V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL II

EVERTON DAS NEVES GONÇALVES

ILTON GARCIA DA COSTA

LITON LANES PILAU SOBRINHO

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Everton Das Neves Gonçalves; Ilton Garcia Da Costa; Liton Lanes Pilau Sobrinho – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-484-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Economia. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL II

Apresentação

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL II

Eis que alcançamos esta alvissareira data de 15/06/2022 em que realizamos os trabalhos do GT de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável no contexto do V Encontro Virtual do CONPEDI o que, por si só, já seria compensador; não fosse considerada a grande oportunidade do reencontro dos pesquisadores de tão relevantes temas após dois anos e 3 meses de Pandemia da COVID-19. Começamos a sentir a possibilidade de retomar a "vida normal" e "plenamente presencial"; ainda que pairem notícias da resistência do fatídico vírus.

Em que pese o contexto da COVID-19, nossas Universidades nunca pararam e a pesquisa, o ensino e a extensão continuaram; seja pelas atividades síncronas e assíncronas nas plataformas de ensino a distância; seja, agora, pela volta dos alunos aos bancos universitários.

Nesse mês de junho de 2022, ainda reunimos nossos esforços tão duramente conquistados no manuseio das plataformas virtuais (RNP, Moodle, ...) para, mais uma vez, demarcarmos nossa contribuição na pesquisa jurídica. O Grupo de Pesquisas do CONPEDI, Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável demarca sua trajetória, mais uma vez, com dois GTS, dias 14 e 15 de junho de 2022. Abrilhantaram essas tardes de discussões, nos GT´s, determinados e questionadores investigadores que; após sofrerem o crivo do double-blind peer review, tiveram seus artigos devidamente aprovados para apresentação.

Destacou-se, durante os GT´s que, para além da teoria, os artigos defendidos publicamente têm o sagrado mister de apresentarem soluções e sugestões pragmáticas para o estabelecimento de políticas econômicas devidamente estruturadas pelo nosso Direito Econômico, mormente, sustentável. Para tanto, os 13 artigos apresentados foram divididos em três grupos a saber: DIREITO ECONÔMICOE SUSTENTABILIDADE, DIREITO ECONÔMICO E EMPRESA e DIREITO ECONÔMICO E SOCIEDADE.

Destarte, sucintamente, passa-se a sugerir a leitura e "degustação" dos trabalhos que seguem:

DIREITO ECONÔMICO E SUSTENTABILIDADE:

POLÍTICA ECONÔMICA, MUDANÇAS CLIMÁTICAS E PLANEJAMENTO URBANO SUSTENTÁVEL; de autoria de Edson Ricardo Saleme, Renata Soares Bonavides e Silvia Elena Barreto Saborita destacando a necessidade de efetivos e, socialmente inclusores, Planos Diretores para os Municípios mormente considerando a questão humanitária de perda de vidas em função da moradia em áreas propensas a desabamentos e deslizamentos, sobretudo diante do agravamento do aquecimento global e das mudanças climáticas.

NUDGES AMBIENTAIS: UMA TÉCNICA PARA A ELABORAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL; apresentado por Marcelo Toffano e Rafaela Rigoldi Vidal Fabiana e, ainda sendo coautora Maria Martins Gomes de Castro analisando as contribuições dos estudos da Economia Comportamental e o nudge com enfoque na aplicação de novas técnicas de preservação ambiental.

AGRONEGÓCIO, FUNÇÃO SOCIAL E MEIO AMBIENTE. EM BUSCA DA COMPATIBILIDADE DE OXÍMOROS: DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE; elaborado por José Ricardo Alvarez Vianna e Jose Roberto Balan Nassif destacando que Progresso e Desenvolvimento não se confundem e; assim, o agronegócio deve focar no Desenvolvimento; no Desenvolvimento Sustentável e nos valores e fundamentos que orientam a Ordem Econômica e Financeira Pátria.

DIAGNÓSTICO INTEGRADO COMO FÓRMULA SUSTENTÁVEL DE ATIVIDADES IMPACTANTES; apresentado por Edson Ricardo Saleme, Marcelo José Grimone e Silvia Elena Barreto Saborita; destacando que as avaliações de impacto são fundamentais para o futuro sustentável do Planeta ainda propondo a análise dos métodos empregados para a emissão dos respectivos estudos de impacto ambiental (EIA) como fórmulas sustentáveis adequadas para melhor aquilatar o real nível de desenvolvimento.

