

EDIÇÃO 15 DEZ/2022 - JAN/2023
ISSN 2675-9403



TJPR

GRALHA AZUL

PERIÓDICO CIENTÍFICO DA EJUD/PR



EJUD-PR
ESCOLA JUDICIAL DO PARANÁ



Editor-Chefe

José Laurindo de Souza Netto

Conselho Editorial

Desembargador Mário Luiz Ramidoff

Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha

Desembargador Luiz Osório Moraes Panza

Desembargador Jorge de Oliveira Vargas

Desembargador Octávio Campos Fischer

Desembargadora Priscilla Placha Sá

Desembargador Ramon de Medeiros Nogueira

Desembargador Roberto Portugal Bacellar

Desembargador Ruy Alves Henriques Filho

Juiz de Direito em 2º Grau Anderson Ricardo Fogaça

Juiz de Direito André Carias de Araujo

Coordenação Editorial

Adriane Garcel

Supervisão Editorial

Karen Paiva Hippertt

Revisão

Gustavo Calixto Guilherme

Layout

Luiz Fernando Patitucci

Revista Galha Azul: Periódico Científico da Escola Judicial do Paraná - EJUD/ Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – TJPR, e. 15. v.1, n. 15, Curitiba, dez-2022/jan-2023.

Bimestral

ISSN 2675-9403

Disponível em: www.tjpr.jus.br/revista-gralha-azul

1. Direito – Periódico. 2. Tribunal de Justiça – Paraná.

CDU: 340

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a devida citação.

As ideias e opiniões expostas nos artigos são de responsabilidade exclusiva dos autores e podem não refletir a opinião do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

EDITORIAL



Prezados leitores.

A visão sistêmica dos artigos reunidos na 15ª edição da Revista Galha Azul permite afirmar que os temas debatidos consolidam a compreensão dos rumos do Direito na contemporaneidade.

Mediante uma abordagem interdisciplinar, os trabalhos dialogam entre si e possibilitam uma verdadeira ampliação do debate jurídico e acadêmico.

Nessa senda, as produções selecionadas para esta edição reúnem perspectivas originais e contemporâneas, que incluem, dentre vários outros importantes tópicos, a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas e seus 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, meios alternativos de resolução de conflitos, relevante discussão jurisprudencial das Cortes Superiores, estudo da organização das competências deste egrégio Tribunal de Justiça, a extensão do direito de regresso contra agentes públicos e o papel do Poder Judiciário no contexto da pandemia do Covid-19.

Nesta edição, jurisprudência e doutrina caminham juntas rumo ao aprimoramento do conhecimento.

“Os poderes do juiz na condução e direção do processo e os requisitos da fundamentação das decisões judiciais à luz do Código de Processo Civil/2015”, de autoria do Dr. Accácio Cambi, demonstra o avanço ocorrido com a nova legislação em relação ao Código de Processo Civil revogado. Com a finalidade de apresentar perspectiva relevante a respeito do embasamento das medidas típicas e atípicas adotadas pelo julgador durante o processo civil, a contribuição do Dr. Cambi traz comentários que servem tanto como material aos novos estudantes da área, quanto reflexões aos experientes operadores do Direito interessados na elaboração das decisões judiciais.

“As raias da imunidade parlamentar na omissão legislativa e o direito ao regresso”, de Daniel Blume Pereira de Almeida, versa sobre os pontos conflitantes entre imunidade parlamentar e direito de regresso diante da responsabilidade estatal. Elaborado a partir de um recorte da pesquisa “Omissão Legislativa e Covid-19: Responsabilidade Civil do Estado no Direito Português comparado ao Brasileiro”, o artigo em questão explora pontos igualmente contemporâneos e controversos, como os limites da imunidade parlamentar, a probidade dos deputados e outros agentes legislativos, além da extensão do direito de regresso contra agentes públicos.

EDITORIAL

“Incidente de Resolução de Demanda Repetitivas e os Juizados Especiais Cíveis no Estado do Paraná”, de autoria do Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha, trata-se de uma reflexão e proposta de fixação de competência. Tomando como base de estudo a intenção do legislador na criação do incidente de resolução de demandas repetitivas, propõe o autor a concentração do julgamento deste instituto em um órgão específico.

“Saúde suplementar à luz das mudanças: um cotejo entre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e as modificações promovidas pela Lei 14.454/2022 – Reflexões fundamentais”, desenvolvido pelos autores Desembargador José Laurindo de Souza Netto, juiz substituto de segundo grau Dr. Anderson Fogaça, Karen Paiva Hippertt e Adriane Garcel, traz como problemática a necessidade de inquirir as consequências das modificações no direito à saúde e a necessidade premente de se estabelecer um diálogo interinstitucional com novas diretrizes e parâmetros aos tribunais, de modo a assegurar decisões isonômicas. A presente obra, na tentativa de indicar rumo para a solução dos litígios e complicações advindos do rol de procedimentos mínimos dos planos de saúde, parte de perspectiva inclusiva, cooperativa e moderna, bem como busca meios alternativos de resolução de conflitos e leva em consideração o equilíbrio econômico-financeiro das empresas da área da saúde.

“Sociedade de risco e reflexos socioambientais no Brasil”, de Caroline Sampaio, analisa a teoria da sociedade de risco do sociólogo alemão Ulrich Beck e a contrasta com o estudo dos principais acidentes socioambientais da recente história do país, na produção de um trabalho atual e consciente, que reforça a importância da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas e seus 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, princípios da gestão 2023/2024 deste Tribunal de Justiça.

“A redefinição do modelo Federativo Brasileiro pelo Poder Judiciário no Estado de Emergência Internacional”, de Gustavo Swain Kfourri, analisa as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 6.341/DF e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 672, sob a égide dos objetivos, princípios e direitos fundamentais fixados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a fim de melhor entender o papel de cada uma das instituições públicas, notadamente dos três Poderes da União, em conjunto com os dos demais entes federados.

“O Consequencialismo previsto na LINDB e sua equivocada aplicação na decisão do STJ que definiu a natureza jurídica do rol da ANS como taxativo”, de autoria da juíza de direito Dra. Andrea Busato, Dr. Clayton Reis e do Desembargador Miguel Kfourri Neto, 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 colendo Superior Tribunal de Justiça, que se posicionam, respectivamente, no sentido da referida lista ter natureza exemplificativa e taxativa.

“Considerações jurídicas e sociais acerca da síndrome de *Burnout* no trabalho: a involução dos direitos da personalidade das mulheres”, dos advogados e pesquisadores Andrielly Prohmann e Fernando Gustavo Knoerr, analisa como a rotina feminina, dividida entre as atividades externas, domésticas e pessoais pode resultar em um quadro de ansiedade e estresse crônicos, principalmente considerando a sociedade do cansaço, de Byung-Chul Han, como panorama.

“Lei Geral de Proteção de dados: diretrizes e implicações para uma sociedade pandêmica”, desenvolvido pelas autoras Adriane Garcel e Karen Paiva Hippertt, sob orientação do Senador Sergio Moro, no programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário UniCuritiba. O estudo investiga as diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), tendo como problemática as mudanças acarretadas pela lei, sua entrada parcial em vigor, em 18 de setembro de 2020, em plena pandemia, e as principais implicações para a sociedade.

Uma excelente leitura a todos!

Luiz Fernando Tomasi Keppen

Desembargador Presidente

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

SUMÁRIO

EDITORIAL	5
Luiz Fernando Tomazi Keppen	
OS PODERES DO JUIZ NA CONDUÇÃO E DIREÇÃO DO PROCESSO E OS REQUISITOS DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO CÓDICO DE PROCESSO CIVIL/2015	9
Accácio Cambi	
AS RAIAS DA IMUNIDADE PARLAMENTAR NA OMISSÃO LEGISLATIVA E O DIREITO DE REGRESSO	19
Daniel Blume Pereira de Almeida	
INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVAS E OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO ESTADO DO PARANÁ REFLEXÃO E PROPOSTA DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA	24
José Sebastião Fagundes Cunha	
SAÚDE SUPLEMENTAR À LUZ DAS MUDANÇAS: UM COTEJO ENTRE O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E AS MODIFICAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 14.454/2022 – REFLEXÕES FUNDAMENTAIS	30
José Laurindo de Souza Netto, Karen Paiva Hippertt, Adriane Garcel, Anderson Ricardo Fogaça	
SOCIEDADE DE RISCO E REFLEXOS SOCIOAMBIENTAIS NO BRASIL	49
Caroline Sampaio Peçanha Schierz	
A (RE)DEFINIÇÃO DO MODELO FEDERATIVO BRASILEIRO PELO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DE EMERGÊNCIA INTERNACIONAL	61
Gustavo Swain Kfourir	
O CONSEQUENCIALISMO PREVISTO NA LINDB E SUA EQUIVOCADA APLICAÇÃO NA DECISÃO DO STJ QUE DEFINIU A NATUREZA JURÍDICA DO ROL DA ANS COMO TAXATIVA	73
Andrea Fabiane Groth Busato, Clayton Reis, Miguel Kfourir Neto	
CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS E SOCIAIS ACERCA DA SÍNDROME DE BURNOT NO TRABALHO: A INVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS MULHERES	92
Andrielly Prohmann Chaves Zanella, Fernando Gustavo Knoerr	
LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: DIRETRIZES E IMPLICAÇÕES PARA UMA SOCIEDADE PANDÊMICA	100
Sergio Fernando Moro, Adriane Garcel, Karen Paiva Hippertt	

ARTIGOS

OS PODERES DO JUIZ NA CONDUÇÃO E DIREÇÃO DO PROCESSO E OS REQUISITOS DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015

THE JUDGE'S POWERS IN CONDUCTING AND DIRECTING THE PROCESS AND THE REQUIREMENTS FOR THE BASIS OF JUDICIAL DECISIONS IN THE LIGHT OF THE CIVIL PROCEDURE CODE/2015



Accácio Cambi¹

Este texto não pretende esgotar a matéria; destina-se principalmente aos operadores e estudantes de Direito, que desejam aprofundar nos estudos sobre os temas aqui expostos. Para facilitar a compreensão deste trabalho, procurou-se mencionar expressamente no texto os dispositivos utilizados, previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Civil. Enfim, é mais uma simples contribuição, sem maiores pretensões acadêmicas. Se o texto for útil àqueles que, com amor e dedicação, atuam, como julgador ou como operador do Direito, procurando SEMPRE, fazer justiça, este trabalho cumpriu inteiramente o seu objetivo.

Palavras-Chaves: Decisões Judiciais; Fundamentação; Processo.

¹ Desembargador aposentado. Conciliador voluntário do TJ-PR. Especialista em Processo Civil.

This text does not intend to exhaust the matter; it is aimed mainly at law operators and students, who wish to deepen their studies on the topics presented here. To facilitate the understanding of this work, an attempt was made to expressly mention in the text the devices used, foreseen in the Federal Constitution and in the Code of Civil Procedure. Anyway, it is more of a simple contribution, without major academic pretensions. If the text is useful to those who, with love and dedication, act, as a judge or as an operator of the Law, ALWAYS seeking to do justice, this work has fully fulfilled its objective

Keywords: Judicial Decisions; Rationale; Process

INTRODUÇÃO

Nesta exposição, pretende-se analisar, com base nos ensinamentos doutrinários mais recentes, dois (2) aspectos do Código de Processo Civil (CPC): os poderes do juiz na condução e direção do processo e os requisitos necessários para fundamentação das decisões judiciais, os quais mereceram especial destaque pelo Legislador ao elaborar o Novo Estatuto Processual.

Os temas em exame estão fundamentados nos seguintes princípios constitucionais:

(a) autoridade competente: a pessoa somente pode ser processada pela autoridade competente (Art. 5, inc. LII, da CF). Não cabe à parte escolher o juízo, no qual deverá propor a demanda. A matéria é disciplina, não só na CF, como também nas Leis de Organização Judiciária, inclusive pelo artigo 42/CPC, que dispõe: "As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juiz arbitral, na forma da lei."

(b) contraditório e ampla defesa: Esse princípio assegura às partes, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5, inc. LV, da CF), o pleno direito de pleitear em juízo. Para tanto, duas são as exigências fundamentais na aplicação correta do Direito, com a ressalva, prevista no artigo 9º do CPC de que: "Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida."

(c) direito à razoável duração do processo: Atende ao principal interesse da parte: ver sua causa ser julgada com rapidez, utilizando os meios legais (art. 5, inc. LXXVIII, da CF). Entre outras medidas, para viabilizar tal princípio, o CPC concede ao juiz o poder para limitar o litisconsórcio facultativo, previsto no parágrafo 1º do artigo 113: "O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes na fase de conhecimento, na liquidação de sentença ou na execução, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença."

Concede, ainda, ao juiz faculdade de dar preferência as ações mais antigas, conforme dispõe o artigo 12: "Os juízes e os Tribunais atenderão, preferencialmente, a ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão."

(d) fundamentação das decisões: Esse princípio está previsto na CF (art. 93, inciso IX), e expressamente no artigo 11 do CPC: "Todos os julgamentos dos órgãos do PJ serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade."

A princípio, serão comentados os dispositivos do CPC, iniciando-se pelo exame dos artigos que se referem à condução do processo e, após, os relacionados à direção do processo, para demonstrar o avanço ocorrido com a nova legislação especialmente confrontando-a com a prevista no CPC revogado.

1 PODERES DO JUIZ NA CONDUÇÃO E DIREÇÃO DO PROCESSO

É importante o papel do juiz na condução e direção do processo, dado que exerce a autoridade sem mandância e deve ser exercida com segurança, firmeza, imparcialidade, urbanidade, prudência e humildade (CPC, NERY Jr, p.691). Daí decorre a relevância que deu o Legislador ao disciplinar este capítulo do CPC, assegurando ao juiz poderes indispensáveis para bem exercer suas funções jurisdicionais, a saber:

a) NA CONDUÇÃO DO PROCESSO.

1.1 ASSEGURAR AS PARTES IGUALDADE DE TRATAMENTO

O juiz, na condução do processo, não atua em função de seus interesses ou de seus escopos pessoais, mas daqueles que motivam o Estado a assumir a função jurisdicional. Por isso, a imparcialidade constitui a primeira de todas as virtudes exigidas a um juiz (Candido, p. 93). Isto pelo fato de que o juiz é um dos sujeitos do processo; sua posição é a de impessoalidade e imparcialidade e, para tanto, cabe ao juiz ocupar o vértice da relação jurídica processual, analisar e apreciar as provas produzidas pelas partes, garantir um tratamento igualitário e, finalmente, proferir uma solução imparcial, pondo fim não apenas o desfecho do conflito, mas a efetivação do direito assegurado a uma delas (Marcus Vinicius, p. 273-74).

Em suma, a igualdade de que fala o texto constitucional (art. 5º da CF) é real, substancial, de forma que o juiz deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades (CPC, NERY Jr, p. 691).

1.2 VELAR PELA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Compete ao juiz velar pela rápida solução do litígio, utilizando dos meios legais que lhe concede o CPC. Dois fatores contribuem para a melhor atuação neste aspecto: a) o preparo dos próprios juízes - de nada adianta uma legislação adiantada se a mentalidade dos julgadores não acompanhar essa evolução - e b) a legislação adequada pode contribuir para evitar a demora do processo, sobretudo tendo em conta o grande número de leis, que gera extrema dificuldade de

interpretação e consequente aumento das demandas judiciais. (Direito e Justiça, Guilherme Freire, p.608)

Além disso, tal princípio não permite as delongas processuais desnecessárias consistentes em pretensões protelatórias, despachos que nada acrescentam; diligências dispensáveis. Contudo, cabe ressaltar que o princípio do prazo razoável não pode prejudicar um atropelo processual, que venha prejudicar a prestação jurisdicional adequada e justa. (CPC Fagundes, Jorge Vargas, p. 114)

Nesse mesmo sentido, o artigo 4º do CPC dispõe sobre a solução integral do mérito e a satisfação da pretensão, de forma que o direito fundamental à solução em tempo razoável seja efetivado. Enfim, não basta que o processo tramite com celeridade, nem mesmo que a decisão de mérito seja proferida, mas é essencial que, ao fim, dentro do prazo razoável, o direito material seja tutelado. (NCPC, V, p. 177)

1.3 PREVENIR OU REPRIMIR QUALQUER ATO CONTRÁRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA E INDEFERIR POSTULAÇÕES MERAMENTE POSTULATÓRIAS

A norma diz respeito a uma vigilância sobre eventuais desvios à litigância de boa-fé (art. 5º), que deve ser verificada também por ocasião da interpretação do pedido, até porque é um critério essencial de julgamento (CPC Fagundes, p. 285).

Com efeito, medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas são cabíveis em qualquer obrigação, quer no cumprimento de sentença, quer na execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, sempre com observação do contraditório, por meio de decisão (cf. art. 489, par. 1º, I e II) (Curso de Proc. Civil Completo, p. 65 e 66).

1.4 PROMOVER, A QUALQUER TEMPO, A AUTOCOMPOSIÇÃO, PREFERENCIALMENTE COM AUXÍLIO DE CONCILIADORES E MEDIADORES JUDICIAIS

A autocomposição das partes visa não só solucionar a lide, mas também a pacificação emocional das partes. Ocorre mediante transação na própria demanda ou fora dela, realizada na presença do conciliador ou mediador, por termo nos autos (CPC FAGUNDES, p. 288 e 289)

Para facilitar e agilizar eventual composição, mediante conciliação ou mediação, dependendo do caso, o CPC dispõe que o autor, na petição inicial, se tiver interesse ou não de realizar autocomposição, na audiência prévia, declare a respeito, a fim de que o juiz, desde logo, possa designá-la. Se a manifestação for negativa, assim mesmo o juiz poderá tentar realizar a referida audiência (cf. art. 139, V, do CPC). (Com. ao CPC SP RT. 2015.NERY JR; NERY, p. 887).

Porém, se o autor não se manifestar sobre a conciliação ou a mediação, descabe ao juiz determinar a emenda da petição inicial, nem tampouco indeferi-la. (WAMBER; DANTAS; TALAMINI; DIDIER, FREDIE; Breves Coms. Ao CPC. SP: RT. 2015. p. 819)

À propósito da tentativa de conciliação/mediação, recorde-se que não há tempo final para tal procedimento: as partes podem chegar à composição amigável até de forma diversa daquela que foi estabelecida na sentença. (CPC, NERY Jr, p. 692)

1.5 DILATAR OS PRAZOS JUDICIAIS E ALTERAR A ORDEM DA PRODUÇÃO DOS MEIOS DE PROVA, ADEQUANDO-OS ÀS NECESSIDADES DE CONFLITO DE MODO A CONFERIR MAIOR EFETIVIDADE À TUTELA DO DIREITO

É sabido que a ordem de produção da prova testemunhal segue dando prioridade: primeiro as testemunhas do autor, depois as do réu e, por último do Ministério Público, no caso deste atuar como fiscal da lei. Contudo, não se ignora que a ordem das provas a serem produzidas é a pericial, depois as provas orais, e, se necessária, a inspeção judicial.

O juiz deve agir com muita cautela ao aplicar este dispositivo processual, porque a alteração da ordem na produção da prova pode implicar numa indevida inversão do ônus da prova, podendo até mesmo em provocar indevidas surpresas a uma das partes. Logo, para efetivar o pedido de dilação de prazos, é preciso haver motivação necessária, para que o juiz possa bem fundamentar a decisão que defere a medida (CPC FAGUNDES, p. 289).

Quanto à dilação dos prazos, somente pode ocorrer antes do término desses prazos (cf. art. 139, par. único, do CPC), porém nada impede que o início do prazo seja adiado, conforme prevê o Enunciado 12 da I Jornada de Direito Processual Civil do CJF (Curso Proc. Civil completo, p. 182).

