúde - ATS; observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências - SBE; e resguardo da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do setor.

4. O rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para propiciar direito à saúde, com preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, em revisitação ao exame detido e aprofundado do tema, conclui-se que é inviável o entendimento de que o rol é meramente exemplificativo e de que a cobertura mínima, paradoxalmente, não tem limitações definidas. Esse raciocínio tem o condão de encarecer e efetivamente padronizar os planos de saúde, obrigando-lhes, tacitamente, a fornecer qualquer tratamento prescrito, restringindo a livre concorrência e negando vigência aos dispositivos legais que estabelecem o plano-referência de assistência à saúde (plano básico) e a possibilidade de definição contratual de outras coberturas.

5. Quanto à invocação do diploma consumerista pela autora desde a exordial, é de se observar que as técnicas de interpretação do Código de Defesa do Consumidor devem reverência ao princípio da especialidade e ao disposto no art. 4º daquele diploma, que orienta, por imposição do próprio Código, que todas as suas disposições estejam voltadas teleologicamente e finalisticamente para a consecução da harmonia e do equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

6. O rol da ANS é solução concebida pelo legislador para harmonização da relação contratual, elaborado de acordo com aferição de segurança, efetividade e impacto econômico. A uníssona doutrina especializada alerta para a necessidade de não se inviabilizar a saúde suplementar. A disciplina contratual exige uma adequada divisão de ônus e benefícios dos sujeitos como parte de uma mesma comunidade de interesses, objetivos e padrões. Isso tem de ser observado tanto em relação à transferência e distribuição adequada dos riscos quanto à identificação de deveres específicos do fornecedor para assegurar a sustentabilidade, gerindo

custos de forma racional e prudente. Recorrente: Victoria Teixeira Bianconi. Recorrido: Unimed de Londrina Cooperativa de Trabalho Médico. DJE 20/02/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.876.630-SP, (2020/0125504-0), de relatoria da Ministra Nancy Andrigui, RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZATÓRIA C/C COMPENSAÇÃO DE DANO MORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. AMPLITUDE DE COBERTURA. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS. NATUREZA EXEMPLIFICATIVA. NEGATIVA DE COBERTURA DE CIRURGIA DE MAMOPLASTIA BILATERAL. PROCEDIMENTO INDICADO PARA TRATAMENTO DE HIPERPLASIA MAMÁRIA BILATERAL. RECUSA INDEVIDA CARACTERIZADA. DEVER DA OPERADORA DE INDENIZAR A USUÁRIA. AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DE AFLIÇÃO PSICOLÓGICA E ANGÚSTIA. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA OU EMERGÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO DELIMITADAS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DANO MORAL AFASTADO. JULGAMENTO: CPC/15. 1. Ação indenizatória c/c compensação de dano moral ajuizada em 22/05/2017, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 04/03/2020 e atribuído ao gabinete em 09/06/2020. 2. O propósito recursal é dizer sobre: (i) o cerceamento de defesa; (ii) a obrigação de a operadora de plano de saúde indenizar a beneficiária pelas despesas com a realização de cirurgia, após recusar a cobertura do procedimento; (iii) a configuração e o valor arbitrado a título de compensação do dano moral. 3. A jurisprudência desta Corte orienta que a avaliação quanto à necessidade e à suficiência das provas demanda, em regra, incursão no acervo fático-probatório dos autos e encontra óbice na súmula 7/STJ, bem como que não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, quando o Tribunal de origem entender substancialmente instruído o feito, declarando a prescindibilidade de produção probatória. 4. Nos termos do § 4º do art. 10 da Lei 9.656/1998, a amplitude da cobertura assistencial médico-hospitalar e ambulatorial, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, é regulamentada pela ANS, a quem compete a elaboração do rol de procedimentos e eventos para a promoção à saúde, a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID, da Organização Mundial de Saúde - OMS, respeitadas as segmentações assistenciais contratadas. 5. O Plenário do STF reafirmou, no julgamento da ADI 2.095/RS (julgado em 11/10/2019, DJe de 26/11/2019), que "o poder normativo atribuído às agências reguladoras deve ser exercitado em conformidade com a ordem constitucional e legal de regência", razão pela qual os