O CONTRATO DE SEGURO E SUA EXIGÊNCIA COMO INSTRUMENTO CONDICIONANTE DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL; defendido por Jaime Augusto Freire de Carvalho Marques e com coautoria de Heron José de Santana Gordilho tratando, de forma dogmática, o estudo e a análise do Ordenamento Jurídico quanto aos princípios estruturantes do Direito Ambiental e a exigência da contratação de seguro ambiental como condição para o deferimento do processo de licenciamento ambiental.

DA PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO AMBIENTAL: RELAÇÕES ENTRE DESENVOLVIMENTO ECONOMICO, SUSTENTABILIDADE E TECNOLOGIA;

elaborado por Murilo Teixeira Rainho e Eduardo Augusto do Rosário Contani abordando a principiologia do Direito Ambiental e os aspectos econômicos e tecnológicos na busca da sustentabilidade ambiental.

DIREITO ECONÔMICO E EMPRESA:

A ILEGITIMIDADADE DOS ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS DA DECISÃO NO RECURSO ESPECIAL 1.733.103-PR (2018/0074061-5) QUE DEFINIU COMO TAXATIVA A NATUREZA JURÍDICA DO ROL DA ANS; elaborado por Sandro Mansur Gibran e Andrea Fabiane Groth Busato destacando a natureza jurídica do rol de procedimentos da ANS no Superior Tribunal de Justiça e concluindo pela imperatividade da cientificidade do argumento jurídico e a dificuldade de se legitimar a fundamentação baseada exclusivamente no consequencialismo.

O CASO GOOGLE SHOPPING: ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS RECENTES DECISÕES PROFERIDAS NA EUROPA E NO BRASIL; elaborado por Lis Arrais Oliveira, Suzy Elizabeth Cavalcante Koury e Ana Elizabeth Neirão Reymão tratando das questões relativas ao Antitruste, em específico no que concerne ao Caso “Google Shopping”.

HOLDING FAMILIAR E SUA IMPORTÂNCIA PARA O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO; defendido por Thales De Oliveira Machado e escrito em coautoria com Helaine Magalhães Medeiros Ibiapina e Manuella Campos Perdigão e Andrade Atalanio discutindo sobre a baixa eficácia no processo sucessório, dado aos impactos resultantes de problemas familiares e; ainda, ocasionando problemas de governança corporativa e dificuldade de relações com steakholders.

DIREITOS HUMANOS E EMPRESA: UMA REFLEXÃO SOBRE O CENÁRIO TRANSNACIONAL; elaborado por Marcelo Benacchio e Queila Rocha Carmona tratando da temática dos Direitos Humanos e a empresa e sua responsabilidade ambiental, social e econômica à luz do cenário transnacional.

ASPECTOS IMPORTANTES DA FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDÁRIA DA EMPRESA FRENTE À OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA; apresentado por Joasey Pollyanna Andrade da Silva, Clara Kelliany Rodrigues de Brito e Valter Moura do Carmo analisando a função social e solidária da empresa no âmbito Constitucional, a sociedade de consumo e as estratégias de obsolescência.

DIREITO ECONÔMICO E SOCIEDADE:

A FUNÇÃO INDUTORA DA TRIBUTAÇÃO COMO FERRAMENTA VIABILIZADORA DA INSTALAÇÃO DE UMA MONTADORA DE VEÍCULOS ELÉTRICOS NO NORDESTE BRASILEIRO; confeccionado por Gilson Luiz Da Silva, Yanko Marcius de Alencar Xavier e Josikleia Micharly do Nascimento Silva Bezerra tratando da indução da tributação em solo Pátrio para estimular o desenvolvimento da eletromobilidade no Nordeste brasileiro.