1.6 EXERCER O PODER DE POLÍCIA, REQUISITANDO, QUANDO NECESSÁRIO, FORÇA POLICIAL, ALÉM DA SEGURANÇA INTERNA DOS FÓRUMS E TRIBUNAIS

O "poder de polícia" tem origem no Direito Administrativo. Porém, o juiz, na condição de autoridade pública, tem legitimidade para exercer tal poder. Portanto, pode o juiz utilizar do poder de polícia para prevenir ou reprimir atos que tanto podem infligir o bom andamento do processual, como também do funcionamento escorreito do fórum e tribunal. (CPC Fagundes, p. 290)

Os atos de polícia processual se justificam pela conveniência de que o processo se desenvolva de forma ordenada e tranquila. Esse poder atua sobre pessoas do público que não têm nenhuma relação de

procedência para com os magistrados. (CPC, NERY Jr, p. 692-93)

1.7 DETERMINAR, A QUALQUER TEMPO, O COMPARECIMENTO PESSOAL DAS PARTES, PARA INQUIRI-LAS SOBRE OS FATOS DA CAUSA, HIPÓTESE EM QUE NÃO INCIDA A PENA DE CONFESSO

O juiz possui esse poder, que não é orientado para formar a prova em favor de qualquer das partes ou mesmo para obter a confissão de qualquer delas. Ao ser interrogado livremente, a parte tem o dever de dizer a verdade. Na hipótese de a parte não atender ao chamado do juiz, não é possível deduzir, da sua omissão, a confissão ficta (CPC Comentado, LGM, p.302).

O interrogatório, aqui previsto, consiste em um mecanismo processual de que se vale o juiz para esclarecer pontos da causa, relevantes para a resolução judicial. (CPC Fagundes, p. 291). É diferente, portanto, daquele que é realizado por iniciativa das partes (inc. II, art. 361/CPC). Este destina-se a esclarecer questões postas no processo, após a coleta das provas orais, consistentes em dúvidas e incertezas decorrentes daquelas provas.

1.8 DETERMINAR O SUPRIMENTO DE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E O SANEAMENTO DE OUTROS VÍCIOS PROCESSUAIS

Esta norma processual está relacionada com o previsto no artigo 317 dispõe que, antes de proferir decisão sem resolução de mérito, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício, e acrescenta o art. 352 que, verificando a existência de irregularidade ou de vícios sanáveis, o juiz determinará a sua correção em prazo nunca superior a 30 (trinta) dias (CPC FAGUNDES, p. 291-292).

O CPC, ainda, concede ao juiz o poder de sanear vícios, quando, na apelação, o recorrente alegar qualquer dos casos previstos nos incisos do artigo 485, cabendo ao juiz no prazo de 5 (cinco) dias, retratar-se, apreciando os casos apontados pelo apelante.

É dever do juiz, também, em razão da instrumentalidade do processo, sempre que possível, evitar que o processo seja extinto sem resolução de mérito, por falta de pressupostos processuais ou por vícios. Ocorrendo vício sanável ou a ausência de sanável de pressuposto processual, deve o juiz determinar a correção do defeito, dando prosseguimento ao processo (CPC, MARINONI, p. 302).

1.9 QUANDO SE DEPARAR COM DIVERSAS DEMANDAS INDIVIDUAIS REPETITIVAS, OFICIAR O MINISTÉRIO PÚBLICO, A DEFENSORIA PÚBLICA E, NA MEDIDA DO POSSÍVEL, OUTROS LEGITIMADOS A QUE SE REFEREM O ART. 5º. DA LEI 7.347, DE 24.7.1985, E O ART. 82 DA LEI N.

8.078, DE 11. 9.1990, PARA, SE FOR O CASO, PROMOVER A PROPOSITURA DA AÇÃO COLETIVA COMPETENTE

Esse dispositivo não é novidade no sistema, pois: com conteúdo similar, está prevista na Lei da Ação Civil Pública. Justifica-se, porque o juiz, em seu julgamento, deve guiar-se pelo juízo da legalidade, devendo no caso concreto aplicar a norma legal inspirado pelos princípios constitucionais e os direitos fundamentais. (Daniel, p. 154)

Outros poderes são concedidos ao juiz pelo CPC, a fim de que possa exercer suas funções jurisdicionais, com eficiência, rapidez, aproveitando ao máximo o contido nos autos, os quais estão previstos nestes dispositivos:

Art. 140: deve decidir mesmo que se alegue lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico;

Art. 141: decidir nos limites propostos pelas partes, sendo proibido de conhecer de questões não suscitada à cujo respeito a lei exige iniciativa da parte e

Art. 142: se as partes serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado pela lei, deve proferir decisão que impeça tais objetivos, aplicando, de ofício, as penalidades de litigância de má-fé.

b) NA DIREÇÃO DO PROCESSO

1.1 SERÃO REUNIDOS PARA JULGAMENTO CONJUNTO OS PROCESSOS QUE POSSAM GERAR RISCO DE PROLAÇÃO DE DECISÕES CONFLITANTES OU CONTRADITÓRIAS CASO DECIDIDOS SEPARADAMENTE, MESMO SEM CONEXÃO ENTRE ELES (ART. 55, § 3º, CPC)

A norma prevê a reunião de processos relativos a ações não conexas, no caso de haver risco de serem proferidas decisões conflitantes ou contraditórias, caso decididos separadamente. Ademais, a indeterminação dos conceitos exigirá densificação jurisprudencial, embora o dispositivo, se bem utilizado, possa constituir importante instrumento de segurança jurídica (CPC, p. 170).

Para viabilizar a referida reunião, exige-se que, no processo, estejam presentes alguns requisitos, sem o que a reunião não poderá ocorrer, e que são os seguintes: (i) a ocorrência de hipótese de conexão; (ii) devem ser observados os requisitos no art. 311/CPC; (iii) as ações podem ser cumuladas na mesma petição inicial, e (iv) o procedimento esteja em estágio que permita a reunião dos processos; o processo cuja competência deverá ser alterada seja relativa. (CPC, NERY Jr, p. 415-16)

1.2 DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO, O JUIZ CONTROLARÁ A VALIDADE DAS CONVENÇÕES PREVISTAS NESTE ARTIGO, RECUSANDO-LHES APLICAÇÃO SOMENTE NOS CASOS DE NULIDADE OU DE INSERÇÃO ABUSIVA EM CONTRATO DE ADESÃO OU EM QUE ALGUMA PARTE SE ENCONTRE EM MANIFESTA SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE (ART. 190, PAR. ÚNICO, CPC)

Ao aplicar esta norma, o juiz deve, desde logo, observar a existência dos requisitos de validade para os atos processuais em geral. Inclusive os de natureza subjetiva, como capacidade processual e ausência de vulnerabilidade, e os de natureza objetiva: causa versando sobre direitos passíveis de auto composição, respeito ao formalismo processual com a observância dos limites objetivos ao exercício de autorregulação da vontade no processo.

1.3 O JUIZ CORRIGIRÁ, DE OFÍCIO, E POR ARBITRAMENTO, O VALOR DA CAUSA QUANDO VERIFICAR QUE NÃO CORRESPONDE AO CONTEÚDO PATRIMONIAL EM DISCUSSÃO OU AO PROVEITO ECONÔMICO PERSEGUIDO PELO AUTOR, CASO EM QUE SE PRECEDERÁ AO RECOLHIMENTO DAS CUSTAS CORRESPONDENTES (ART. 292, § 3º, CPC)

Esta faculdade concedida ao juiz tem assento na jurisprudência do STJ, que permitia a correção do valor da causa de ofício, desde que este esteja em dissonância com as regras previstas na Lei Processual. Permite, dessa forma, ao juiz fazer o controle judicial, para efeito de corrigir o valor da causa, fixando-lhe novo valor, por arbitramento, observadas as regras legais, determinando que a parte recolha as custas referentes à alteração ocorrida.

1.4 SE O CONHECIMENTO DO MÉRITO DEPENDER DE VERIFICAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE FATO DELITUOSO, O JUIZ PODE DETERMINAR A SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ QUE SE PRONUNCIE A JUSTIÇA CRIMINAL (ART. 315, CPC)

A medida processual visa evitar a possibilidade de haver decisões conflitantes, bem como assegurar a coerência lógica entre as decisões judiciais no âmbito de suas respectivas competências, e firma entendimento no sentido de que procura respeitar num primeiro momento a deliberação da justiça criminal, ao afirmar que poderá o juiz suspender o andamento da ação cível para aguardar o pronunciamento da justiça criminal. Destaque, contudo, que essa suspensão não poderá ser por mais de um ano.

1.5 O JUIZ PODERÁ LIMITAR O NÚMERO DE TESTEMUNHAS LEVANDO EM CONTA A COMPLEXIDADE DA CAUSA E DOS FATOS INDIVIDUALMENTE CONSIDERADOS (art. 357, § 7º, CPC)

Na decisão de saneamento do processo, ao deferir a produção de prova testemunhal, ao juiz é dado o poder de limitar o número de testemunhas, como meio, também, de agilizar a prestação jurisdicional, sem prejuízo às partes e desde que observadas as regras expostas do dispositivo em exame.

Há que se considerar, também, que a norma abriu a possibilidade de o juiz deferir um número de testemunhas abaixo do máximo previsto pelo parágrafo 6º do art. 357. Esse poder, contudo, deve ser utilizado com extrema ponderação, considerando que o convencimento, nem sempre se limita ao juiz que produz a prova, mas também àqueles que julgarão a eventual apelação.

1.6 O JUIZ PODERÁ ALTERAR A ORDEM ESTABELECIDADA NO CAPUT SE AS PARTES CONCORDAREM. (ART. 456, PAR. ÚNICO, CPC)

A prova testemunhal é a última a ser produzida na instrução do processo. Esse procedimento pode ser alterado, desde que haja consentimento das partes, evitando, assim, possível arguição de nulidade. Sem tal consentimento, contudo, poderá haver a inversão da ordem estabelecida em lei, tendo em conta que é o juiz o responsável pela direção do processo, tendo o dever de alterar a ordem de produção dos meios de prova, de forma a adequar às necessidades da demanda, assegurando maior efetividade à tutela do direito.

É bom ressaltar que essa faculdade concedida ao juiz – inverter a ordem de ouvida das testemunhas – somente é possível, se houver concordância de ambas as partes. Em caso contrário, a inversão for prejudicial torna o depoimento nulo. (CPC, NERY Jr, p. 1237)

1.7 O JUIZ PODE ORDENAR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. I – A INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHAS REFERIDAS NAS DECLARAÇÕES DA PARTE OU DAS TESTEMUNHAS; II – A ACAREAÇÃO DE 2 (DUAS) OU MAIS TESTEMUNHAS OU DE ALGUMA DELAS COM A PARTE, QUANDO, SOBRE FATO DETERMINADO QUE POSSA INFLUIR NA DECISÃO DA CAUSA, DIVERGIREM AS SUAS DECLARAÇÕES; § 1º, OS ACAREADOS SERÃO REPERGUNTADOS PARA QUE EXPLIQUEM OS PONTOS DE DIVERGÊNCIA, REDUZINDO-SE A TERMO O ATO DE ACAREAÇÃO. § 2º. A ACAREAÇÃO PODE SER REALIZADA POR VIDEOCONFERÊNCIA OU POR OUTRO RECURSO TECNOLÓGICO DE TRANSMISSÃO DE SONS E IMAGENS EM TEMPO REAL. (ART. 461, INCISOS E §§, CPC)

As pessoas que foram mencionadas nas declarações das partes e de testemunhas poderão ser ouvidas, de ofício, ou a requerimento das partes. Isto não compromete a imparcialidade do julgador, porque, nesse caso, o juiz não tem conhecimento do teor de seu depoimento. Já a acareação, também, pode ser realizada, de ofício, ou a requerimento das partes.

Quando sobre fatos relevantes divergem nas declarações de duas ou nas testemunhas entre si ou a de algumas com o depoimento da parte.

Portanto, essas provas visam suprir e complementar as provas já produzidas, a fim de que o juiz possa, com maior segurança, formar o seu convencimento para o julgamento da causa.

1.8 O JUIZ DETERMINARÁ, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE, A REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA QUANDO A MATÉRIA NÃO ESTIVER SUFICIENTEMENTE ESCLARECIDA. §§ 1º, 2º. E 3º. (ART. 480, E PARS, CPC)

Somente é possível a realização de nova perícia, desde que o juiz ou uma das partes não estejam suficientemente convencidos quanto à completa elucidação das questões fáticas examinadas pela perícia. Ocorrendo tal fato, o juiz determinará a realização de nova perícia, que será realizada pelas mesmas regras da primeira e terá por objeto os mesmos fatos. Ela tem por finalidade suprir a deficiência probatória das partes, sob pena de comprometer o princípio da imparcialidade judicial.

1.9 O JUIZ, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE, PODE, EM QUALQUER FASE DO PROCESSO, INSPECIONAR PESSOAS OU COISAS, A FIM DE SE ESCLARECER SOBRE FATO QUE INTERESSE À DECISÃO DA CAUSA (ART. 481)

A inspeção judicial visa melhor captar os fatos pela audição, olfato, paladar ou pelo tato, podendo recair sobre pessoas, coisas e fenômenos. A vantagem da inspeção é colocar o juiz imediatamente em contato com a fonte de prova, sem a participação de terceiros que nem sempre reproduzem, com fidelidade, as impressões recebidas.

É um instrumento processual muito utilizado para esclarecer dúvidas e contradições decorrentes do exame das provas produzidas nos autos, que não tem sido utilizado com frequência pelos julgadores, apesar de sua grande importância.

2 FUNDAMENTOS DAS DECISÕES JUDICIAIS

É regra constitucional de que todas as decisões deverão ser fundamentadas, sob pena de nulidade (inciso IX, do artigo 93, da CF).

A fundamentação é necessária para se fazer o efetivo controle pela própria sociedade, que tem o interesse na defesa da legitimidade da atuação jurisdicional, como elemento necessário aos anseios constitucionais e democráticos. Portanto, o dever de fundamentação possibilita o controle do modus operandi da atividade jurisdicional no tocante a administração da Justiça.

Algumas inovações foram incluídas no CPC, sobretudo nos parágrafos 1º, 2º. e 3º. do artigo 489, que se referem à fundamentação das decisões judiciais, na forma de interlocutória ou de sentença. São mudanças radicais que devem ser analisadas em consonância com os princípios processuais constitucionais (NCPC, Vol. V, pp. 45 e 46) e que preveem maior amplitude de poderes concedida ao julgador. Pelo sistema atual, que se afastou daquela moldura de tipicidade anterior, o controle, agora, deve se dar por meio da motivação das decisões judiciais.

Portanto, tanto a interlocutória e a sentença, que são consideradas decisões judiciais, obrigatoriamente, devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Porém, a sentença se distingue diametralmente da noção de decisão interlocutória, porque se destina a pôr fim a fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução, em primeiro grau de jurisdição, podendo ser terminativa ou definitiva.

No artigo 489, incisos I, II e III, do CPC, estão previstos os elementos essenciais da sentença, enquanto, no § 1º, incisos I a VI, do mesmo dispositivo, o CPC relaciona as hipóteses em que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial - interlocutória, sentença e acórdão.

A seguir, serão mencionados os incisos do parágrafo 1º, do art. 489, do CPC, seguidos dos respectivos comentários:

2.1 SE LIMITAR À INDICAÇÃO, À REPRODUÇÃO OU À PARÁFRASE DE ATO NORMATIVO, SEM EXPLICAR SUA RELAÇÃO COM A CAUSA OU A QUESTÃO DECIDIDA

Deduz-se deste dispositivo que não haverá fundamentação em qualquer decisão judicial, se esta, simplesmente, repetir a lei, sem dizer expressamente, porque ela se aplica ao caso concreto decidido. Essa exigência aparece de forma mais contundente, quando se decide com base em norma jurídica, seja a lei ou algum princípio, que utiliza, em sua formação verbal um conceito vago ou indeterminado. (Temas, Luiz e Tereza, trecho de Tereza, p. 386)

Portanto, não se considera fundamentada a decisão que apenas indica, reproduz ou faz uma paráfrase de texto normativo, sem mostrar qual é a relevância do dispositivo citado para a solução do caso concreto, isto é, sem mostrar com qual significado o dispositivo é entendido e sem apontar qual é a sua relação com caso em exame.

2.2 EMPREGAR CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, SEM EXPLICAR O MOTIVO CONCRETO DE SUA INCIDÊNCIA NO CASO

O dispositivo dispõe que, se não forem utilizados de forma constitucionalmente correta os

conceitos jurídicos indeterminados, na decisão judicial, podem representar uma autorização em branco, de tal forma que vai permitir ao julgador decidir a partir de argumentos os mais variados, por exemplo, relacionados à religião, à moral, aos preconceitos e outros e, assim, blindar sua decisão com a invocação de um conceito genérico que poderia servir, em tese, para outros dispositivos, ou, quando não, para dispositivos justamente em sentido contrário. Indispensável, portanto, que a decisão judicial seja proferida em ligação direta nas especificidades do caso.

2.3 INVOCAR MOTIVOS QUE SE PRESTARIAM A JUSTIFICAR QUALQUER OUTRA DECISÃO

A motivação adequada e efetiva é aquela que contém justificações suficientes sobre as questões de fato e de direito, fundada em "bons argumentos", não somente para o juiz que pronuncia a decisão, mas também para todos aqueles que possam valorar, posteriormente, as razões que formaram o convencimento judicial.

Além disso, é necessário que casos concretos sejam decididos com base em decisões e fundamentos concretos, sobretudo tendo em conta que, se as partes gastam tempo e recursos próprios e do Judiciário para expor suas razões e apresentar suas provas, não se justifica que os fundamentos da decisão sejam apenas a reprodução de outras decisões. Dessa forma, não se estará provendo jurisdição, mas apenas dando uma falsa impressão de acesso à justiça.

Enfim, a utilização de fundamento, que caberia para embasar qualquer decisão, é proibida pelo CPC – tal expediente era frequente no foro brasileiro. Portanto, doravante não mais se admite essa prática. (CPC, NERY Jr, p. 1321)

2.4 NÃO ENFRENTAR TODOS OS ARGUMENTOS DEDUZIDOS NO PROCESSO CAPAZES DE, EM TESE, INFIRMAR A CONCLUSÃO ADOTADA PELO JULGADOR

Enfrentar todos os argumentos apresentados pelas partes, é obrigação do julgador. O bom juiz é aquele capaz de persuadir a comunidade jurídica, atribuindo "bons" fundamentos, após considerar todos os pontos de vista relevantes para a decisão do caso concreto, sem prejuízo de apreciar todos os argumentos expostos, a partir das questões preliminares e prejudiciais, tendo em vista, também, que a mesma solução seja adotada para casos semelhantes ou análogos.

É evidente que, se a decisão se presta para justificar qualquer decisão, é porque normalmente não se atém aos fatos concretos alegados na causa que a fundamentação tem por finalidade resolver. Logo, essa decisão não se considerada fundamentada, por absoluto descolamento do caso.

2.5 SE LIMITAR A INVOCAR PRECEDENTE OU ENUNCIADO DE SÚMULA, SEM IDENTIFICAR SEUS FUNDAMENTOS DETERMINANTES NEM DEMONSTRAR QUE O CASO SOB JULGAMENTO SE AJUSTA ÀQUELES FUNDAMENTOS

A utilização de precedentes e de enunciados dos tribunais superiores é norma obrigatória. Porém, tal exigência processual não pode ocorrer de modo mecânico, nem impedir que o juízo prolator da decisão promova a possibilidade de melhoria do sistema, sob pena de reduzi-lo a um autômato.