atos normativos exarados pela ANS, além de compatíveis com a Lei 9.656/1998 e a Lei 9.961/2000, dentre outras leis especiais, devem ter conformidade com a CF/1988 e o CDC, não lhe cabendo inovar a ordem jurídica. 6. Conquanto o art. 35-G da Lei 9.656/1998 imponha a aplicação subsidiária da lei consumerista aos contratos celebrados entre usuários e operadoras de plano de saúde, a doutrina especializada defende a sua aplicação complementar àquela lei especial, em diálogo das fontes, considerando que o CDC é norma principiológica e com raiz constitucional, orientação essa que se justifica ainda mais diante da natureza de adesão do contrato de plano de saúde e que se confirma, no âmbito jurisdicional, com a edição da súmula 608 pelo STJ. 7. Quando o legislador transfere para a ANS a função de definir a amplitude das coberturas assistenciais (art. 10, § 4º, da Lei 9.656/1998), não cabe ao órgão regulador, a pretexto de fazê-lo, criar limites à cobertura determinada pela lei, de modo a restringir o direito à saúde assegurado ao consumidor, frustrando, assim, a própria finalidade do contrato. 8. O que se infere da leitura da Lei 9.656/1998 é que o plano-referência impõe a cobertura de tratamento de todas as doenças listadas na CID, observada a amplitude prevista para o segmento contratado pelo consumidor e excepcionadas apenas as hipóteses previstas nos incisos do art. 10, de modo que qualquer norma infralegal que a restrinja mostra-se abusiva e, portanto, ilegal, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada. 9. O rol de procedimentos e eventos em saúde (atualmente incluído na Resolução ANS 428/2017) é, de fato, importante instrumento de orientação para o consumidor em relação ao mínimo que lhe deve ser oferecido pelas operadoras de plano de saúde, mas não pode representar a delimitação taxativa da cobertura assistencial mínima, na medida em que o contrato não se esgota em si próprio ou naquele ato normativo, mas é regido pela legislação especial e, sobretudo, pela legislação consumerista, com a ressalva feita aos contratos de autogestão. 10. Sob o prisma do CDC, não há como exigir do consumidor, no momento em que decide aderir ao plano de saúde, o conhecimento acerca de todos os procedimentos que estão - e dos que não estão - incluídos no contrato firmado com a operadora do plano de saúde, inclusive porque o rol elaborado pela ANS apresenta linguagem técnico-científica, absolutamente ininteligível para o leigo. Igualmente, não se pode admitir que mero regulamento estipule, em desfavor do consumidor, a renúncia antecipada do seu direito a eventual tratamento prescrito para doença listada na CID, por se tratar de direito que resulta da natureza do contrato de assistência à saúde. 11. No atendimento ao dever de informação, deve o consumidor ser clara, suficiente e expressamente esclarecido sobre os eventos e procedimentos não cobertos em cada segmentação assistencial (ambulatorial, hospitalar - com ou sem