AS ALTERAÇÕES LEGAIS PARA DIMINUIR O SUPERENDIVIDAMENTO DO BRASILEIRO E SEU INEVITÁVEL FRACASSO SEGUNDO NIETZSCHE da lavra de Pedro Lucas de Amorim Lomônaco e Alexandre Antonio Bruno Da Silva estudando as inovações legais da Lei Federal n. 14.181/2021 que alterou o Código de Defesa do Consumidor e trouxe medidas para sanar e prevenir o superendividamento. Ainda com abordagem em Friedrich Nietzsche

Pela qualidade do que foi apresentado e discutido nos GT´s de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável, convida-se a comunidade acadêmica e público em geral para somarem suas opiniões sobre os temas que se demonstram necessários e úteis como contribuições, para além de acadêmicas, pragmáticas e adequadas para o cenário jurídico-econômico Pátrio.

Florianópolis, SC, 15/06/2022.

Everton das Neves Gonçalves

Ilton Garcia da Costa

Liton Lanes Pilau Sobrinho

A ILEGITIMIDADADE DOS ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS DA DECISÃO NO RECURSO ESPECIAL 1.733.103-PR (2018/0074061-5) QUE DEFINIU COMO TAXATIVA A NATUREZA JURÍDICA DO ROL DA ANS.

THE ILLEGITIMACY OF THE CONSEQUENTIALIST ARGUMENTS OF THE DECISION IN SPECIAL APPEAL 1.733.103-PR (2018/0074061-5) THAT DEFINED THE LEGAL NATURE OF THE ANS LIST AS TAXATIVE.

Andrea Fabiane Groth Busato [1]

Resumo

O presente artigo apura as razões da discussão da natureza jurídica do rol de procedimentos da ANS no Superior Tribunal de Justiça, trazendo os fundamentos das decisões antagônicas da 3ª e 4ª Turmas do STJ, no sentido de que a referida lista possui natureza exemplificativa ou taxativa, respectivamente. Utilizando-se a metodologia hipotética-dedutiva, conclui-se pela imperatividade da cientificidade do argumento jurídico e a dificuldade de se legitimar a fundamentação baseada exclusivamente no consequencialismo, que entende ser o rol taxativo e se insere na categoria de falácias argumentativas e que portanto sã, dissonantes da ciência do direito e da hermenêutica jurídica.

Palavras-chave: Stj, Rol da ans, Natureza jurídica, Consequencialismo, Falácias

Abstract/Resumen/Résumé

This article investigates the reasons for the discussion of the legal nature of the ANS' list of procedures in the STJ, presenting decisions of the 3rd and 4th Panels of the STJ, in the sense that the lists has an exemplifying or taxative nature, respectively. Using the hypothetical-deductive methodology, the conclusion is reached by the imperativeness of the scientificity of the legal argument and the difficulty of legitimizing the grounds based exclusively on consequentialism, which understands the list to be taxative and falls into the category of argumentative fallacies and that are, therefore, dissonant with the science and legal hermeneutics.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Stj, Ans list, Legal nature, Consequencialism, Fallacies

[1] Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pela Unicuritiba, especialista em Direito Processual Civil , especialista em Direito Aplicado pela EMAP/PR, juíza de direito do TJPR.

1 INTRODUÇÃO

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, objetiva-se, neste artigo, demonstrar que o voto do Ministro Salomão, integrante da 4ª. Turma do referido Tribunal, relator do Recurso Especial 1.733.013 - PR (BRASIL, STJ, 2020), que rompeu com o entendimento outrora unânime da corte e fundamentou sua decisão em argumentos consequencialistas, não são embasados de cientificidade e se isolam da hermenêutica jurídica; e, portanto, são ilegítimos.

Este trabalho demonstrará 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.

Traz-se, 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, expõe-se sobre a necessidade do argumento consequencialista se valer de métodos científicos e não de métodos especulativos, demonstrando-se a dificuldade da teoria consequencialista com a predição do argumento, ante o desconhecimento científico do julgador, eis que não vê no artigo 20 da LINDB a necessidade de o julgador ser capaz de prever o que seja imprevisível ou conhecer aspectos impossíveis de serem avaliados da realidade. 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, analisa-se a decisão proferida no Recurso Especial n. º 1.733.013 – PR (BRASIL, STJ, 2020) com vistas a investigar se as razões trazidas no "decisum" estão em sintonia com a ciência do direito e com a hermenêutica, denotando-se que, na verdade, os argumentos utilizados possuem caráter puramente consequencialistas e se inserem na categoria

de falácias argumentativas, como definido por Goldim (2004) e que efetivamente não 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 (BRASI, STJ, 2020) da 4ª. Turma do STJ, podem apresentar falhas. Em seguida, conduziu-se o processo de falseamento ou corroboração da hipótese, para se verificar se os argumentos não têm legitimidade, cientificidade e adequação para amparar a tese formulada.