É oportuno destacar que a busca do precedente é descoberta pelo julgador do caso posterior, uma vez que é ele quem dirá, a partir da comparação entre as situações fáticas do caso anterior e do caso a ser julgado, se a razão de decidir daquele é possível de ser aplicada a este como base suficiente para a solução que espera. Além disso, é necessário que o precedente forme uma regra que possa ser extraída daquela decisão que serviu para a resolução de um caso específico e utilizada em outros que tenham semelhanças suficientes. (CPC completo, p. 901)

Por outro lado, mesmo concordando com a aplicação de precedentes, deve o juiz poder auxiliar na formação dos precedentes, permitindo que apresente novos argumentos, para que o Tribunal possa apreciá-los, embora tenha a obrigação de aplicar o precedente adotado pelas Cortes Superiores.

Sabe-se que não há lógica, nem racionalidade no sistema de precedentes, se a aplicação do precedente for realizada sem o rigoroso comparativo entre as situações fáticas e as questões jurídicas que ensejaram a formação do precedente e as que são objeto de novo julgamento.

É indispensável, também, que o precedente invocado se ajuste ao caso concreto, não se justificando a mera invocação aleatória do precedente como meio adequado para a fundamentação da decisão judicial. Além disso, que a fundamentação deverá transcender ao caso concreto, pois a decisão tem por finalidade ganhar uma dimensão extraprocessual, tornando-se paradigmática e, em consequência, pautas de conduta à sociedade, a fim de garantir a segurança jurídica do sistema.

De resto, a utilização de precedentes não significa apenas alinhar julgados (condensados ou não em súmulas) sem individualizar as suas origens, os seus significados e a pertinência que guardam com o caso concreto.

2.6 DEIXAR DE SEGUIR ENUNCIADO DE SÚMULA, JURISPRUDÊNCIA OU PRECEDENTE INVOCADO PELA PARTE, SEM DEMONSTRAR A EXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO NO CASO EM JULGAMENTO OU A SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO

Duas (2) são situações importantes, que devem ser examinadas pelo juiz, referidas nesta norma: a) deixar de atender à força vinculante do precedente ou de jurisprudência formada mediante os incidentes próprios constitui violação do dever de fidelidade ao direito; b) superar precedente ou jurisprudência vinculante sem a devida fundamentação constitui violação do dever de fundamentação.

Assim sendo, a decisão pelo uso ou não de súmulas e precedentes é uma tarefa complexa e que depende do caso que se está sendo julgado. Como uma norma pode ou não ser adequada à solução de um caso, súmulas e precedentes, também, não são meios que o julgador possa se utilizar para não ter o trabalho de fundamentar, de forma adequada, suas decisões.

Sobre a aplicação desta regra, há uma exceção a ser apreciada: no âmbito dos Juizados Especiais, as decisões proferidas não dependem de fundamentação (artigo 489/CPC), isto porque, naquele sistema, exige-se que se mencionem os elementos de convicção, seguido de um breve resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência, sem referência ao relatório, e sucinta a fundamentação de decisão na turma recursal, acrescida de dispositivo. (CPC FAGUNDES, p. 770)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao concluir este texto, pretende-se ressaltar a importância de o magistrado, na elaboração de suas decisões, jamais ignorar os princípios constitucionais, acolhidos pelo Estatuto Processual Civil.

Procurou-se, através de uma intensa pesquisa, sintetizar os ensinamentos doutrinários que devem embaçar os poderes do juiz na direção do processo, desde o exame da petição inicial até a decisão que determina encaminha processo à apreciação da segunda instância, bem como a descrição dos requisitos indispensáveis para a correta elaboração das decisões judiciais no que diz respeito à sua fundamentação e motivação, com especial referência a obrigação no sentido de que sejam observados os precedentes aprovados pelos Tribunais, na elaboração da sentença.

Este texto não pretende esgotar a matéria; destina-se principalmente aos operadores e estudantes de Direito, que desejam aprofundar nos estudos sobre os temas aqui expostos. Para facilitar a compreensão deste trabalho, procurou-se mencionar expressamente no texto os dispositivos utilizados, previstos na Constituição Federal e no Código de Processo Civil.

Enfim, é mais uma simples contribuição, sem maiores pretensões acadêmicas. Se o texto for útil àqueles que, com amor e dedicação, atuam, como julgador ou como operador do Direito, procurando SEMPRE, fazer justiça, este trabalho cumpriu inteiramente o seu objetivo.

REFERÊNCIAS

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. Novo CPC Código de Processo Civil. Lei 13.105/2015. São Paulo: Editora Método Ltda. 2015.

BARROS TEIXEIRA, Guilherme Freire de. A Crise do direito e os novos rumos do direito processual civil brasileiro. In: DIREITO E JUSTIÇA: Estudos em homenagem a Gilberto Giacóia. Eduardo Cambi e Alencar Frederico Margraf (Orgs.). Curitiba: Editora Mona Ltda. Me. 2016.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; d'ARCE PINHEIRO, Paulo Eduardo; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Curso de Processo Civil Completo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1. ed. 2017.

CAMBI, Eduardo; DOTTI, Rogéria; d'ARCE PINHEIRO, Paulo Eduardo; MARTINS, Sandro Gilbert; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. Curso de Processo Civil Completo. São Paulo: Revista dos Tribunais. 3. ed. 2022.

CAMBI, Eduardo; HELLMAN, Renê Francisco. Precedentes e Dever de Motivação das Decisões Judiciais no Novo Código de Processo Civil. In: Doutrinas Essenciais NOVO PROCESSO CIVIL, v. V, Sentença e Coisa Julgada. Teresa Arruda Alvim e Fredie Didier Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2.ed.

CAMBI, Eduardo. In: CAMBI, Eduardo. Bochenek, Antonio César (Coods.) CPC. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. CARRILHO LOPES, Bruno Vasconcelos. Teoria Geral do Novo Processo Civil. São Paulo: Malheiros. 2016.

FRANCO BAHIA, Alexandre Melo, PEDRON, Flávio Quinaud. A fundamentação substancial das decisões judiciais no marco do novo CPC. In: Doutrinas Essenciais. Novo Processo Civil. Sentenças e Coisa Julgada. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed.

FAGUNDES CUNHA, José Sebastião. BOCHENEK, Antonio César. CAMBI, Eduardo. Novo Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Código De Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. 4. ed.

NASSER DE CARVALHO, Sabina. Decisões paradigmáticas e dever de fundamentação. Técnica para a formação e aplicação dos precedentes judiciais. In: Doutrinas Essenciais. Novo Processo Civil.

Sentenças e Coisa Julgada. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2018. 17. ed.

PESSOA ALVES, Francisco Glauber. Fundamentação judicial no Novo CPC. In: Doutrinas Essenciais. Novo Processo Civil. Sentenças e Coisa Julgada. v. V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.ed.

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. Novo Curso de Direito Processual Civil 1. São Paulo: Saraiva. 12. ed.

SCHWERZ, Stela Marlene. In: CAMBI, Eduardo. Bochenek, Antonio César (Coods.) CPC. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. São Paulo: Ed. Forense, v. II e IV. 1963. 1.ed.

SILVA FILHO, Antonio José Carvalho da. In: CAMBI, Eduardo. Bochenek, Antonio César (Coods.) CPC. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

THEODORO UNIOR, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinoud. Novo CPC. Fundamentos e Sistematização. Lei 13.105, de 16.03.2015. São Paulo: Forense. 2.ed.

VARGAS, Jorge de Oliveira. In: CAMBI, Eduardo. Bochenek, Antonio César (Coods.) CPC. Código de Processo Civil Comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Sentença. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Temas Essenciais do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2. Tiragem.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. DANTAS, Bruno. TALAMINI, Eduardo. DIDIER, Fredie. Breves Comentários ao C. P. Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

AS RAIAS DA IMUNIDADE PARLAMENTAR NA OMISSÃO LEGISLATIVA E O DIREITO DE REGRESSO

THE RAYS OF PARLIAMENTARY IMMUNITY IN THE LEGISLATIVE OMISSION AND THE RIGHT OF RETURN



Daniel Blume Pereira de Almeida ¹

O presente artigo é um recorte da pesquisa realizada na UAL, em Direito Civil e Administrativo Comparado, sob o título Omissão Legislativa e Covid-19: Responsabilidade Civil do Estado no Direito Português comparado ao Brasileiro. Versando sobre os pontos conflitantes entre imunidade parlamentar e direito de regresso diante da responsabilidade estatal, traz à relevância o ponto conflitante provocado pela seguinte pergunta: como garantir ao mesmo tempo a imunidade parlamentar e o direito de regresso no caso da omissão legislativa? Quem é responsabilizado por ressarcir a vítima lesada por omissão legislativa? Existem margens para que a imunidade não provoque a incursão na impunidade?

Palavras-Chaves: Responsabilidade Civil; Omissão Legislativa; Imunidade Parlamentar; Direito de Regresso.

¹ Mestre e doutorando em Direito pela Universidade Autônoma de Lisboa. Procurador do Estado do Maranhão. Advogado. Conselheiro federal da OAB. Representante da OAB junto ao CNJ. Membro da Academia Maranhense de Letras. E-mail: danielblume@gmail.com.

This article is an excerpt from the research carried out at UAL, in Comparative Civil and Administrative Law, under the title Legislative Omission and Covid-19: Civil Responsibility of the State in Portuguese Law compared to Brazilian Law. Dealing with the conflicting points between parliamentary immunity and the right of recourse in the face of state responsibility, it brings to the fore the conflicting point provoked by the following question: how to guarantee, at the same time, parliamentary immunity and the right of recourse in the case of legislative omission? Who is responsible for compensating the victim injured by legislative omission? Are there margins so that immunity does not provoke the incursion into impunity?

Keywords: Civil Liability; Legislative Omission; Parliamentary Immunity; Right of Return.

INTRODUÇÃO

O artigo discute a Responsabilidade Civil do Estado por Omissão Legislativa, a partir de seus desdobramentos. Tratar desse tema provoca rever aspectos polêmicos por linhas tênues entre conceitos que, por vezes, parecem se misturar ou se incompatibilizar.

Ora, o legislador, que tem a responsabilidade de elaborar leis, recaindo sobre si o dano causado a terceiros, alvo, por sua vez, do direito estatal de regresso, é o mesmo que conta com a imunidade parlamentar. Eis a questão.

Em específico, a vítima deve ser ressarcida dos prejuízos sofridos, em virtude da omissão legislativa de que decorre a imprevisibilidade de uma dada situação que, por não estar tangenciada por lei, pode gerar o dano que precisa ser reparado.

Acontece que a omissão legislativa, consequência da lacuna no exercício de legislar, contrapõe duas situações conflitantes: a primeira diz respeito ao fato de que todo dano precisa ser reparado pelo seu responsável; a segunda refere-se a outro dispositivo legal que confere aos legisladores a imunidade parlamentar. Ou seja, como conciliar a responsabilidade por omissão com a imunidade parlamentar? A responsabilidade civil impõe limite à imunidade parlamentar, quando se trata de omissão legislativa?

Eis, portanto, o que se discute neste artigo.

1 OMISSÃO LEGISLATIVA, REPARAÇÃO DO DANO E IMUNIDADE PARLAMENTAR: ASPECTO POLÊMICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A responsabilidade civil consiste na necessidade imposta por lei a quem causa prejuízos a outrem de colocá-lo na situação em que estaria sem a lesão, mediante reconstituição natural ou indenização pecuniária. O Estado pode responder por danos causados pelo exercício de qualquer um de seus poderes, mesmo se o ato praticado for lícito, porém imponha a uma pequena parcela de pessoas um grande sacrifício em prol do interesse público.

À responsabilidade estatal está agregado o direito de regresso contra o agente público que procede com dolo ou culpa grave. O direito de regresso estatal contra parlamentares que tenham incorrido em omissão estatal ilícita e danosa é questão polêmica e sem consenso doutrinário. No pormenor, os sistemas jurídicos português e brasileiro são similares.¹

O autor lusitano Gilberto Dias compreende não ser compatível considerar o direito de regresso estatal

quando há danos decorrentes do Poder Legislativo. Julga ser o legislativo colegiado e plural, o que torna impossível a aferição de dolo ou culpa grave de inúmeros parlamentares na aprovação de uma lei inconstitucional, que em regra passa pela posterior sanção presidencial, até porque o servidor só responde em regresso, se incorrer em culpa grave (negligência grosseira) ou dolo (DIAS, 2010, p. 98). Caso proceda com culpa leve (negligência), somente o Estado é responsável. Dias defende, ainda, que decorre do Inciso I do Artigo 157º da Constituição da República Portuguesa – CRP o princípio da irresponsabilidade civil dos deputados pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções; que, em se tratando de uma função cujo exercício pressupõe uma margem de liberdade de conformação política, traduzida na escolha de medidas julgadas mais adequadas em cada momento, com vista à realização do interesse público, não subsistem razões para a responsabilização patrimonial dos titulares dos órgãos legiferantes; e que a imunidade parlamentar parece ser, assim, uma razão da sua irresponsabilidade (DIAS, 1944 *apud* ESTEVES, 2013, p. 219).

No mesmo curso, a brasileira Regina Maria Macedo Nery Ferrari defende o seguinte: a Constituição da República Federativa do Brasil, ao se referir à ação regressiva, estabelece como condicionantes a culpa ou o dolo do agente público; conseqüentemente, apenas poderá haver regresso se presentes tais pressupostos (Artigo 37, § 6º); não parece pairar dúvida quanto ao cabimento da ação de regresso quando se está diante de atos legislativos atípicos de autoria do Poder Executivo, a exemplo de medidas provisórias, pois identificado e individualizado o agente, qual seja, o Presidente da República; diversa é a hipótese de cabimento de ação de regresso contra os parlamentares, até porque o Artigo 53 da Constituição Federal afirma que os deputados e senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos; tal imunidade é irrenunciável, pois de interesse público para o bom exercício do mandato e não decorre do interesse pessoal dos legisladores; a sua posição contrária ao cabimento da ação de regresso em face dos parlamentares, no caso da responsabilidade extracontratual do Estado por atos legislativos típicos, fundamenta-se na imunidade parlamentar e na colegialidade das votações, por tornar impossível a individualização da pena ou do dolo; cada parlamentar é protegido pela imunidade inerente ao cargo e também o é o parlamento; o colegiado sintetiza a manifestação da vontade de cada legislador, sendo impossível posterior ação regressiva (FERRARI, 2002, p. 111).

poderes de direção, de supervisão, de superintendência ou de tutela adotar as providências necessárias à efetivação daquele direito, sem prejuízo do eventual procedimento disciplinar.

¹ Sempre que satisfaçam qualquer indenização nos termos do número anterior, o Estado e as demais pessoas coletivas de direito público gozam de direito de regresso contra os titulares de órgãos, funcionários ou agentes responsáveis, competindo aos titulares de

De fato, os membros do legislativo possuem imunidade parlamentar. Não podem ser responsabilizados por palavras, opiniões ou votos (artigo 157º da CRP). Porém tal prerrogativa não pode ser interpretada como um cheque em branco aos parlamentares que venham cometer deliberadamente (ou por negligência grosseira) ilícitos que causem danos relevantes à população. O povo, inclusive, foi quem os elegeu. Acreditamos que há margens para que a imunidade não seja arbitrária.

Defendemos, assim, a existência de direito de regresso contra os parlamentares que, mediante dolo ou grave negligência, ensejarem a responsabilização civil estatal por ações ou omissões legislativas.

Neste sentido, Jorge Pereira da Silva assevera que pode haver deputados que intervêm no processo legislativo numa situação de conflito de interesses ou movidos por influências externas que sobre eles são exercidas; que, respondendo o Estado por ilícito legislativo perante os terceiros lesados, não pode se afastar a possibilidade de detectar, no processo legislativo, casos de dolo ou culpa grave, justificativos de um direito de regresso; que imunidade parlamentar tem natureza de garantia ao exercício do mandato popular, mas não de prerrogativa pessoal; e que a irresponsabilidade pessoal dos deputados não pode ser encarada como um dogma, especialmente quando exista responsabilidade criminal (MEDEIROS, 2013, p. 423).

Ora, a imunidade parlamentar não é uma cláusula de irresponsabilidade por ilícitos. Visa apenas garantir as condições de exercício do mandato de deputado. Com efeito, em casos extremos, como se comprovado que todo o parlamento (ou uma grande maioria capaz de definir uma votação) editou determinada lei para atender aos interesses de corruptores, caberá sim o regresso contra os parlamentares identificados. Idem, se um parlamentar contribuiu, em prol de interesses escusos, para qualquer ação ou omissão legislativa danosa que ensejou responsabilização estatal. Imunidade parlamentar difere de impunidade do legislador, quando age com dolo ou negligência grave.

CONCLUSÃO

A imunidade não significa impunidade parlamentar. É uma exceção ao regime comum, que jamais pode servir como escudo para corruptos. Cuida-se de uma prerrogativa para o livre exercício do mandato, mas não de um privilégio a serviço de interesses pessoais. E nem se diga que encontrar um parlamentar corrupto é difícil como se buscar uma agulha num palheiro, pois, no curso do processo legislativo — devidamente documentado e gravado, além de atualmente televisionado — há membros que

protagonizam a aprovação (ou desaprovação) do projeto de lei, a exemplo de proponentes, líderes e diretores. Os demais são inocentes úteis. Descobertos, por meio de provas robustas, os responsáveis diretos pelos danos decorrentes dos atos legislativos danosos não só podem como devem responder uma ação de regresso.

A respectiva ação judicial regressiva prossegue nos próprios autos da ação indenizatória originária do cidadão em face do Estado. Porém, doravante, apenas a pessoa coletiva de Direito público e o titular de órgão, funcionário ou agente.

Segundo Cristiano Chaves, nas sociedades contemporâneas, diminuíram os espaços de omissão estatal legítima. Pouco se toleram omissões do Estado contemporâneo, onde existe um dever qualificado de agir de maneira razoável e prudente, com eficiência e adequação, razão pela qual se responde pelos resultados danosos que se afastem desses padrões. Diz que, caso a Constituição crie determinada obrigação para o Estado, o legislador não está livre para escolher se a cumpre ou não (FARIAS; BRAGA NETTO; ROSENVALD *apud* GOMES; PEDRO; SERRÃO, 2017, p. 16 - 34).

De qualquer forma, mesmo que reconhecida, no caso concreto, a imunidade material, no sentido de isentar o parlamentar de responsabilidade pelo dano, é possível a respectiva responsabilização do Estado contemporâneo, à luz dos princípios da responsabilidade civil.

Finalmente, consideramos que a negação da impunidade absoluta, qualquer que seja a sua ordem, é relevante para o povo — origem e destino do poder parlamentar — já que produzir leis é função primordial tanto do legislador quanto do Estado.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Daniel Blume Pereira de. Omissão Legislativa e Covid – 19: responsabilidade civil do estado no direito português comparado ao brasileiro. Lisboa: Legit Edições, 2021.

DIAS, 1944 *apud* ESTEVES, Júlio César dos Santos. Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DIAS, Gilberto. A responsabilidade civil por facto legislativo inválido na Lei n. 67/2007, de 31 de dezembro. Pressupostos e Insuficiências. Instituto de Ciências Jurídico- Políticas, Lisboa, 2010. Disponível em: <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/792-1197.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2023.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD Nelson. Novo Tratado de responsabilidade civil dos poderes públicos e crise financeira. // GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo;

SERRÃO Tiago. O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas: comentários à luz da Jurisprudência. Lisboa: AAFDL, 2017.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Aspectos Polêmicos da Responsabilidade do Estado Decorrente de Atos Legislativos. Revista de Direito Constitucional e Internacional, v. 39, n. 2, p. 97 – 114, abr./jun. 2002. Disponível em: <file:///C:/Users/081733~1/AppData/Local/Temp/Dialnet-AspectosPolemicosDaResponsabilidadeDoEstadoDecorre-1976019.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2022.

MEDEIROS, Rui (Org.). Comentários ao Regime da Responsabilidade Civil do Estado e demais Entidades Públicas. Lisboa: Universidade Católica, 2013.

INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDA REPETITIVAS E OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO ESTADO DO PARANÁ REFLEXÃO E PROPOSTA DE FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA

REPETITIVE DEMAND RESOLUTION INCIDENT AND THE SPECIAL CIVIL COURTS IN THE STATE OF PARANÁ REFLECTION AND PROPOSAL FOR ESTABLISHING COMPETENCE



José Sebastião Fagundes Cunha ¹

Na 1ª Seção Cível do TJPR nos deparamos com a frequente questão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em face de decisões dos Juizados Especiais. O Código de Processo Civil instituiu novos institutos, aprimorou outros já existentes, com base na mesma premissa: melhorar a prestação da atividade jurisdicional e, com isso, oferecer ao jurisdicionado a resposta adequada e efetiva aos seus anseios.² Na busca constante de garantir aos cidadãos a tutela justa de seus direitos tem ganhado cada vez mais matizes, através de instrumentos de tutela que primam, sobremaneira, por princípios como o da inafastabilidade da jurisdição, da isonomia, da segurança jurídica, da confiança, da boa-fé, da eficiência e da efetividade da atividade jurisdicional.

¹ Pós-Doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor pela UFPR. Mestre pela PUC/SP. Desembargador do TJPR. Diretor da Escola Judicial da América Latina e membro da Rede Latino-americana de Juízes. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1610736588429169>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9415-0493>.

² A necessidade constante de transformação, de modo a melhorar o sistema processual, é assim destacada por Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 18 – 19): "Diante do que já se viu, do que já se propôs, se discutiu, se aceitou no direito positivo e nas práticas dos juízes, é lícito afirmar que a busca de soluções de aperfeiçoamento está encetada e em plena efervescência nos escritos dos juristas e mesmo na evolução do direito processual positivo. E temos também a certeza de que todos repudiam o sistema processual e judiciário de que dispomos, sendo indispensável alguma transformação daquilo que hoje existe."

Na 1ª Seção Cível do TJPR nos deparamos com a frequente questão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas em face de decisões dos Juizados Especiais.

O Código de Processo Civil instituiu novos institutos, aprimorou outros já existentes, com base na mesma premissa: melhorar a prestação da atividade jurisdicional e, com isso, oferecer ao jurisdicionado a resposta adequada e efetiva aos seus anseios.¹

Na busca constante de garantir aos cidadãos a tutela justa de seus direitos tem ganhado cada vez mais matizes, através de instrumentos de tutela que primam, sobretudo, por princípios como o da inafastabilidade da jurisdição, da isonomia, da segurança jurídica, da confiança, da boa-fé, da eficiência e da efetividade da atividade jurisdicional.²

O sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais foi instalado visando a dita justiça coexistencial, de relações sociais permanentes, com alguns princípios próprios, valorizando a equidade e a mediação endoprocessual, forma aperfeiçoada do antigo sistema de conciliação, atendendo de forma expedita e menos formal à crescente demanda da sociedade que busca no Poder Judiciário a solução de suas controvérsias decorrentes de relações instantâneas com novos recursos tecnológicos de comunicação.

O atual Código de Processo Civil, no mesmo compasso, buscando equacionar as questões candentes de uma "sociedade de massa"³ apresenta o incidente de resolução de demandas repetitivas, buscando isonomia das decisões, à uniformização da jurisprudência, a segurança jurídica e para alcançar a confiança dos jurisdicionados.⁴

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) inovação⁵ da Lei nº 13.105/2015, que

institui o dever de "uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente". A primeira reflexão, e a nosso entender, sub censura, fundamental para atender o princípio ensablado é decorre da constatação que o enfrentamento da competência para conhecer e julgar o IRDR nos casos cuja pretensão foi deduzida perante os Juizados Especiais, por consequência, decididos por Turmas Recursais fundamentam as razões de decidir asseverando que o Sistema de Juizados Especiais não contempla que os Tribunais possam conhecer dos seus julgados.

Se matéria deduzida não é de competência absoluta dos Juizados Especiais, por consequência irão ocorrer julgamentos perante os Tribunais eventualmente, se invocado o IRDR para "uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente" o dispositivo legal já poderá não ser cumprido! Explico, é que se o IRDR em razão julgado pela Turma Recursal decidir de uma maneira, e a mesma matéria em IRDR for apreciada perante órgão do Tribunal for decidida de outra maneira, estarão em conflito ambas as decisões, como sito, desatendendo a finalidade da norma, mas isso, ao que nos parece, não é questão enfrentadas nas decisões que tem remetido para as Turmas Recursais decidirem o IRDR. Nada mais lógico e justo que um mesmo órgão decida o IRDR se tais questões podem ser enfrentadas tanto pelas Turmas Recursais como pelos Tribunais.

¹ A necessidade constante de transformação, de modo a melhorar o sistema processual, é assim destacada por Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 18 – 19): "Diante do que já se viu, do que já se propôs, se discutiu, se aceitou no direito positivo e nas práticas dos juizes, é lícito afirmar que a busca de soluções de aperfeiçoamento está encetada e em plena eferescência nos escritos dos juristas e mesmo na evolução do direito processual positivo. E temos também a certeza de que todos repudiam o sistema processual e judiciário de que dispomos, sendo indispensável alguma transformação daquilo que hoje existe."

² "En términos generales, la epistemología aplicada es el estudio orientado a determinar si los diversos sistemas de investigación que pretenden estar buscando la verdad (en diferentes ámbitos) cuentan o no con un diseño apropiado que les permita generar creencias verdaderas acerca del mundo. Los teóricos del conocimiento – como a veces se conoce a los epistemólogos – son quienes rutinariamente examinan prácticas de esta naturaleza, como la ciencia o las matemáticas, a los efectos de diagnosticar si son capaces de cumplir con su pretendido propósito (averiguar la verdad)." – (LAUDAN, 2013, p. 23). Michele Taruffo (2012, p. 102 e 104) também vai tratar do tema, considerando "que não obstante dificuldades teóricas e variedades de orientações, a verdade – concordando com Lynch – é objetiva, é boa, é um objeto digno de perquirições e digna de ser cultivada por si mesma"; observa, porém, que é preciso atentar para o fato de

se tratar de conceito culturalmente relativo, devendo-se ligar ao contexto as metodologias e técnicas empregadas para tentar determiná-la.

³ "Uma sociedade de massa no dizer de Mauro Cappelletti gera litígios de massa, vale dizer, ações individuais homogêneas quanto à causa de pedir e o pedido. Assim, v.g., o Brasil experimenta esse contencioso de massa através de milhares de ações questionando a legalidade da assinatura básica, os índices de correção da poupança em confronto com as perdas geradas pelos planos econômicos, os índices de correção do FGTS, o pagamento de impostos por determinadas categorias, a base de cálculo de tributos estaduais, municipais, federais etc." – (FUX (Coord.), 2011, p. 22).

⁴ "Essas demandas, ao serem decididas isoladamente, geram, para além de um volume quantitativo inassimilável por juízes e tribunais, abarrotando-os, o risco de decisões diferentes para causas iguais, com grave violação da cláusula pétrea da isonomia, como adverte Dennys Loyd." – (FUX, 2011, p. 23).

⁵ "Trata-se de uma regra **inédita** no ordenamento jurídico positivado, cuja finalidade, conforme a exposição de motivos, é a de atenuar o asoeramento de trabalho no Poder Judiciário, evitando, por conseguinte, a dispersão excessiva da jurisprudência em situações jurídicas homogêneas." (**grifo dos autores**) – (FLEXA; MACEDO; BASTOS, 2015, p. 621).

Nos dias que estamos a estudar a matéria há intensa discussão a respeito do princípio da segurança jurídica,⁶ decorre dele a ideia de julgados que sejam coerentes entre si, mantendo a higidez e a harmonia de uma jurisprudência estável, contínua e previsível. Com isso evitamos o fenômeno da dispersão jurisprudencial. A exemplo, se o IRDR é decidido com um entendimento perante o Tribunal e com outro perante a Turma Recursal a parte, por seu advogado, poderá escolher de acordo com o seu interesse onde irá deduzir a pretensão destruindo a segurança jurídica.

"Linhas decisórias inconstantes violam expectativas legítimas do jurisdicionado. Aquele que se coloca em situação similar à do caso já julgado possui legítima expectativa de não ser surpreendido por decisão diversa". (MARINONI *apud* WAMBIER; DIDIER JR.; DANTAS, (Coord.), 2015, p. 2074.) os arts. 976 a 987, tem como escopo "a tutela isonômica e efetiva dos direitos individuais homogêneos e seu advento traduz o reconhecimento do legislador de que a chamada 'litigiosidade de massa' atingiu patamares insuportáveis em razão da insuficiência do modelo até então adotado" (DANTAS *apud* WAMBIER; DIDIER JR.; DANTAS (Coord.). 2015, p. 2178), o que deve ser reconhecido quando existirem, simultaneamente, "efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito" e "risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica", nas palavras do art. 976, o IRDR será julgado pelo Órgão indicado pelo Regimento Interno do Tribunal, dentre aqueles destacados à uniformização de jurisprudência daquela Corte.

O Projeto de Lei nº 7483/2017, de autoria da então deputada federal Tereza Cristina, apresentando em 25/04/2017, acresce dispositivos à Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que "Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências", determina a aplicabilidade das normas relativas a conexão e continência de ações e do incidente de resolução de demandas repetitivas previstas no Código de Processo Civil a demandas e processos no âmbito dos juizados especiais cíveis. Da leitura da proposta extraímos:

Art. 3º A Lei no 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 4º -A:
Art. 4º -A. Aplicam-se, a demandas e processos no âmbito dos juizados especiais cíveis, as normas relativas a conexão e continência de ações e ao incidente de resolução de demandas repetitivas previstas na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 -

⁶ "A Constituição Federal se refere à segurança jurídica no caput do art. 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Esse artigo possui vários dispositivos que a tutelam, como os incs. II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da oisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável). A segurança

Código de Processo Civil, ressalvado o disposto no art. 18 desta Lei.

Parágrafo único. O pedido de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas formulado em razão de demanda proposta perante juizado especial cível também será dirigido ao presidente de tribunal e apreciado e resolvido nos termos das regras previstas no art. 976 e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

A Diretoria de Juizados Especiais da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), em atenção ao artigo 4º do PL 7483/2017, expediu nota técnica a respeito do pedido de uniformização de interpretação de lei e de resolução de demandas repetitivas relativo a processos que tramitam no Sistema dos Juizados Especiais Estaduais.

O fundamento central é evitar que julgados do sistema dos Juizados Especiais inundem o C. Superior Tribunal de Justiça através de Recursos Especiais contra acórdãos proferidos por Tribunais em IRDR (art. 987 do CPC), orienta que: "Admite-se o IRDR nos juizados especiais, que deverá ser julgado por órgão colegiado de uniformização do próprio sistema". Com isso, em regra, se afasta o cabimento do Recurso Especial, cabível apenas contra decisões de Tribunais (Súmula 203 do C.STJ). Assevera que não se desconhece o compreensível temor de que em uma mesma área de jurisdição surjam decisões divergentes entre Turma de Uniformização dos Juizados (ou Turma Recursal única) e Turma do Tribunal de Justiça. Entende que tal hipótese é excepcional, a melhor saída é aquela adotada pelo art. 190, § 6º do Tribunal de Justiça de São Paulo, na redação do Assento Regimental n. 552/2016, do seguinte teor: "Em caso de divergência entre súmulas ou enunciados da Turma de Uniformização dos Juizados Especiais e súmulas, enunciados ou jurisprudência dominante das Seções do Tribunal de Justiça, o Órgão Especial deliberará sobre ela, dirimindo a controvérsia após ser provocado pelo Presidente do Tribunal de Justiça, pelo Presidente da Turma de Uniformização ou por qualquer dos Presidentes de Seção".

A solução adotada pelo TJSP permite que, na hipótese excepcional por ele regulamentada, o Pleno ou o Órgão Especial do Tribunal de Justiça (onde houver) resolva a situação extraordinária e evite divergência jurisprudência na sua esfera de competência, tudo sem ordenar uma eventual e incomum divergência.

jurídica é vista como subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito. Expressa-se em termos de estabilidade e continuidade da ordem jurídica e de previsibilidade acerca das consequências jurídicas das condutas praticadas no convívio social." - (MARINONI *apud* WAMBIER; DIDIER JR.; DANTAS (Coord.), 2015, p. 2074).

A Nota Técnica da Diretoria de Juizados Especiais da AMB propõe que se reconheça a competência da Turma de Uniformização do Sistema dos Juizados Especiais (ou Turma Recursal Única) para o julgamento das questões que envolvam a uniformização de interpretação de lei e a resolução de demandas repetitivas processadas no sistema dos juizados especiais estaduais, bem como que se institua mecanismo similar àquele adotado pelo Regimento interno do TJSP para a excepcional hipótese de divergência nele prevista. Sugeriu a alteração do projeto de lei, portanto, a seguinte redação substitutiva para o parágrafo único do artigo 4º do presente Projeto de Lei, que é desdobrada em dois parágrafos:

§ 1º O pedido de uniformização de interpretação de lei e o pedido de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas formulado em razão de processo que tramita perante juizado especial cível ou da Fazenda Pública será dirigido ao Presidente da Turma de 3 Uniformização ou da Turma Recursal Única do Sistema dos Juizados Especiais e por ela julgado, aplicando-se, no que couber, as regras previstas nos artigos 976/986 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

§ 2º Em caso de divergência entre súmulas ou enunciados da Turma de Uniformização dos Juizados Especiais e súmulas, enunciados ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal de Justiça, o Pleno ou o Órgão Especial deliberará sobre ela, dirimindo a controvérsia após ser provocado pelo Presidente do Tribunal de Justiça ou pelo Presidente da Turma de Uniformização.

A 1ª Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), por unanimidade, negou provimento ao agravo interno contra decisão que declinou da competência do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) para uma Turma Regional de Uniformização.

Ao analisar a questão, o relator, desembargador João Luiz de Sousa, destacou alguns critérios para instauração do IRDR nos tribunais. De acordo o artigo 976 do Código de Processo Civil (CPC), os requisitos são a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

O magistrado também fez ponderações sobre o órgão competente para processar e julgar o IRDR,

conforme o artigo 978 do CPC. A norma indica que o julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal. E que o órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente. Defendeu o Desembargador:

Assim expressa a Lei demonstra que esta Corte não é competente para o processamento e julgamento de recursos contra decisões procedentes de juízos dos juizados especiais federais e, da mesma forma, em face de incidente desta espécie, relativo aos feitos do JEF ou Turma Recursal. Ademais, diferentemente do que afirma o suscitante, não há previsão de julgamento de incidente de processos provenientes do microsistema dos Juizados Especiais no regimento interno desta Corte, mas apenas aqueles relativos aos feitos originários e recursos de sua competência.

Na avaliação do relator, os Juizados Especiais têm a estrutura adequada para esse tipo de julgamento (TRF1, 2021):

[...] entendo que a estrutura dos Juizados Especiais possui meios adequados e suficientes para a solução da controvérsia apresentada no presente incidente, pois além do possível processamento e julgamento do IRDR por Turmas Recursais e órgãos de uniformização de jurisprudência, no âmbito dos Juizados Especiais, estes possuem ainda foros de vinculação, como na eventualidade de Recurso Extraordinário julgado na sistemática da Repercussão Geral.

A Nota Técnica mencionada no início, de autoria da Diretoria de Juizados Especiais da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), assevera a questão de assoberbar o Superior Tribunal de Justiça com recursos caso o IRDR seja conhecido e julgado pelo Tribunal em razão de decisões de Juizados Especiais Cíveis. Assim não nos parece! Sucede que no dia 15 de julho de 2022, entrou em vigor a EC nº 125, chamada "PEC da Relevância", que criou os novos requisitos de admissibilidade para o recurso especial, semelhante à repercussão geral, existente no recurso extraordinário.⁷

A justificativa da PEC resolver "problemas de congestionamento" decorrentes do exercício da

⁷ "Artigo 1º O artigo 105 da Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações: 'Artigo 105. (...) §2º No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 dos membros do órgão competente para o julgamento. §3º Haverá a relevância de que trata o §2º deste artigo nos seguintes casos: I – ações penais; II – ações de improbidade administrativa; III – ações

cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários-mínimos; IV – ações que possam gerar inelegibilidade; V – hipóteses em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça; VI – outras hipóteses previstas em lei'. Artigo 2º A relevância de que trata o §2º do artigo 105 da Constituição Federal será exigida nos recursos especiais interpostos após a entrada em vigor desta Emenda Constitucional, ocasião em que a parte poderá atualizar o valor da causa para os fins de que trata o inciso III do § 3º do referido artigo".

competência do STJ, permitindo o "bom funcionamento" tribunal, com "uma atuação mais célere e eficiente".

Nas palavras do presidente do STJ, ministro Humberto Martins:

[...] a PEC corrige uma distorção do sistema, ao permitir que o STJ se concentre em sua missão constitucional de uniformizar a interpretação da legislação federal. O STJ, uma vez implementada a emenda constitucional, exercerá de maneira mais efetiva seu papel constitucional, deixando de atuar como terceira instância revisora de processos que não ultrapassam o interesse subjetivo das partes.

O Superior Tribunal de Justiça tem a missão constitucional de atuar como uma "corte de precedentes", e não como "mais uma instância" conforme fortemente defendido pela doutrina (MITIDIERO, 2017).

Impedir o acesso à Justiça melhora o acesso à Justiça? Óbvio que não. Jurisdição é um tema complexo e por isso mesmo que sigo com uma análise dessa nova emenda constitucional (STRECK, 2022).

De fato, a EC 125 limita os recursos a serem analisados pelo Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo a obrigação de o recorrente demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso. No limite, trouxe uma alteração do artigo 105 da Constituição Federal e fez com que o recurso especial tenha uma nova condição de admissibilidade: agora, exige-se a demonstração da relevância da questão jurídica discutida. O recorrente deverá demonstrar a relevância das questões discutidas no caso a fim de que a admissão do recurso seja examinada. Ademais, o órgão competente para o julgamento poderá não conhecer o recurso com base nesse motivo pela manifestação de dois terços dos seus membros.

O Superior Tribunal de Justiça conhecido como "Tribunal da Cidadania" tem uma missão fundamental na República, razão suficiente para entendermos que sua efetividade não pode ficar resumida à efetividade quantitativa. Ademais, o STJ de há muito criou o temido enunciado de Súmula 7^o, que serve como maior filtro para juízo impeditivo de admissibilidade em REsp pela Corte. Também se tem juízo de admissibilidade feito pelos tribunais a quo, dos quais a maioria dos recursos em questão acabam não admitidos, fato que gera a estatística mais absurda — mas não surpreendente — do Relatório Estatístico 2021, feito pelo próprio STJ (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021). Lenio Luiz Streck (2022) adverte que:

Acesso à justiça é direito fundamental e, para tanto, reformas processuais devem ser tratadas com status de política pública. O que ocorre é o

inverso: se decide uma reforma não a partir de evidências, enfim, de prognoses.

Diante dos novos requisitos de admissibilidade do Recurso Especial ao Superior Tribunal de Justiça a justificativa do asoeramento é insustentável, e assim não fosse, temos que tem em consideração que há o direito fundamental de acesso à Justiça.

Enfim, vale a reflexão no início, para que atenda aos ditames da segurança jurídica, da isonomia e da uniformidade da jurisprudência além da questão suscitada em relação ao IRDR, entendemos que também deve ser enfrentada a questão de decisões divergentes em relação a mesma matéria, em especial se sumuladas.

CONCLUSÃO

Pelos fundamentos elencados e pelos demais que, certamente, nossos eminentes pares poderão elencar, propomos que o Regimento Interno do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná seja alterado para determinar que:

01. Fica instituído que compete às Turmas Recursais Reunidas do Sistema de Juizados Especiais Cíveis do Estado do Paraná conhecer e julgar os Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) interpostos em razão de decisões dos Juizados Especiais Cíveis.