obstetrícia - e odontológico), como também sobre as opções de rede credenciada de atendimento, segundo as diversas categorias de plano de saúde oferecidas pela operadora; sobre os diferentes tipos de contratação (individual/familiar, coletivo por adesão ou coletivo empresarial), de área de abrangência (municipal, grupo de municípios, estadual, grupo de estados e nacional) e de acomodação (quarto particular ou enfermaria), bem como sobre as possibilidades de coparticipação ou franquia e de pré ou pós-pagamento, porque são essas as informações que o consumidor tem condições de avaliar para eleger o contrato a que pretende aderir. 12. Não é razoável impor ao consumidor que, no ato da contratação, avalie os quase 3.000 procedimentos elencados no Anexo I da Resolução ANS 428/2017, a fim de decidir, no momento de eleger e aderir ao contrato, sobre as possíveis alternativas de tratamento para as eventuais enfermidades que possam vir a acometê-lo. 13. A qualificação do rol de procedimentos e eventos em saúde como de natureza taxativa demanda do consumidor um conhecimento que ele, por sua condição de vulnerabilidade, não possui nem pode ser obrigado a possuir; cria um impedimento inaceitável de acesso do consumidor às diversas modalidades de tratamento das enfermidades cobertas pelo plano de saúde e às novas tecnologias que venham a surgir; e ainda lhe impõe o ônus de suportar as consequências de sua escolha desinformada ou mal informada, dentre as quais, eventualmente, pode estar a de assumir o risco à sua saúde ou à própria vida. 14. É forçoso concluir que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS tem natureza meramente exemplificativa, porque só dessa forma se concretiza, a partir das desigualdades havidas entre as partes contratantes, a harmonia das relações de consumo e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, de modo a satisfazer, substancialmente, o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo. 15. Hipótese em que a circunstância de o procedimento não constar do rol de procedimentos e eventos em saúde, não é apta a autorizar a operadora a recusar o seu custeio, sobretudo considerando que a cirurgia prescrita para a recorrida não se enquadra em nenhuma das hipóteses de exceção previstas no art. 10 da Lei 9.656/1998. 16. Ausente a indicação no acórdão recorrido de que a conduta da operadora, embora indevida, tenha agravado a situação de aflição psicológica e de angústia experimentada pela recorrida, ultrapassando o mero inadimplemento contratual, ou ainda de que a recorrida se encontrava em situação de urgente e flagrante necessidade de assistência à saúde, deve ser afastada a presunção do dano moral. 17. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (STJ - REsp: 1876630 SP 2020/0125504-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 09/03/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/03/2021). Recorrente: Unimed de Sorocaba

Cooperativa de Trabalho Médico. Recorrido: Karine Lisboa Senwaitis, DJe: 11/03/2021.

DA SILVA, Tiago Ferreira. A Deontologia Jurídica e a Sua Aplicação no Âmbito do Direito Moderno, Revista Jus Navigandi, 2019, "in" <https://tiagoofs23.jusbrasil.com.br/artigos/819467974/a-deontologia-juridica-e-a-sua-aplicacao-no-ambito-do-direito-moderno>. Acesso em 20/10/2021.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019. DOI: 10.21056/aec.v20i75.1068.

DINIZ, Maria Helena. A Ciência Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2009, p.180.

GABARDO, Emerson; SOUZA, Pablo Ademir de. O consequencialismo e a LINDB: a cientificidade das previsões quanto às consequências práticas das decisões. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 97-124, jul./set. 2020. DOI: 1º 0.21056/aec.v20i81.1452.

GICO JR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. O que é a análise econômica do direito: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.18. ISBN 978-85-7700-468-3.

GOLDIN, José Roberto. Slippery Slope. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/slippery.htm>. Acesso em 08/11/2021.

JUSTEN FILHO, M. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

MARQUES, Andréa Neves Gonzaga. O Princípio da Proporcionalidade e seus Fundamentos. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 05 Set. 2009. Disponível em: www.investidura.com.br/ufsc/113-direito-constitucional/4350--principio-da-proporcionalidade. Acesso em: 09 Nov. 2021

NALINI, José Renato. Ética Geral e Profissional, 7ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2009

PELUSO, Luis Alberto. Ética e Utilitarismo. Campinas: Alinea, 1998.

SLIPPERY SLOPE, Enciclopédia da Bioética Global, ed. Henk ten Have. Berlim: Springer, 2015, 2623-2632; Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil? Médicos, promotores e juízes em cena, Débora Diniz, revista de Saúde Coletiva; Slippery Slope, José Roberto Goldim, site da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em <http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=BioeticaParalniciantes&id=30>. Acesso em 08/11/221.

SMITH, Paul. Filosofia Moral e Política – liberdade, direitos, igualdade e justiça social. São Paulo: Madras, 2009.

YABIKU, Roger Moko. Ética e Direito no utilitarismo de Jeremy Bentham. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3090, 17 dez. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20642>. Acesso em: 20 out. 2021