2 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, conforme as 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.

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”.

2.1 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 (BRASIL, 1998).

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 (BRASIL, 2000); 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 (BRASIL, 1998), 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 (BRASIL, STJ, REsp n. 1.733.013 – PR, 2020), 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 (BRASIL, STJ, REsp n. 1.876.630-SP, 2021). 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. (BRASIL, STJ, REsp n. 1.876.630-SP, 2020)

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 (BRASIL, 1942), considerou as consequências práticas da decisão.

Destarte, com base na hermenêutica consequencialista, de utilização acanhada pelo direito pátrio, acostumada 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 (BRASIL, STJ, REsp n. 1.733.013 – PR, 2020).

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. (BRASIL, STJ, REsp n. 1.733.013 - PR, 2020)

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 (BRASIL, STJ, REsp n. 1.733.013 - PR, 2020).

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.

2.2 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."*. (BRASIL, 1942)

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."*. (BRASIL, 1942).

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*"[i], além de outros dispositivos legais específicos (BRASIL, 1942).

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 Benthan, 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 atendesse melhor aos desígnios 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, p. 18)

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, p. 18).

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 Benthan, 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.

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

Ante o previsto nos artigos 5º. e 20 da LINDB (BRASIL, 1942), 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, p. 101). 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.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

> No 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, citado 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 Mouël, 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 líbito 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.

2.4 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 predizer 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 o 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..."

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 a 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, consequentemente 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. (...)
> 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.

2.5 DA ANÁLISE DOS ARGUMENTOS CONSEQUENCIALISTAS TRAZIDOS NO RECURSO ESPECIAL N. 1.733.013 - PR (2018/0074061-5)

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 (BRASIL, STJ, REsp n. 1.733.013 – PR, 2020).

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 atuarias, 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 soi acontecer, 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 consequencialistas trazidos no julgamento, qual seja, não sobrecarregar o SUS, fazendo com que a camada mais vulnerável da população tenha acesso a planos de saúde (BRASIL, STJ, REsp n. 1.733.013 – PR, 2020).

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 (BRASIL, STJ, REsp n. 1.733.013 – PR, 2020).

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 contrapôs 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	12.338.786.866	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	17.830.659.710	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	197.438.238.418	13.268.654.502	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	15.908.779.726	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 maio 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 (BRASIL, STF, 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 (BRASIL, STJ, REsp n. 1.733.013 – PR, 2020)

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 (BRASIL, STJ, REsp n. 1.733.013 – PR, 2020).

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 nº 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.

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.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

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 do 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 out. 21.

BRASIL. Lei nº 4.657, de 4 de dezembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 07 mar. 2022.

BRASIL, Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm. Acesso em: 07 mar. 2022. Lei

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9961.htm. Acesso em: 07 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 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. Lei nº 13.655, de 25 de abril 2018. 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. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.733.013 - PR (2018/0074061-5), da relatoria do Ministro Luiz Felipe Salomão.
Recorrente: Victoria Teixeira Bianconi. Recorrido: Unimed de Londrina Cooperativa de Trabalho Médico. DJe 20/02/2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201800740615&dt_publicacao=20/02/2020. Acesso em: 07 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.876.630-SP, (2020/0125504-0), de relatoria da Ministra Nancy Andrigui,. 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. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001255040&dt_publicacao=11/03/2021. Acesso em: 07 mar. 2022.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 2.217, de 27 de setembro de 2018. Aprova o Código de Ética Médica. Diário Oficial da União. Brasília, DF, Seção 01. DF, 01 de novembro de 2018. p. 179. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/48226289/do1-2018-11-01-resolucao-n-2-217-de-27-de-setembro-de-2018-48226042. Acesso em: 07 mar. 2022.

DA SILVA, Tiago Ferreira. A Deontologia Jurídica e a Sua Aplicação no Âmbito do Direito Moderno, **Revista Jus Navigandi**, 2019, "in" https://tiagofs23.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 nov. 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

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=BioeticaParaIniciantes&id=30. Acesso em: 08 nv. 2021.

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