02. Fica instituído que compete às Seções Cíveis Reunidas conhecer e julgar as divergências entre os IRDRs decididos pela Turmas Recursais Reunidas e Seção Cível.

Em relação à proposta da AMB, diante das alterações em relação ao Recurso Especial e a sua admissibilidade, bem como ser um retrocesso ao sistema processual o Pleno ou o Órgão Especial decidir uniformização de jurisprudência, entendemos que a redação do projeto de lei poderia ser como segue:

§ 1º O pedido de uniformização de interpretação de lei e o pedido de instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas formulado em razão de processo que tramita perante juizado especial cível ou da Fazenda Pública será dirigido ao Presidente da Turma de Uniformização **ou das Turmas Recursais Reunidas** ou da Turma Recursal **se** Única do Sistema dos Juizados Especiais e por ela julgado, aplicando-se, no que couber, as regras previstas nos artigos 976/986 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.

§ 2º Em caso de divergência entre súmulas ou enunciados da Turma de Uniformização dos Juizados Especiais e súmulas, enunciados ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal de Justiça, **as Seções Cíveis Reunidas ou a Seção Cível, se Única, ou o Pleno ou o Órgão Especial**

⁸ O texto da súmula diz: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"

deliberará sobre ela, dirimindo a controvérsia após ser provocado pelo Presidente do Tribunal de Justiça ou pelo Presidente **das Turmas Recursais Reunidas ou da Turma Recursal se Única** ou da Turma de Uniformização. (grifo nosso)

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; DANTAS, Bruno (Coord.). Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relatório estatístico. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=371>. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Processo nº 1005357-46.2018.4.01.0000. Data do julgamento: 07/12/2021. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/portaltf1/comunicacao-social/imprensa/noticias/decisao-trf1-nao-e-competente-para-processar-e-julgar-incidente-de-resolucao-de-demandas-repetitivas-irdr-contra-decisoes-precedentes-dos-juizados-especiais-federais.htm>. Acesso em: 16 jan. 2022.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Nova era do processo civil. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUARTE, Antônio Aurélio A; BRASIL, Maria Eduardo de Oliveira. Os Juizados Especiais Estaduais e o IRDR – por uma busca harmônica dos mesmos objetivos. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/documents/10136/1186838/irdr-juizados.pdf>. Acesso em: 15 out. 2022.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. Novo Código de Processo Civil – o que é inédito, o que mudou, o que foi suprimido. Salvador: Juspodivm, 2015.

FUX, Luiz (Coord.). O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal – un ensayo sobre epistemología jurídica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Emenda da Relevância e a exclusão das causas ‘irrelecentes’ no STJ. Consultor Jurídico, 21 jul.2022, 8:00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-21/senso-incomum-emenda-relevancia-exclusao-causas-irrelevantes-stj>. Acesso em: 16 jan. 2023.

TARUFFO, Michele. Uma simples verdade – o juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SAÚDE SUPLEMENTAR À LUZ DAS MUDANÇAS: UM COTEJO ENTRE O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E AS MODIFICAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 14.454/2022 – REFLEXÕES FUNDAMENTAIS



José Laurindo de Souza Netto ¹

O trabalho tem por escopo investigar a saúde suplementar em face das recentes mudanças no entendimento quanto a natureza do rol de procedimentos da ANS. A problemática está na necessidade de inquirir as consequências das modificações no direito à saúde à luz do cotejo entre o entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça e o adotado pela Lei nº 14.454/2022. A investigação empreendida utiliza o método hipotético dedutivo, combinado aos precedentes de pesquisa bibliográfica e documental.

¹ Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Paraná. Estágio de Pós-doutorado pela Faculdade de Direito da *Universidade Degli Studi di Roma La Sapienza*. Professor de direito processual no curso de mestrado da Universidade Paranaense - UNIPAR. Professor convidado do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba - UNICUIRITBA. Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: professorlaurindojl@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509259358093260>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-6950-6128>.

**SUPPLEMENTARY HEALTH IN THE LIGHT OF CHANGES: A COMPOUND
BETWEEN THE UNDERSTANDING OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE
AND THE MODIFICATIONS PROMOTED BY LAW 14.454/2022 –
FUNDAMENTAL REFLECTIONS**



Karen Paiva Hippertt ²

Como principal contribuição, tem-se que as modificações promovidas pela Lei nº 14.454/2022 irão impactar significativamente o equilíbrio econômico-financeiro das operadoras de planos de saúde, bem como acarretarão um aumento na litigiosidade em matéria de saúde. O estudo conclui pela necessidade de um diálogo interinstitucional, com estabelecimento de novas diretrizes e parâmetros aos tribunais, de modo a assegurar decisões isonômicas. Somado a isso, o reforço ao uso dos métodos adequados, sobretudo, em caráter pré-processual, é de fundamental importância.

Palavras-Chaves: Saúde suplementar; Natureza do rol da ANS; Lei nº 14.454/2022; Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça.

² Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba. Assessora da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: karen.hippertt@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5863810703081925>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3991-8850>.



Adriane Garcel³

The scope of this work is to investigate supplementary health in the face of recent changes in the understanding of the nature of the ANS list of procedures. The problem lies in the need to investigate the consequences of changes in the right to health in light of the comparison between the understanding established by the Superior Court of Justice and that adopted by Law No. 14.454/2022. The investigation undertaken uses the hypothetical deductive method, combined with the precedents of bibliographic and documentary research.

³ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Ministério Público – Estado Democrático de Direito - pela Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA. Assessora Jurídica do TJPR, Mediadora Judicial e Docente de Ciência Política e Teoria Geral do Estado no Curso de Direito da Faculdade Anchieta. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>



Anderson Ricardo Fogaça⁴

As a main contribution, the changes promoted by Law No. 14,454/2022 will significantly impact the economic-financial balance of health plan operators, as well as lead to an increase in health litigation. The study concludes on the need for an inter-institutional dialogue, with the establishment of new guidelines and parameters for the courts, in order to ensure equal decisions. Added to this, the reinforcement of the use of adequate methods, above all, in a pre-procedural character, is of fundamental importance.

Keywords: Supplementary health; Nature of the ANS role; Law n°. 14.454/2022; Federal Court of Justice; Superior Tribunal of Justice.

⁴ Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Juiz de Direito em 2º Grau e Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Professor licenciado da Escola da Magistratura do Paraná. E-mail: andersonfoga@yahoo.com.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9343656785887913>.

INTRODUÇÃO

A saúde é direito fundamental de natureza social prestacional constitucionalmente assegurado, também, é direito humano internacionalmente tutelado.

Cuida-se de expressão do princípio da dignidade da pessoa humana que impõe ao Estado atuação positiva para implementá-lo.

O sistema de saúde híbrido vigente, com integração entre iniciativas pública e privada, visa uma melhor estruturação do sistema em um país continental.

Prestada pela iniciativa privada, e desvinculada do Sistema Único de Saúde, a saúde suplementar compreende um dos pilares mais importantes para acesso e manutenção da saúde no Brasil.

Sua origem remonta a década de 50, atribuída ao descontentamento com o atendimento ofertado pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões, bem como ao interesse da indústria automobilística que se estabelecia no Brasil em ter uma força de trabalho saudável.

Supõe-se que o primeiro plano de Saúde teria sido o do Hospital e Maternidade Modelo, instituído em 1954, estabelecido com as indústrias Villares e o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O grande aumento do setor se deu na segunda metade e no final do século passado, com as primeiras cooperativas de saúde viriam a surgir em 1960.

A princípio, o setor não sofria nenhuma intervenção, com carência de regulamentação sobre a matéria. As empresas se organizavam livremente, submetendo-se apenas à legislação societária. Cabi-lhes, inclusive, escolher o tipo de serviço a ser prestado e os usuários.

Foi apenas na década de 90 que diversos segmentos, órgãos do Poder Executivo e Judiciário, de defesa dos consumidores, entidades médicas e usuários de planos de saúde, além de agentes do Poder Legislativo, deram início a um movimento de regulamentação.

A regulamentação aspirava, sobretudo, uma maior estabilidade ao mercado segurador, controle da discordância de informação e o crescimento da participação do consumidor. Tinha por enfoque equilibrar os interesses de operadoras e consumidor, visando níveis socialmente aceitáveis de justiça social.

Muitos eram os conflitos em relação a quem se devia prestar a assistência à saúde, tanto por parte dos consumidores, que não sabiam exatamente quais os limites contratuais do serviço suplementar a que tinham direito, quanto por parte das operadoras de planos de saúde, que ficavam à mercê de decisão judicial sobre como melhor proceder ao pedido de atendimento. Mesmo sendo um mercado atuante, o

setor de saúde suplementar no Brasil crescia sem qualquer regulamentação.

Ao final dos anos 1990, foi editada a Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/1998), que passou a dispor sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.

Para justificar a necessidade da regulamentação, o Ministério da Saúde utilizou como argumentação não só o grande volume de recursos que mobilizava o setor e o elevado número de reclamações registradas no sistema de Defesa do Consumidor, mas, principalmente, a questão do subsídio do Sistema Único de Saúde (SUS), uma vez que os beneficiários dos planos eram por ele assistidos nos procedimentos de maior custo, como os de alta complexidade e de urgência e emergência.

A questão sobre o ressarcimento ao SUS gera uma discussão de legalidade referente à relação entre o sistema público e a saúde suplementar, pois não se têm claros os limites existentes na responsabilidade atribuída à assistência privada em substituição ao Estado cujo dever é irrestrito e irrevogável.

A regulamentação dos Planos de Saúde e a criação da Agência Nacional de Saúde (ANS) foram marcos importantes dentro da saúde suplementar, alterando profundamente o setor. Em contrapartida, o processo de transformação não apenas se manteve contínuo, mas tem sido alvo de mudanças e de tentativas de reformulações, nem sempre convergentes.

Mesmo após a edição de seu marco legal, as críticas ao sistema de saúde suplementar continuam, advindas não só dos consumidores, mas dos prestadores de serviço de saúde, inclusive, profissionais de saúde, vinculados às operadoras.

A Lei nº 9.656/98 instituiu um plano-referência como produto de comercialização obrigatória com o fim de padronizar os itens a serem oferecidos ao mercado, sem diferenças na cobertura, mesmo diante da grande diversidade de operadoras. Todavia, autorizou a oferta de propostas distintas pelas operadoras dos planos de saúde no intuito de que necessidades específicas dos consumidores pudessem ser atendidas de acordo com as seguintes segmentações: ambulatorial, hospitalar, obstétrica e odontológica. Todas, devendo observar o padrão mínimo de assistência, sem possibilidade de redução, o que aproxima o setor de saúde suplementar do preceito da integralidade da atenção em saúde proclamado na Constituição para o sistema público de saúde.

A segurança jurídica pauta-se aqui não pela previsibilidade de um regime jurídico determinado aos agentes privados prestadores de serviço de Saúde, mas aos destinatários destes serviços.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada em 2000 pela Lei nº 9.961/2000, é uma Autarquia Especial Federal, seja em razão dos poderes

ampliados que detêm quando comparada às autarquias simples, seja em razão de uma razoável independência no que concerne à decisão, objetivos, instrumentos e meios de financiamento. Está vinculada ao Ministério da Saúde do Brasil e tem por objetivo regular, normatizar e fiscalizar o mercado de planos privados de saúde conforme determinado pela Lei dos Planos de Saúde nº. 9.656/98.

Após a unificação das competências regulatórias em uma agência específica tornou-se possível captar e sistematizar as informações sobre o setor e avançar rapidamente em sua regulação.

Saúde suplementar, portanto, é a prestação de serviços de saúde privados a beneficiários de planos de saúde contratados, em que o pagamento dos prestadores é realizado pelas operadoras dos planos. É um setor do mercado que lida com atividade altamente relevante: o atendimento assistencial para a manutenção ou a recuperação da saúde.

Os temas da regulamentação abrangem a ampliação de cobertura e o ressarcimento ao SUS, o registro das operadoras, o acompanhamento de preços pelo governo, a obrigatoriedade da comprovação de solvência, reservas, técnicas, a permissão para a atuação de empresas e capital estrangeiro e o desejo de exclusividade sob os médicos credenciados. Temáticas que podem ser compreendidas como intermediárias entre a correção da seleção dos riscos pelas operadoras e a preservação da competitividade do mercado.

A ANS edita periodicamente resoluções normativas procurando atualizar o rol de procedimentos e eventos em Saúde, adstritas à sua função técnica. A partir de 2001, a Lei dos Planos de Saúde também vem sendo alterada por meio de leis ordinárias, a maioria de iniciativa parlamentar. No entanto, não se tratam de disposições estruturantes. A legislação não modifica significativamente o eixo legal da saúde suplementar no País, simplesmente aprimora algumas das regras para dar mais transparência ao setor, além de ampliar especificamente as coberturas obrigatórias.

Dentre as leis originárias de projeto da autoria de parlamentares, uma trata da relação entre operadoras e prestadores e outra de regras para as operadoras da modalidade de autogestão. No entanto, a maioria se volta a determinar a obrigatoriedade de coberturas específicas, como por exemplo, cirurgia plástica reparadora de mama; planejamento familiar; fornecimento de produtos médicos; atendimento à violência autoprovocada, dentre outros.

A extensão da cobertura assistencial, além de ser extremamente prevalente no âmbito do legislativo, também está muito presente no Judiciário. Evitar a judicialização seria o ideal em qualquer sociedade, mas, no esteio das contradições e desigualdades que marcam os contratos no Brasil, sequer se pode

vislumbrar uma redução radical na quantidade de demandas.

Em seus 24 anos de existência, a Lei dos Planos de Saúde sofreu inúmeras alterações, praticamente todos os seus artigos foram modificados. A enxurrada de alterações, especialmente por medidas provisórias, associada à falta de organização interna da lei em capítulos e sessões, o que facilitaria na clareza dos temas tratados, acarretou confusão e dificuldades na interpretação de seu texto.

Os maiores conflitos se manifestam, principalmente, quando se discute qual é o objeto e a intensidade da regulamentação.

Às maiores reclamações de beneficiários feitas na ANS, por sua vez, dizem respeito à cobertura assistencial dos planos de saúde quanto ao rol de procedimentos cobertos, prazos para o atendimento, carência, rede conveniada, doenças preexistentes e administração das ações de saúde pelas operadoras. Em contrapartida, há fortes pressões para que se flexibilize, sobretudo, à obrigatoriedade de oferta do plano-referência e de suas segmentações, com proibição de exclusões de cobertura.

A competência em favor da ANS para a delimitação do rol, verifica-se no artigo 10, § 4º, da Lei 9.656, de 3 de junho de 1998, alterada recentemente pela Lei 14.307, de 3 de março de 2022. Mas, a falta de clareza quanto à natureza do rol gera indagação acerca de sua extensão, com discussão e aumento do número de ações no Judiciário.

Recentemente, a discussão em torno da natureza do rol da ANS foi enfrentada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.889.704/SP e 1886929/SP, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Na sequência, Lei nº 14.454/2022, encerrou a discussão contrariando o entendimento firmado.

O estudo objetiva investigar a saúde suplementar refletindo as consequências das recentes modificações à luz do cotejo entre o entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça e o adotado pela Lei nº 14.454/2022.

Para tanto, se dividirá em três capítulos. Primeiramente, apresentar-se-á a saúde suplementar e seus desmembramentos em termos gerais. Na sequência, as recentes mudanças na matéria. Por fim, tratar-se-á da questão a partir de um cotejo entre as modificações, à luz do consequencialismo, trazendo ponderações necessárias.

O estudo se justifica tendo em vista os impactos no equilíbrio econômico-financeiro de um setor tão fundamental ao país, bem como aos seus respectivos usuários e coletividade como um todo.

1 O DIREITO À SAÚDE E A SAÚDE SUPLEMENTAR: TERMOS GERAIS

Com o fim da ditadura, a euforia constituinte deu lugar a uma constituição ampla voltada a tutela da pessoa humana erigindo a dignidade enquanto supraprincípio a orientar e conformar toda a ordem jurídica (BARROSO, 2020, p. 194; PIOVEZAN, 2010, p. 17).

No vasto catálogo de direitos e garantias constitucionais, direcionados, sobretudo, a proteção da dignidade da pessoa humana, passou a constar a saúde, como direito social fundamental a ser efetivamente assegurado pelo Estado. É o que dispõe o artigo 6º: “[...] São direitos sociais a [...] a saúde [...], na forma desta Constituição”.

Nesta linha, Daniela Alvarez Prado (2011, p.113) aponta ser a saúde corolário lógico do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez consistir em pressuposto para uma vida digna. Logo, cuida-se não só de direito individual, mas de princípio fundamental, nos moldes dos artigos 5º e 2º da Constituição Federal.

Quanto ao seu conteúdo, destaca Fernando de Oliveira Domingues (2009, p. 110), se configurar como “direito social prestacional que objetiva assegurar à pessoa humana condições de bem-estar e de desenvolvimento mental e social livre de doenças físicas e psíquicas”

Consiste, então, em “um dos principais componentes da vida, seja como pressuposto indispensável para sua existência, seja como elemento agregado à sua qualidade. Assim, a saúde se conecta ao direito à vida”, complementa Germano Schwartz (2001, p. 52).

Internacionalmente, a saúde está prevista na Constituição da Organização Mundial da Saúde, que dispõe que “gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social”.

Em 1948, passou a constar, enquanto indissociável ao direito à vida, no artigo XXV, da Declaração de Direitos Humanos, que estabelece que todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis

Em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incluiu a saúde em seu artigo 12 impondo obrigações aos estados signatários ao reconhecer o “direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”.

No âmbito interno, a Constituição Federal não só dispõe da saúde como direito social, mas, conforme explica Alvaro Luis (2013, p. 29), “confere ao Estado a atribuição de promover um conjunto de ações e serviços públicos indispensáveis à redução dos riscos de doenças, bem como de garantir à população “o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a promoção e a recuperação da saúde”.

É o que se verifica do artigo 196 que estabelece que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”.

Na mesma linha, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 734.487, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, ainda no ano de 2010, estatuiu que: “1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. [...]”¹²

Por fim, a garantia contempla não apenas à possibilidade de atendimento em hospitais e unidades básicas, mas tem contexto mais amplo. Interliga-se com o direito à qualidade de vida, devendo se associar a outros direitos básicos, educação, saneamento básico, atividades culturais e segurança.

Reconhecida a saúde, como direito social, fundamental, portanto, universal a todos e dever do Estado, a Constituição Federal consagrou o Sistema Único de Saúde como responsável pelas ações e serviços públicos de saúde compreendendo uma rede regionalizada e hierarquizada.

Alvaro Luis (2013, p. 39) oportunamente alude trata-se da “mais importante instituição do direito sanitário brasileiro, incumbindo-lhe a integração e a organização de várias entidades que levarão adiante as ações atinentes à promoção da saúde”.

Segundo o artigo 2º da lei que regulamenta o SUS, “[...] A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

Em complementariedade ao SUS, o parágrafo 1º do artigo 199 prevê a participação de instituições privadas na área da saúde, mediante contrato de direito público, ou convênio.

A saúde complementar volta-se ao alargamento do âmbito de atuação do Estado por meio da integração da iniciativa privada no Sistema Único de

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 734.487/PR (2. Turma). Relatora: Ministra Ellen Gracie, 3 de agosto de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>. Acesso em: 9 nov. 2022.

² Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175/RS (2. Turma). Relator: Ministro Celso de Mello, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>. Acesso em: 9 nov. 2022.

Saúde, que desempenha atividade em área da saúde pública para melhor atendimento do interesse público.

Em contrapartida, o caput do mesmo artigo, dispõe que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, possibilitando, assim, a chamada saúde suplementar.

Desvinculada ao Sistema Único de Saúde, a saúde suplementar envolve o fornecimento de ações e serviços de assistência à saúde por operadoras de planos de saúde e seguros privados, de forma suplementar, isto é, para além do SUS. Compreende o acesso a planos de saúde e assistência hospitalar pela população.³⁴

Para além, oito são as modalidades de operadoras de saúde suplementar, segundo a ANS, administradora de benefícios, autogestão, cooperativa médica, cooperativa odontológica, filantropia, medicina de grupo, odontologia de grupo e seguradoras especializadas em saúde.

A regulamentação, controle e fiscalização das atividades fica a cargo da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei 9.961/2000. Além disso, a atividade desempenhada é regulamentada pela Lei 9.656/1998.

Segundo a Lei 9.961/2000, a ANS é autarquia federal sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde. Atua em todo o território Nacional, como "órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde". Possui autonomia administrativa, financeira, patrimonial, de gestão de recursos humanos, para a tomada de decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes.

Destaca-se, que a ANS possui caráter complementar-regulatório, com suas atribuições voltadas, sobretudo, a efetividade da Lei dos Planos de Saúde. Visa a harmonia entre Estado, operadoras e consumidores, em outras palavras, equilibrar interesse

público, privado e coletivo amplo sensu, atuando com órgãos de proteção ao consumidor, conforme destaca Sandra Krieger Gonçalves (2022):

Para tanto, a lei atribui à ANS, entre outros deveres: propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar (Consu); estabelecer as características gerais dos instrumentos contratuais utilizados na atividade das operadoras; e dentre outras relevantes funções, elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei 9.656.

Trata-se de um dos pilares mais importantes para o acesso e manutenção da saúde no Brasil, exercendo papel considerável no bem-estar geral da população.

É certo que todo o cidadão brasileiro em território nacional tem direito de usufruir do sistema público de saúde, o SUS. No entanto, um dos objetivos do sistema único é, justamente, a redução das desigualdades e, em razão disso, tem por foco o atendimento aos mais necessitados.

Deste modo, o acesso à saúde suplementar também é uma forma de garantir o espaço e os recursos do SUS para quem realmente precisa.

O sistema híbrido de saúde vigente, que congloba o serviço público e privado, auxilia no equilíbrio entre receita do Estado e as necessidades de atenção à saúde em um país continental.⁵

De acordo com Sandra Lrieger Gonçalves (2020), a política estatal de privatização, instituída pela Lei 8.031/1990, se dá justamente em um cenário de um poder público que não consegue exercer de forma eficaz e adequada determinadas atividades em um setor fundamental.

Tamanha é a relevância da saúde suplementar que, atualmente, há quase 900 operadoras médico-

³ Para Schulman (2009): "Entende-se por "saúde suplementar" a esfera de atuação dos planos de saúde. A locução denomina, por conseguinte, a prestação de serviços de saúde, realizada fora da órbita do Sistema Único, vinculada a um sistema organizado de intermediação mediante pessoas jurídicas especializadas (operadoras de planos de saúde). Em palavras mais adequadas às interfaces entre público e privado (adiante objeto de análise), a saúde suplementar configura a prestação privada de assistência médico-hospitalar na esfera do subsistema da saúde privada por operadoras de planos de saúde".

⁴ Segundo o inciso I do artigo 1º da Medida Provisória nº 2.177-44/2001, que alterou a Lei nº 9.656/1998, (1) o Plano Privado de Assistência à Saúde consiste em "prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do

consumidor"; (2) a Operadora de Plano de Assistência à Saúde, por sua vez, compreende, "pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I [...]".

⁵ Ainda em 2012, Luiz Augusto Ferreira Carneiro (2012, p. 4) já bem sublinhava que, "No modelo imaginado pelo constituinte, caberia ao Estado prestar prioritariamente os serviços de saúde, sempre de modo universal e igualitário. A quadra vivida, todavia, revela deficiências substanciais em praticamente todos os serviços públicos, de maneira que ainda não foi possível alcançar aquele propósito maior de universalização. No modelo imaginado pelo constituinte, caberia ao Estado prestar prioritariamente os serviços de saúde, sempre de modo universal e igualitário. A quadra vivida, todavia, revela deficiências substanciais em praticamente todos os serviços públicos, de maneira que ainda não foi possível alcançar aquele propósito maior de universalização. [...] Todos esses elementos - deficiência crônica no setor público, avanço vertiginoso dos tratamentos e incremento dos custos - atacam a importância do setor de saúde suplementar, fundamental para o equacionamento do problema".

hospitalares em atividade no Brasil⁶, com cerca de 49,7 milhões de beneficiários, um crescimento de 3,2% em relação ao ano anterior. A informação é da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e, segundo o órgão, o setor alcançou o melhor índice desde 2015, quando o número de clientes de planos de saúde chegou a 49.191.957 (ANS, 2022).

Isso torna o sistema suplementar de saúde brasileiro um dos maiores sistemas privados de saúde no mundo.

Além disso, é inegável que a pandemia do coronavírus acelerou a busca pela garantia e qualidade da assistência à saúde. O plano de saúde se tornou o segundo item mais cobiçado pelos brasileiros, perdendo apenas para a casa própria (ANS, 2021)⁷. Conforme destaca José Sestello (2022), Presidente e Diretor da Unimed Nova Iguaçu, na "prática são quase 50 milhões de brasileiros que não dependem do Sistema Único de Saúde – SUS, mesmo com a garantia dada pela Constituição de 1988".

O segmento, além de auxiliar a desafogar a rede pública de saúde, permitindo ao governo acumular recursos e energia a serem aplicados na assistência à população de menor renda, tem um papel relevante no incremento da economia do país. Gera empregos, arrecadação de impostos, sem falar na possibilidade de investimentos no setor. Em 2020, por exemplo, os planos de saúde realizaram 1,3 bilhão de procedimentos, entre consultas, exames, terapias, cirurgias e procedimentos odontológicos, segundo levantamento da ANS⁸.

Além disso, com a pandemia toda a sociedade precisou refletir sobre o funcionamento, demandas e dificuldades de acesso ao SUS. Cenário que reforça a urgência de o governo olhar a saúde suplementar como uma aliada. É cada vez mais inequívoca a necessidade de a saúde pública e privada trabalhem em parceria, de maneira complementar e coordenada.

Em contrapartida, mesmo com o papel estratégico que possui a saúde suplementar, ainda há uma carência de políticas de incentivo por parte do Governo Federal para criar condições favoráveis para que um número mais expressivo de pessoas possa ser absorvido pelo mercado privado.

Neste sentido, o setor vem enfrentando inúmeros desafios com aumento de custos com a assistência e impactos na eficiência, dentre os quais: (1) pandemia do COVID-19 e crise econômica; (2) envelhecimento da população, com inversão da pirâmide etária: aumento no uso do plano de saúde, com maior número de beneficiários com doenças crônicas que precisam de cuidado contínuo; (3) novas

tecnologias: demandam elevado investimento, além do alto custo, à medida que se somam, os gastos aumentam; (3) uso de dados e criação de um ecossistema: os dados sensíveis se multiplicam conforme a tecnologia se faz cada vez mais presente, exigindo adequação a Lei Geral de Proteção de Dados; (4) saúde primária, preventiva, ou suplementar: atendimento focado no paciente, auxilia na disseminação de informações e orientações, na prevenção de doenças, com acompanhamento direcionado e capacitado.

O presente estudo irá se ater a questão da incorporação de tecnologias ao rol de procedimentos mínimos a serem providos pelos planos de saúde, muitas vezes, sem a devida análise da relação entre a efetividade da tecnologia e o custo da sua incorporação. Isto é, com a possibilidade de se adicionarem procedimentos custosos, mas com baixo benefício para a saúde e para o bem-estar da população coberta pelos planos.

Veja-se que a Agência Nacional de Saúde Suplementar, enquanto agência reguladora das atividades das operadoras de assistência médica à saúde, mantém o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, no qual estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida pelos planos privados de assistência à saúde, de acordo com a segmentação assistencial contratada.

O rol existe para assegurar acesso a uma assistência qualificada, que deve ser oferecida por todas as operadoras e planos de saúde. Também, para as operadoras, traz mais clareza sobre as coberturas a serem garantidas aos usuários.

O primeiro rol da ANS, de 1998, contava com 1.234 itens, enquanto em maio de 2022 o rol já possuía mais de 3.400 itens. Isso demonstra a constante incorporação de novas tecnologias em saúde e, naturalmente, a elevação dos custos das operadoras, que precisam repassá-los aos beneficiários (UNIMED, s.d.)

Neste cenário, nas últimas décadas, diversas ações têm sido intentadas no judiciário envolvendo a obrigatoriedade de cobertura de tratamento para além do rol da ANS, ensejando a discussão quando a sua natureza. Seria ele taxativo, taxativo mitigado, ou exemplificativo?

A discussão ampla em torno do assunto se torna fundamental tendo em vista os impactos da amplitude da cobertura dos planos de saúde, a depender do entendimento quanto a natureza do rol, no sistema de saúde e em seus usuários, consumidores.

⁶ Total de 896, dados da ANS de julho/2022

⁷ Segundo pesquisa realizada pelo Ibope em parceria com o Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS), de 2015 a 2019, o plano de saúde era o terceiro maior desejo de consumo do brasileiro, precedido pela educação e casa própria. (IESS, 2019).

⁸ Para consultar o Mapa assistencial da Saúde Suplementar: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoizDFkODkxNzMtODgwNC00ZTFiLTg2MzUtZmEwNDViNmU1ZWl4IiwidCI6IjlkYmE0ODBlLTRmYTctNDJmNC1iYmEzLTBmYjEzNzVmYmU1ZiI9>

2 RECENTES MUDANÇAS EM MATÉRIA DE SAÚDE SUPLEMENTAR— DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO AO ROL DE PROCEDIMENTOS DA ANS À LEI 14.454/2022

A regulamentação das relações jurídicas oriundas do mercado de saúde tem se dado, no âmbito público, pela Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990), no privado, pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), Lei dos Planos de Saúde (9.656/98) e a Lei 9.961/2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

A legislação vigente, no entanto, não se mostra suficiente a evitar, ou solucionar satisfatoriamente as principais controvérsias envolvendo a temática da saúde seja no âmbito público, seja no privado.

Um exemplo recente, é a temática tratada no Recurso Extraordinário nº 1366243/SC⁹, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, cuja repercussão geral foi reconhecida por unanimidade em Plenário Virtual (Tema 1.234¹⁰).

A controvérsia cinge-se no reconhecimento da responsabilidade solidária da União, com a obrigatoriedade de sua inclusão no polo passivo de ações, intentadas em face de governos estaduais, que versem sobre a obtenção de medicamentos que, apesar de registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não foram incorporados nas políticas públicas do SUS, estando fora da lista padronizada (artigos 23, II, 109, I, 196, 197 e 198).

No caso da saúde suplementar o poder público abre espaço para que a iniciativa privada atue paralelamente, no entanto, como a regulamentação neste âmbito ainda se mostra insuficiente, com pontos falhos e omissos, como bem explica Sandra Kriegger (2022), o aumento exponencial de litigiosidade tem sido inevitável.

Veja-se que a Lei dos Planos de Saúde, carente de técnica em sua elaboração, deixa de fixar com clareza um modelo que equilibre qualidade aos usuários e a sustentabilidade econômica das operações.

Nesta linha, a litigiosidade em matéria de saúde aumenta cada vez mais, tornando recorrentes casos envolvendo a negativa do plano em autorizar procedimento fora do rol de cobertura da ANS e a discussão em torno de sua natureza.

A controvérsia acerca da natureza do rol de procedimentos da ANS é antiga, inclusive, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o que deu causa aos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929 e nº 1.889.704¹¹.

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento finalizado em 8 de junho de 2022, entendeu ser taxativo, em regra, o rol de procedimentos e eventos estabelecido pela ANS, desobrigando as operadoras de saúde a cobrirem tratamentos não previstos na lista.

Na oportunidade, a corte advertiu que, em havendo outro procedimento eficaz, efetivo e seguro para a cura do paciente incorporado ao rol, a operadora de plano ou seguro não estaria obrigada a arcar com tratamento para além do rol fixado. Inclusive, advertiu para a possibilidade de contratação de uma cobertura ampliada, ou da negociação de um aditivo para cobertura deste tipo de procedimento.

Por fim, a mitigação da taxatividade ocorreria apenas em duas hipóteses. Primeiro, inexistindo um substituto terapêutico; segundo, e em caráter excepcional, quando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, desde que (STJ, 2022):

(i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como CONITEC e NATJUS) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS. No caso concreto, a Segunda Seção, por unanimidade, negou provimento aos embargos de divergência, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Em seu voto, o Relator, Ministro Luis Felipe Salomão defendeu que a taxatividade é fundamental para o funcionamento adequado do sistema de saúde suplementar. Isso porque, garante proteção aos beneficiários, que seriam prejudicados caso os planos tivessem que arcar indiscriminadamente com ordens

⁹ *Leading Case*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6335939>

¹⁰ Tema 1234 - Legitimidade passiva da União e competência da Justiça Federal, nas demandas que versem sobre fornecimento de medicamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, mas não padronizados no Sistema Único de Saúde - SUS.

¹¹ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.889.704/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 8 de junho de 2022. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/>

pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202002070605. Acesso em: 9 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1886929/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 8 de junho de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/a/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001916776. Acesso em: 9 nov. 2022.

judiciais para a cobertura de procedimentos fora da lista da autarquia.

Ainda, destacou que em nenhum outro país do mundo há lista aberta de procedimentos e eventos em saúde¹². Também, que o rol da ANS é elaborado com base em profundo estudo técnico, do qual não dispõe o Judiciário para, discricionariamente, substituir a administração no exercício da sua função regulatória.

Já, para a Ministra Nancy Andrighi, que teve voto vencido, a lista da ANS teria caráter exemplificativo, porque, caso contrário, constituiria obstáculo pré-determinado ao acesso do consumidor aos procedimentos indispensáveis ao seu tratamento de saúde. Além disso, a ANS não possui atribuição para impor restrições aos direitos garantidos pelo legislador, sem contar que os beneficiários se encontram em posição de vulnerabilidade em relação aos planos de saúde.

Ao fim e ao cabo, o STJ estabeleceu uma taxatividade mitigada, já que trouxe parâmetros para o custeio dos planos de procedimentos não previstos na lista. Ou seja, o resultado não implica a completa restrição de cobertura adicional e em nada altera a cobertura já vigente da lista de 3,4 mil procedimentos e eventos.

Em contrapartida, ressalta-se que, seguramente, a decisão não contribuiria para a diminuição do contencioso na matéria. Se antecipadamente já se tinha previsão de exceções, seria de se esperar que cada interessado buscasse o enquadramento nessa lacuna — especialmente considerados os valores envolvidos no conflito. O resultado da decisão facilitaria aos planos de saúde privados, na recusa, o que provavelmente resultaria em antecipar a judicialização — mas sem diminuí-la.

O fim do rol taxativo da ANS foi defendido não apenas por entidades ligadas a pacientes que temiam ter coberturas para tratamentos de doenças como o câncer e outras terapias, negado, mas também por associações que representam pessoas com deficiência, autismo e doenças raras

Já, para os representantes de operadores de planos de saúde, a alteração não somente criaria insegurança aos beneficiários como também poderia levar a um aumento significativo das mensalidades.

Esse contexto exigia posturas específicas das operadoras de planos de saúde e da ANS. Teriam de ser evidenciados os benefícios sociais estampados como fundamentos na decisão do STJ ou a decisão não se manteria, como de fato aconteceu.

No campo político, houve uma reação imediata à decisão do STJ, com votação em regime de urgência

pela Câmara dos Deputados do Projeto de Lei nº 2033/2022 (CRAVO; CASEMIRO, 2022).

Na justificativa da proposta, consta que o projeto de lei foi fruto da mobilização da sociedade civil, de especialistas da área médica e de usuários da saúde suplementar, buscando a continuidade de tratamentos de saúde que poderiam ser excluídos com o novo entendimento do STJ.

A Lei nº 14.454, que foi sancionada e publicada no final de setembro de 2022, encerra a limitação de procedimentos cobertos pelos planos de saúde e impõe aos planos a obrigação de cobrir tratamentos para além do rol.

Isto é, restabelece o entendimento que prevalecia antes da decisão do STJ, deixando o rol de ser taxativo, ou taxativo mitigado, para ser exemplificativo.

Segundo o § 4º do artigo 10 da lei a amplitude da cobertura dos planos deverá ser estabelecida em norma editada pela ANS, com o rol de procedimentos e eventos de saúde suplementar sendo atualizado a cada incorporação. Diferentemente, o artigo 2º da Resolução nº 470/2021 da ANS dispunha que as propostas de atualização do rol deveriam ser recebidas e analisadas continuamente, com atualização semestral da lista de cobertura assistencial obrigatória de diretrizes de utilização.

Na sequência, o § 12 prevê que o rol atualizado pela ANS servirá apenas como referência básica para os planos de saúde contratados, sendo que, no caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente não previsto no rol a cobertura deverá ser autorizada pela operadora do plano de assistência à saúde, no entanto, desde que exista, alternativamente: (1) comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou (2) recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec); ou (3) exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais (NR)¹³.

Além disso, o artigo 1º da lei prevê que as operadoras se sujeitam ao Código de Defesa do Consumidor, cuja aplicação deixa de ser subsidiária.

Após a aprovação do PL 2033 pelo Senado, o texto aguarda a sanção ou veto presidencial (CRAVO; CASEMIRO, 2022).

Caso sancionado, irá impactar cerca de 49,5 milhões de brasileiros que contam com planos de assistência médica.

¹² Cf. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Amplitude da cobertura dos planos de saúde e rol de procedimentos da ANS [recurso eletrônico]: bibliografia, legislação e jurisprudência temática. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022.

¹³ Observa-se que os requisitos previstos na legislação para a cobertura de procedimentos não previstos no Rol da ANS diferem daqueles fixados pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 7088, 7183 e 7193, bem como Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 986 e 990.

Em nota, a ANS (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2022) manifestou que os critérios estabelecidos pelo legislador poderiam gerar incertezas, tanto com relação à segurança e efetividade dos tratamentos, quanto ao impacto econômico para a saúde suplementar.

A Agência informou que, apesar da lei, seguirá com o processo de listagem e revisão dos procedimentos.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, existem cinco ações sobre o tema, sendo três Ações Diretas de Inconstitucionalidade¹⁴ e duas ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁵, sob relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, que questionam a constitucionalidade de dispositivos da Lei dos Planos de Saúde, da lei que criou e regulamentou a ANS e da resolução que regulamentou o rol da ANS.

Contudo, diante da sanção do Projeto de Lei nº 2033/2022, a expectativa é a de que o Ministro declare perda de objeto e arquivar os processos.

Não obstante, recentemente, um acontecimento seguiu direção inversa. A lei nº 14.434/2022, que criou o piso salarial para os profissionais de enfermagem, aprovada em julho pelo Congresso e sancionada em agosto pelo Presidente, foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão cautelar proferida pelo Ministro Roberto Barroso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7222¹⁶.

A discussão também envolve o impacto financeiro da lei, tanto em relação ao setor privado, quanto aos entes públicos, e possui pontos convergentes com a presente análise do rol da ANS.

O Ministro Gilmar Mendes (apud FALCÃO; VIVAS; D'AGOSTINO, 2022), no voto em que foi alcançada a maioria, afirmou que "não se pode perder de vista os eventuais efeitos perversos que a lei, cheia de boas intenções, pode produzir na prática" e que "é preocupante o resultado que medidas normativas como essas podem vir a gerar".

Ainda, o Ministro Luís Roberto Barroso (apud FALCÃO, 2022) avaliou que há risco concreto de piora na prestação do serviço de saúde. As entidades interessadas na discussão, perante o Supremo,

afirmaram que poderia haver o fechamento de hospitais e a diminuição da rede conveniada ao Sistema Único de Saúde, bem como o influxo dos pacientes excluídos da rede de saúde suplementar para o já sobrecarregado SUS.

Na decisão liminar, que deferiu a cautelar suspendendo os efeitos da lei, ficou consignado o envolvimento de questões constitucionais sensíveis. De um lado, a legítima boa intenção do legislador em valorizar os profissionais de saúde, tão relevantes e imparáveis no período de pandemia. De outro, às consequências à própria prestação do serviço de saúde. Destacou-se, por fim, a necessidade de uma análise para que "a boa intenção do legislador não produza impacto sistêmico lesivo a valores constitucionais, à sociedade e às próprias categorias interessadas". Diante do evidente risco à prestação do serviço de saúde, o STF determinou a suspensão dos efeitos da lei até o estudo de seus impactos na situação financeira dos estados, empregabilidade e qualidade do serviço de saúde.

3 SAÚDE SUPLEMENTAR EM FACE DAS MUDANÇAS – UM COTEJO COM A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: DIREITO À SAÚDE PARA QUEM?

Dados do Conselho Nacional de Justiça apontam que, no período de 2015 a 2021, foi registrada média anual de 400 mil novos processos ligados à temática da saúde no país. Desses, 130 mil eram relativos a planos e seguros saúde, sendo que 42,9% foram julgados procedentes, 20,3% parcialmente procedentes e 36,8% improcedentes (JUSTIÇA FEDERAL, 2022).

Nesta linha, o Poder Judiciário tem tentado estabelecer critérios para, na medida do possível, homogeneizar as decisões judiciais relativas ao direito à saúde, inclusive, em demandas propostas contra o Poder Público. Postura essencial para evitar violação corriqueira do princípio constitucional da isonomia pelos tribunais e juízes pátrios.

Como exemplo, cita-se, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o Recurso Extraordinário nº 566471/RN, de relatoria do Ministro Marco Aurélio (Tema 6)¹⁷; o

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7193/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6433708>. Acesso em: 10 nov. 2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7088 /DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6358147>. Acesso em: 10 nov. 2022; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7183/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6425744>. Acesso em: 10 nov. 2022

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 986/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

nº 990/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1579699>. Acesso em: 10 nov. 2022.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.222/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI7222MCDecisoMLRB.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022.

¹⁷ Tema 6: Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo. Leading Case: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566471/RN. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 9 nov. 2022.

Recurso Extraordinário nº 657718/MG, de relatoria do Ministro Roberto Barroso (Tema 500)¹⁸; e o Recurso Extraordinário nº 855178/SE (Tema 793)¹⁹, de relatoria do Ministro Luiz Fux – todos, julgados em sede de Repercussão Geral. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial nº 1102457/RJ e nº 1102457/RJ, de relatoria do Ministro Benito Gonçalves, julgados sob a sistemática de Recursos Repetitivos (Tema 106)²⁰.

A promoção da saúde é uma missão desafiadora, não somente para o Poder Público, mas também para os planos de saúde privados.

De um lado, estão os planos de saúde, arcando com os altos custos de novos materiais, medicamentos, próteses e novas tecnologias. De outro, estão os beneficiários, com suas necessidades de atendimento e pagando as mensalidades de seus convênios, que também não são baratas.

O cenário colabora para o aumento das demandas judiciais movidas contra planos de saúde. Em contrapartida, percebe-se uma grande diversidade de decisões judiciais sobre o mesmo assunto, o que causa instabilidade e insegurança jurídica ao setor.

A sensibilidade do tema pode levar a decisões carregadas de discricionariedade judicial. O juiz se depara com um indivíduo que padece de alguma doença, uma prescrição médica e um tratamento disponível, muitas vezes sem eficácia suficientemente comprovada. Se não houver uma orientação objetiva, para alguns, isso bastaria, já para outros, seria preciso muito mais. As escolhas trágicas são inerentes à judicialização da saúde.

É necessário admitir que “a vida não tem preço, mas tem custo”. O atual quadro que se desenha em torno da judicialização não deixa dúvidas: escolhas difíceis precisam ser tomadas por parte de todos os atores envolvidos. Sobretudo, em um ambiente de recursos escassos.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDIB), aliás, impõe a análise da consequência prática da decisão por parte do magistrado, em seu artigo 20. Do mesmo modo, o Código de Ética da Magistratura Nacional, aprovado na 68ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça, exige do magistrado um atuar cauteloso, “atento às consequências que provocar” (CNJ, 2018).

¹⁸ Tema 500: Dever do Estado de fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. Leading Case: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657718/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 9 nov. 2022.

¹⁹ Tema 793: Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde. Leading Case: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 855178/SE. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 9 nov. 2022.

²⁰ Tema 106: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do

SUS. *Leading Case*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1657156/RJ. Relator: Benito Gonçalves. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pe_squisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em: 9 nov. 2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1102457/RJ. Relator: Ministro Benito Gonçalves. Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pe_squisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em: 9 nov. 2022.

Diante disto, é preciso entender que a tomada de decisões com potencial de repercutir sensivelmente no funcionamento dos mercados foi delegada para fora do centro de controle do Poder Executivo, para a figura das Agências Reguladoras, enquanto autarquias técnicas, o que trouxe um ganho de eficiência na estrutura estatal.

Assim, a decisão do STJ prestigia a normatização do rol de procedimentos em saúde elaborado pela autarquia especializada do setor, qual seja, a Agência Nacional de Saúde, o que atende à premissa da Escola de Chicago, segundo a qual a busca da eficiência é um princípio essencial, que deve ser observado, também, nas decisões judiciais.

Igualmente, é o anseio por eficiência que se percebe no panorama argumentativo do julgado do Superior Tribunal de Justiça, que considera fatores como a manutenção do equilíbrio econômico-atuarial do contrato e o maior acesso de consumidores à saúde suplementar pelos preços acessíveis.

A eficiência revela-se na busca por um bem-estar coletivo no máximo de sua potencialidade, por meio da melhor alocação de recursos, sendo este justamente o foco da Análise Econômica do Direito.

Em termos claros, tem-se que quanto menos a operadora de saúde gastar em custeio com as demandas de cobertura de seus associados, maior será a possibilidade de manter preços reduzidos, o que

SUS. *Leading Case*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1657156/RJ. Relator: Benito Gonçalves. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pe_squisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em: 9 nov. 2022.

permitirá que mais integrantes de camadas sociais vulneráveis tenham acesso ao serviço. Isso de nenhuma forma significa que a operadora não atenderia às necessidades dos beneficiários.

Um dos objetivos da Agência Nacional de Saúde no exercício de seu poder normativo é impedir que novas tecnologias em saúde se tornem disponíveis aos destinatários finais enquanto seus custos de implantação se revelam demasiadamente altos ou com potencial de desequilibrar parâmetros atuariais dos contratos.

Ora, o acesso a uma tecnologia mais dispendiosa por poucos consumidores comprometeria os recursos destinados a oferecer os meios tradicionais à maioria dos associados – o que justifica a restrição.

As novas tecnologias, aqui, equivaleriam às chamadas falhas de mercado na Análise Econômica do Direito, que impedem o alcance da máxima eficiência nas relações econômicas e devem ser resolvidas por meio de normas jurídicas.

Posteriormente, ainda dentro da ótica de custos de transação, reside a percepção de externalidade, que pode ser compreendida, grosso modo, como o efeito positivo/benéfico ou negativo/lesivo. Por isso, fala-se em externalidades positivas e negativas – “falhas de mercado”.

Valendo-se, então, de seu poder normativo, a ANS deixa de fora do rol de procedimentos um determinado tratamento ou exame mais moderno com o fim de sanar a falha, prestigiando a alocação eficiente dos recursos pelos planos de saúde.

A Lei 14.454/2022 derrubou a taxatividade do rol da ANS, pondo fim a recorrente discussão acerca da obrigatoriedade de cobertura de procedimentos fora do rol perante os magistrados e tribunais.

Contudo, é evidente que novas disputas surgirão com a mudança de paradigma trazida pela alteração legislativa, que seguirão sendo travadas, também, no âmbito judicial.

Qual o contexto inaugurado pela Lei nº 14.454/2022? Os procedimentos descritos nos contratos firmados entre as operadoras de planos de saúde e os beneficiários, bem como no rol da ANS, tornaram-se apenas exemplificativos.

A avaliação de tecnologia em saúde (ATS) dos tratamentos era realizada pela ANS, e o resultado era o seu rol. A nova lei retirou a centralidade da avaliação de tecnologia em saúde da ANS na tomada de decisões relativas aos tratamentos a serem fornecidos, conforme explica Daniel Wang (2022).

Agora, a operadora terá o dever de fornecer tratamento prescrito por profissional se houver “evidência científica de eficácia”, independentemente da avaliação da ANS.

Isso quer dizer que qualquer item que não esteja previsto poderá ser requerido, inclusive, judicialmente, no âmbito em que será analisado o

preenchimento do requisito previsto na nova lei, qual seja, a comprovação científica da eficácia do procedimento, ou a existência de recomendação da Conitec, ou de pelo menos um órgão de avaliação de renome internacional.

É inegável que o rol da ANS propiciava a previsibilidade econômica necessária à precificação dos planos de saúde. É ilusório, portanto, pensar que não haverá distorções nos custos dos planos, nos seus cálculos e estudos atuariais.

Isso porque, a Lei, de fato, beneficia os consumidores de planos de saúde que precisam de um tratamento fora do rol. Contudo, conforme pontua Daniel Wang (2022) “[...] são consumidores todos aqueles que adquirem um plano de saúde e compartilham os riscos e os custos da proteção financeira oferecida a quem vier a precisar de tratamento de saúde”.

As operadoras de planos de saúde precisarão reavaliar se o plano de custeio praticado será suficiente para fazer face aos compromissos assumidos – que agora são imprevisíveis. Esse custo inevitavelmente será repassado aos usuários, que proveem a fonte de receita das operadoras.

O Conselheiro do CNJ Mauro Martins, em abril deste ano, no seminário “Judicialização da Saúde Suplementar”, destacou que os contratos de planos de saúde têm base atuarial e apontou que, quando há desequilíbrio, ocorrem repercussões no plano coletivo (JUSTIÇA FEDERAL, 2022).

Com a necessidade de aumento do fundo composto pelas mensalidades dos segurados, os planos se tornarão menos acessíveis para a classe média e para quem não trabalha em empresas com a capacidade de subsidiar seus funcionários.

Isso sem dúvidas aumentará a procura por planos com redes de atendimento com níveis inferiores de cuidado, e também levará ao retorno integral ao SUS por aqueles indivíduos que antes o desafogavam por estarem segurados por planos privados.

A intenção dessa análise não é, de forma alguma, faltar com empatia àqueles que necessitam de tratamentos fora do rol da ANS, cujas situações merecem cuidado pelos tomadores de decisão. Mas, infelizmente, existem mais demandas legítimas do que recursos disponíveis.

Diante do novo cenário, será preciso, então, estabelecer novas diretrizes aos magistrados e tribunais pátrios, sempre buscando decisões mais isonômicas, para não reforçar ainda mais a insegurança para as operadoras e para os beneficiários.

Espera-se que os parâmetros para as decisões judiciais sejam estabelecidos mediante diálogo entre o Poder Judiciário e os entes com expertise técnica na área da saúde, representantes do setor de saúde suplementar e da sociedade civil, enquanto usuários.

Isso porque as decisões judiciais são capazes de alterar significativamente o mercado específico, o que, inevitavelmente, afeta também os próprios usuários.

Veja-se que, nos últimos anos, muitas operadoras de menor porte vieram à falência, porque, em algumas situações, as ações chegam a demandar o dispêndio de valores exorbitantes, prejudicando sobremaneira a estrutura financeira dessas empresas.

O diálogo interinstitucional é essencial para que os magistrados, no exame isolado do caso concreto, tenham sempre visão de conjunto. Afinal, devem sempre considerar as consequências práticas da decisão, conforme consta no art. 20 da LINDB.

Nos dias 26 e 27 de setembro, inclusive, ocorreria a audiência pública sobre o rol taxativo para a cobertura dos planos de saúde, convocada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, oportunidade na qual seriam ouvidos especialistas e representantes do poder público e da sociedade civil sobre o tema. A audiência acabou sendo adiada em razão da aprovação da Lei nº 14.454/2022 pelo Congresso Nacional.

Por fim, para além de buscar decisões judiciais mais isonômicas e adequadas do ponto de vista prático, não se pode perder de vista o estímulo a outras formas de solução de conflitos.

Espera-se que tanto os usuários quanto as prestadoras de serviços do setor estejam receptivos a meios pré-processuais para a solução dos conflitos de interesses travados entre si, a fim de reduzir a judicialização do serviço privado de saúde. A demanda judicial é um caminho mais oneroso para todos os envolvidos.

Também, é preciso que haja uma parceria para a construção de uma solução abrangente, e não que se busquem resoluções incidentais. Especialmente, considerando que o tempo da saúde é diferente do tempo do processo. Para efetivar a saúde, o pressuposto é o desenvolvimento de estratégias informais que sejam mais eficazes.

Cada vez mais, deve-se incentivar os meios adequados de resolução de conflitos. A pacificação social não advém somente da sentença.

Nesse sentido, a mediação sanitária é excelente alternativa para combater os impasses. Instrumento que, efetivamente, contribui para a realização do direito à saúde, ao criar espaços de debate extrajudicial.

O Poder Judiciário do Estado do Paraná tem incentivado o uso do sistema pré-processual nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs.

O sistema pré-processual vem crescendo a cada ano, à medida que o Poder Judiciário estrutura adequadamente os CEJUSCs. Em 2015, em todo o Brasil,

tinha-se um total de 654 CEJUSCs, número que saltou para 1.476 no ano de 2021(CNJ, 2022).

A aderência aos meios alternativos de solução de conflitos, notadamente, a mediação, visa uma gradual transformação da sociedade brasileira, no sentido de criar uma cultura consensual e cooperativa, pacífica, na composição das disputas. É isso o que se espera no tocante às demandas de saúde suplementar.

CONCLUSÃO

A saúde é direito fundamental social de natureza prestacional, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe ao Estado o dever de promover ações e serviços visando a sua concretização de forma universal e igualitária.

Em uma país continental com o Brasil, no entanto, a promoção da saúde tem se mostrado missão desafiadora.

Diante disto, o sistema híbrido vigente, que congloba o serviço público e privado, tem sido fundamental no equilíbrio entre receita do Estado e as necessidades de atenção à saúde.

A saúde suplementar, nesta linha, compreende a prestação de serviços de saúde privados a beneficiários de planos de saúde contratados, em que o pagamento dos prestadores é realizado pelas operadoras dos planos. Trata-se de setor do mercado presta atendimento assistencial para a manutenção ou a recuperação da saúde.

A regulamentação, controle e fiscalização das atividades do setor fica a encargo da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada pela Lei 9.961/2000. Além disso, a atividade desempenhada é regulamentada pela Lei 9.656/1998.

Apesar de sua relevância, sobretudo, em momentos de urgência, como a pandemia do COVID-19, o setor vem passando por desafios crescentes que acarretam elevação nos custos e impactos na eficiência.

Um dos maiores desafios reside na incorporação de tecnologias ao rol de procedimentos mínimos a serem providos pelos planos de saúde, muitas vezes, sem a devida análise da relação entre a efetividade da tecnologia e o custo da sua incorporação. Isto é, com a possibilidade de se adicionarem procedimentos custosos, mas com baixo benefício para a saúde e para o bem-estar da população coberta pelos planos.

Se na maior parte dos setores a adoção de tecnologia significa redução de custos, na saúde, ocorre o oposto. Os gastos com plano de saúde aumentam conforme novas tecnologias são incorporadas.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada em 2000 pela Lei nº9.961/00, é uma Autarquia Especial Federal vinculada ao Ministério da

Saúde do Brasil. Tem por objetivo regular, normatizar e fiscalizar o mercado de planos privados de saúde conforme determinado pela Lei dos Planos de Saúde nº. 9.656/98.

A ANS edita periodicamente resoluções normativas procurando atualizar o rol de procedimentos e eventos em Saúde, adstritas à sua função técnica.

O rol estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida pelos planos privados de assistência à saúde, de acordo com a segmentação assistencial contratada. Existe para assegurar acesso a uma assistência qualificada, que deve ser oferecida por todas as operadoras e planos de saúde. Também, para as operadoras, traz mais clareza sobre as coberturas a serem garantidas aos usuários.

As últimas décadas foram marcadas por uma crescente incorporação de novas tecnologias em saúde, não apenas com a ampliação significativa do rol e, portanto, dos custos para as operadoras, mas também suscitando discussões em torno da obrigatoriedade da cobertura de tratamento de saúde fora do rol, ensejando questionamento quando a sua natureza. Seria ele taxativo, taxativo mitigado, ou exemplificativo?

No ano de 2022 a temática sofreu abruptas mudanças de entendimento. Mais recentemente, a Lei nº 14.454/2022 passou a adotar a imposição aos planos de saúde da obrigação de cobrir tratamentos para além do rol, com algumas ressalvas. Ainda, deixando claro que o rol da ANS serviria apenas como referência básica a ser seguida.

Ainda, em dissonância com o artigo 2º da Resolução nº 470/2021 da ANS, estabeleceu que a amplitude da cobertura dos planos será estabelecida em norma editada pela ANS, com o rol de procedimentos e eventos de saúde complementar sendo atualizado a cada incorporação.

O estabelecimento de um rol exemplificativo não apenas contraria o entendimento recente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, mas deixa de lado uma análise juseconômica da matéria, com riscos a própria prestação do serviço da saúde.

Conforme bem consignou o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7222, embora a legislação seja cheia de boas intenções, não se pode olvidar os eventuais efeitos perversos à própria prestação do serviço de saúde. Também, neste caso, a redação deveria ser precedida de um exame das consequências práticas para que "a boa intenção do legislador não produza impacto sistêmico lesivo a valores constitucionais".

Em contrapartida, da análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça, que fixou o rol taxativo mitigado, se extrai um anseio por eficiência, com busca por um bem-estar coletivo no máximo de sua potencialidade, por meio da melhor alocação de

recursos, sendo este justamente o foco da Análise Econômica do Direito. Se auferir a consideração de fatores como a manutenção do equilíbrio econômico-atuarial do contrato e o maior acesso de consumidores à saúde complementar pelos preços acessíveis.

O acesso a uma tecnologia mais dispendiosa por poucos consumidores comprometeria os recursos destinados a oferecer os meios tradicionais à maioria dos associados, o que justifica a restrição. Daí a ANS deixar fora do rol de procedimentos um determinado tratamento ou exame mais moderno, prestigiando a alocação eficiente dos recursos pelos planos de saúde.

A alteração legislativa, além de retirar a previsibilidade econômica necessária à precificação dos planos e impactar diretamente o equilíbrio econômico-financeiro de um setor tão fundamental para o país, resultará em um aumento da litigiosidade.

Dado isso, e considerando a existência de mais demandas legítimas do que recursos disponíveis, torna-se imprescindível o estabelecimento de novas diretrizes e parâmetros, com diálogo interinstitucional, entre diversos atores, com vias a que se tenham decisões judiciais mais isonômicas.

A discussão ampla do assunto, envolvendo Congresso Nacional, entidades do setor e operadoras de planos de saúde, também, é fundamental, uma vez que possibilitará a construção de novos caminhos.

Igualmente, o reforço ao uso dos métodos adequados se mostra imprescindível. Eles quem vem se mostrando excelentes aliados na construção de soluções mais abrangentes e satisfativas às partes, corroborando a construção de uma justiça mais célere, adequada e efetiva.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Planos de saúde realizaram 1,3 bilhão de procedimentos em 2020. gov.br, 15 jul. 2021, 17:30. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/numeros-do-setor/planos-de-saude-realizaram-1-3-bilhao-de-procedimentos-em-2020>. Acesso em: 9 nov. 2021.

BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2022. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>. Acesso em: 10 nov.2022.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Amplitude da cobertura dos planos de saúde e rol de procedimentos da ANS [recurso eletrônico]: bibliografia, legislação e

jurisprudência temática. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7193/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6433708>. Acesso em: 10 nov. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7088 /DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6358147>. Acesso em: 10 nov. 2022; e

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7183/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6425744>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 986/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 990/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1579699>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Amplitude da cobertura dos planos de saúde e rol de procedimentos da ANS. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 734.487/PR (2. Turma). Relatora: Ministra Ellen Gracie, 3 de agosto de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>. Acesso em: 9 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175/ RS (2. Turma). Relator: Ministro Celso de Mello, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402582>. Acesso em: 9 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.222/DF. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI7222MCDecisoMLRB.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1366243/SC. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6335939&numeroProcesso=1366243&classeProcesso=RE&numeroTema=1234>. Acesso em: 9 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 566471/RN. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2565078>. Acesso em: 9 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 657718/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4143144>. Acesso em: 9 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 855178/SE. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. Acesso em: 9 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1657156/RJ. Relator: Benito Gonçalves. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em: 9 nov. 2022;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1102457/RJ. Relator: Ministro Benito Gonçalves. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=106&cod_tema_final=106. Acesso em: 9 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.889.704/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 8 de junho de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202002070605. Acesso em: 9 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1886929/SP. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 8 de junho de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001916776. Acesso em: 9 nov. 2022.

CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira; SILVA, Marcos Paulo Novais; LEITE, Francine (org.). Planos de Saúde –

aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CRAVO, Alice; CASEMIRO, Luciana. Bolsonaro sanciona projeto que acaba com rol taxativo da ANS. Disponível em: https://oglobo.globo.com/economia/noticia/2022/09/bolsonaro-sanciona-projeto-que-acaba-com-rol-taxativo-da-ans.ghtml?utm_source=aplicativoOGlobo&utm_medium=aplicativo&utm_campaign=compartilhar. Acesso em: 1 nov. 2022.

CIARLINI, Alvaro Luis de A. S. Direito à saúde – paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013.

EQUIPE CADC. Ministério Público do Estado do Espírito Santo. Centro de Apoio Operacional de Defesa dos Direitos do Consumidor. Lei nº 14.454 de 21 de setembro de 2022 derruba a taxatividade do Rol da ANS. Disponível em: <https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Anexos/5a475b40-15a2-4703-9f38-624308b0fa83.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2022.

FALCÃO, Márcio; VIVAS, Fernanda; D'AGOSTINO, Rosanne. Piso da enfermagem: maioria do STF vota para manter suspenso piso da categoria. g1.globo.com, 15 set. 2022, 14:53. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/09/15/maioria-do-stf-vota-para-manter-suspenso-piso-enfermagem.ghtml>. Acesso em: 28 out. 2022.

FALCÃO, Márcio. Barroso aponta risco ao sistema de saúde e suspende lei que criou piso salarial para a enfermagem. g1.globo.com, 4 set. 2022, 11:02. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/09/04/ministro-barroso-do-stf-suspende-piso-da-enfermagem.ghtml>. Acesso em: 28 out. 2022.

GONÇALVES, Sandra Krieger. Rol da ANS e os contratos de planos de saúde. conjur.com.br, 23 set. 2022, 18:32. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-set-23/sandra-krieger-rol-ans-contratos-planos>. Acesso em: 2 nov. 2022.

INSTITUTO DE ESTUDOS DE SAÚDE SUPLEMENTAR. Plano de saúde é 3º maior desejo do brasileiro. iess.org.br, jul. 2019. Disponível em: <https://www.iess.org.br/publicacao/blog/plano-de-saude-e-3deg-maior-desejo-do-brasileiro>. Acesso em: 9 nov. 2022.

LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. Direito à saúde: a problemática do fornecimento de medicamentos. Cadernos Jurídicos, São Paulo, v. 10, n. 32, p. 105 – 127, maio/ago. 2009.

MACKAAY, Ejan. Análise econômica do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Posicionamento da ANS sobre ação do PL 2033. gov.br, 21 set. 2022, 19:07. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/periodo-eleitoral/posicionamento-da-ans-sobre-sancao-do-pl-2033>. Acesso em: 9 nov. 2022.

JUSTIÇA FEDERAL. CNJ: Saúde suplementar responde por 130 mil demandas judiciais anualmente. trf2.jus.br, 28 abr. 2022. Disponível em: <https://www10.trf2.jus.br/comite-estadual-de-saude-rj/cnj-saude-suplementar-responde-por-130-mil-demandas-judiciais-anualmente/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. Planos de saúde e a tutela judicial de direitos: teoria e prática. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PIOVEZAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11. ed. Saraiva. 2010.

PRADO, Daniella Alvarez. Considerações sobre Saúde Suplementar no Brasil e a incidência da Lei 9.656/98 diante dos princípios do Código de Defesa do Consumidor. 4 de direito em saúde suplementar. Judicialização da saúde, Parte I: saúde suplementar no direito brasileiro. Rio de Janeiro: EMERJ, 2011.

REDAÇÃO JURINEWS. STF vai decidir se União deve responder por medicamentos ainda não incorporados ao SUS. jurinews.com.br, 1 out. 2022, 15:15. Disponível em: https://jurinews.com.br/xxslider_principal/stf-vai-decidir-se-uniao-deve-responder-por-medicamentos-ainda-nao-incorporados-ao-sus/. Acesso em: 28 out. 2022.

SCHULMAN, Gabriel. Direito fundamental no plano de saúde. Do contrato clássico à contratualidade contemporânea. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2009. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 8 nov. 2022.

SCHWARTZ, Germano. Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

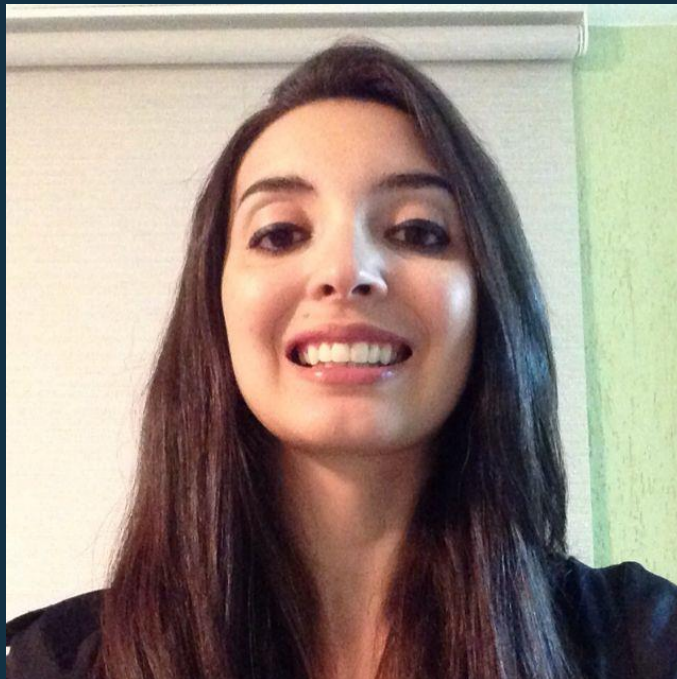
SESTELLO, Joé. A relevância do Setor Suplementar na assistência à saúde. medicinasa.com.br, 27 jun. 2022. Disponível em: <https://medicinasa.com.br/relevancia-saude-suplementar/>. Acesso em: 9 nov. 2022.

UNIMED. Rol da ANS. Confira as principais dúvidas. Disponível em: <https://www.unimed.coop.br/site/rol-ans>. Acesso em: 10 nov. 2022.

WANG, Daniel. Rol exemplificativo é uma vitória dos consumidores?. *valor.globo.com*, 19 set. 2022, 5:06. Disponível em: <https://valor.globo.com/opiniao/coluna/rol-exemplificativo-e-uma-vitoria-dos-consumidores.shtml>. Acesso em: 4 nov. 2022.

SOCIEDADE DE RISCO E REFLEXOS SOCIAMBIENTAIS NO BRASIL

RISK SOCIETY AND SOCIAL AND ENVIRONMENTAL REFLECTIONS IN BRAZIL



Caroline Sampaio Peçanha Schierz¹

O presente artigo aborda aspectos de determinados acidentes socioambientais ocorridos no Brasil e sua relação com uma sociedade de risco. A primeira parte trata sobre a teoria da sociedade do risco desenvolvida pelo sociólogo alemão Ulrich Beck na obra *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. A segunda parte apresenta relevantes acidentes socioambientais constatados na história recente do país, como os rompimentos das barragens de rejeitos de minérios de ferro em Mariana e Brumadinho, o caso Shell-Basf e a ampliação do uso de agrotóxicos, além do desmatamento na Amazônia. Por fim, objetiva-se demonstrar possíveis implicações e eventuais críticas à teoria da sociedade de risco de Beck. Para tanto, usa-se no método dedutivo, com pesquisa de cunho exploratório que se utiliza de revisão bibliográfica, legislativa e de outros documentos publicados sobre os casos explanados.

Palavras-Chaves: Sociedade de Risco. Ulrich Beck. Reflexos socioambientais. Brasil.

This article addresses certain accidents in Brazil and their relationship with a risk society. The first part deals with the theory of risk society developed by the German sociologist Ulrich Beck in the work *Sociedade de Risco: Rumor to Another Modernity*. The second part presents relevant social incidents found in the country's history, such as the damage caused by dams, the case of tailings ore, the case of iron ore in Mariana and Brumadinho and Shell, in addition

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba -UNICURITIBA (2022). Especialista em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e UniBrasil (2007). Pós-graduada lato sensu em Ministério Público – Estado Democrático de Direito, pela FEMPAR e UniBrasil (2009). Graduação em Direito pela Faculdade de Direito Curitiba, atual UNICURITIBA (2006). Assessora na Procuradoria da República no Estado do Paraná. <http://lattes.cnpq.br/6973184397109931>.

to the use of pesticides, the deforestation in the Amazon. Because the objective is to demonstrate possible possibilities and eventual hypotheses to Beck's risk society. To do so, use the deductive method, with exploratory research that uses review, legislative and other published documents on the cases explained.

Keywords: Risk Society. Ulrich Beck. Socio-environmental reflexes. Brazil.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata de importantes acidentes socioambientais ocorridos no Brasil e sua relação com uma sociedade de risco, a fim de analisar seus reflexos e implicações na sociedade contemporânea.

O artigo encontra-se estruturado em três partes.

De início, aborda-se a teoria da sociedade do risco desenvolvida pelo sociólogo alemão Ulrich Beck na obra *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade*. O tema mostra-se ainda atual considerado os efeitos colaterais devastadores da pandemia provocada pelo coronavírus em uma sociedade com tendência globalizante, assim como uma nova ameaça nuclear em decorrência da ocupação russa da usina nuclear de Zaporizhzhia na Ucrânia na guerra em curso, não se descartando eventual uso de armas nucleares.

A segunda parte volta-se para o Brasil, ao apresentar relevantes acidentes sociambientais constatados na história recente do país, como os rompimentos das barragens de rejeitos de minérios de ferro em Mariana/MG e Brumadinho/MF, o caso Shell-Basf e a ampliação do uso de agrotóxicos, além do desmatamento na Amazônia, a demonstrar o potencial da produção de danos não apenas de ordem ambiental, mas também social, cultural, econômica e humanitária, intrinsecamente relacionados ao desenvolvimento de atividades econômicas.

Por fim, busca-se demonstrar possíveis implicações e eventuais críticas à aplicação da teoria da sociedade de risco desenvolvida por Beck na sociedade contemporânea, assim como expandir os pensamentos sobre a atuação política e social frente às mudanças da pós-modernidade.

Para a realização da pesquisa, usa-se do método dedutivo, com pesquisa de cunho exploratório que se utiliza de revisão bibliográfica e legislativa, além de outros documentos produzidos ou publicados sobre os casos explanados.

1 DA SOCIEDADE DE RISCO: RUMO A UMA OUTRA MODERNIDADE

A obra *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne* foi publicada na Alemanha em 1986, logo após o acidente nuclear de Chernobyl na Ucrânia, usina construída para fins pacíficos e com regime de segurança máxima, por essa razão Ulrich Beck foi reverenciado por antecipar-se ao acidente quanto aos perigos nucleares. Ao mesmo passo, ocorreram os acidentes de Bhopal na Índia e de Cubatão no Brasil,

além da propagação de doenças consideradas como efeitos colaterais de uma sociedade industrial.

No Brasil, a primeira edição de *Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade* foi publicada apenas em 2010, portanto 24 anos depois, a partir da tradução de Sebastião Nascimento pela Editora 34. Ao todo a obra foi traduzida para 35 idiomas, com o reconhecimento pela International Sociological Association (ISA) como um dentre os 20 livros de Sociologia mais relevantes no século XX.

O livro aborda aspectos de uma sociedade de risco na segunda modernidade¹ (modernidade reflexiva), produtora de riscos para a própria existência, a vida, a natureza, a cultura e a sociedade em si na passagem para o século XXI. Em outros termos, discorre sobre a transformação de uma sociedade industrial clássica voltada para a produção de riquezas, para uma sociedade (industrial) de risco, em que a produção de riquezas está sistematicamente acompanhada pela produção social de riscos. Segundo o autor, sua pretensão é "a despeito de um passado ainda vigente, tornar visível o futuro que já se anuncia no presente" (BECK, 2011, p. 11).

Nesse sentido, indaga o autor:

Como é possível que as ameaças e riscos sistematicamente coproduzidos no processo tardio de modernização sejam evitados, minimizados, dramatizados, canalizados e, quando vindos à luz sob a forma de "efeitos colaterais latentes", isolados e redistribuídos de modo tal que não comprometam o processo de modernização e nem as fronteiras do que é (ecológica, medicinal, psicológica ou socialmente) "aceitável"? (BECK, 2011, p. 11).

Desse modo, Beck explana o seguinte problema:

O processo de modernização torna-se "reflexivo", convertendo-se a si mesmo em tema e problema. Às questões do desenvolvimento e do emprego de tecnologias (no âmbito da natureza, da sociedade e da personalidade) sobrepõem-se questões do "manejo" político é científico — administração, descoberta, integração, prevenção, acobertamento — dos riscos de tecnologias efetiva ou potencialmente empregáveis, tendo em vista horizontes de relevância a serem especificamente definidos. A promessa de segurança avança com os riscos e precisa ser, diante de uma esfera pública alerta e crítica, continuamente reforçada por meio de intervenções cosméticas ou efetivas no

¹ Chamada por muitos autores como pós-modernidade ou ainda modernidade líquida por Zygmunt Bauman, para designar a sociedade atual caracterizada pela liquidez, volatividade e fluidez,

com a transformação após a Segunda Guerra Mundial das relações humanas, sociais, econômicas e de produção pelo capitalismo e pela globalização (BAUMAN, 2001).

desenvolvimento técnico-econômico (BECK, 2011, p. 11).

Assim, sustenta o fim da sociedade industrial clássica, bem como de suas ideias relacionadas a “soberania do Estado Nacional, automatismo do progresso, classes, princípio do desempenho, natureza, realidade, conhecimento científico etc” (BECK, 2010, p. 10).

De acordo com o dicionário, um dos significados da palavra risco consiste em “possibilidade de perigo, que ameaça as pessoas ao meio ambiente” (MICHAELIS, 2015). Nessa toada, o autor diferencia os riscos assumidos outrora durante as grandes navegações como riscos pessoais e com sentido de aventura, enquanto os riscos atuais encontram sua causa na superprodução industrial e evidencia-se a globalidade de seu alcance (ser humano, fauna, flora).

Para Ferreira, o risco distingue-se do perigo da seguinte forma:

“O risco pode ser compreendido como a representação de um acontecimento provável e incerto que se projeta no futuro através de determinações presentes. Distingue-se do perigo pela sua dimensão racional, ou seja, pelo fato de resultar de ações e decisões humanas. Destaca-se ainda o fato de possuir uma natureza complexa” (2016, p. 114)

No entanto, os riscos muitas vezes permanecem invisíveis e quando se concretizam provocam danos irreversíveis e irremediáveis, ultrapassando os limites geográficos e possuindo tendência globalizante:

“(1) Riscos, da maneira como são produzidos no estágio mais avançado do desenvolvimento das forças produtivas — refiro-me, em primeira linha, à radioatividade, que escapa completamente à percepção humana imediata, mas também às toxinas e poluentes presentes no ar, na água e nos alimentos e aos efeitos de curto e longo prazo deles decorrentes sobre plantas, animais e seres humanos —, diferenciam-se claramente das riquezas. Eles desencadeiam danos sistematicamente definidos, por vezes irreversíveis, permanecem no mais das vezes fundamentalmente invisíveis, baseiam-se em interpretações causais, apresentam-se portanto tão somente no conhecimento (científico ou anticientífico) que se tenha deles, podem ser alterados, diminuídos ou aumentados, dramatizados ou minimizados no âmbito do

conhecimento e estão, assim, em certa medida, abertos a processos sociais de definição. Dessa forma, instrumentos e posições da definição dos riscos tornam-se posições-chave em termos sociopolíticos” (BECK, 2010, p. 27).

Portanto, o autor explica que tais riscos já não são mais limitados aos fatores espaço e tempo, porquanto transcendem as fronteiras nacionais surgindo ameaças globais supranacionais, assim como podem permanecer invisíveis ao longo do tempo, causando danos apenas no futuro, possuindo, assim, um fator intergeracional.

Beck destaca ainda que os riscos contemporâneos também podem configurar oportunidades de mercado, uma vez que seu conhecimento está calcado na ciência e na tecnologia a quem cumpre dizer a verdade. Assim, afirma que a sociedade de risco também é uma “sociedade da ciência, da mídia e da informação”. Logo, contrapõem-se os responsáveis pela definição de risco e seus consumidores. Do mesmo modo, pode haver a transferência do poder. Salienta que a sociedade do risco é uma sociedade de medo e de catástrofes, havendo uma certa tendência ao totalitarismo e ameaça à democracia (BECK, 2011).

Ao tratar da relação entre os riscos e os países de terceiro mundo, o autor assevera existir uma nítida “força de atração” entre “pobreza extrema e riscos extremos”, na medida em que as “indústrias de risco” são transferidas para países de mão de obra barata e há uma “alta aceitação” da população local quanto essas “novas tecnologias” por serem capazes de gerar empregos (BECK, 2011, p. 52).

Desse modo, cita dois acidentes relevantes ocorridos no ano de 1984: em Bhopal na Índia², onde na noite entre 2 e 3 de dezembro ocorreu o vazamento de toneladas do gás isocianato de metila da fábrica de pesticidas norte-americana Union Carbide provocando a morte imediata de cerca de 2,2 mil e atingindo quase 500 mil pessoas; e, ainda, da Vila Parisi em Cubatão/SP no Brasil, conhecida como “Vale da Morte”, em que na data de 24 de fevereiro um vazamento de combustível de oleodutos entre a Refinaria Presidente Bernardes e o terminal portuário da Alemoa provocou um incêndio na Vila Socó que ocasionou a morte de aproximadamente 500 pessoas e 3 mil desabrigados.

² Do mesmo modo, o autor traz o seguinte relato sobre o acidente em Bhopal: “Os pássaros caíam do céu. Búfalos, vacas, cães jaziam mortos pelas ruas e campos — estufados depois de poucas horas devido ao calor da Índia Central. E por toda a parte as pessoas sufocavam — contorcendo-se, espumando pela boca, mãos contraídas crava as na terra: eram 3 mil no fim da semana passada, e surgem sempre novas vítimas, as autoridades já deixaram de contabilizá-las. 20 mil pessoas provavelmente ficarão cegas. Cerca de 200 mil ficaram feridas. Na cidade de Bhopal, na noite de

domingo para segunda, ocorreu um apocalipse industrial sem paralelo na história: uma nuvem venenosa vazou de uma indústria química, estendendo-se em seguida como uma mortalha por 65 quilômetros quadrados densamente habitados — quando finalmente se dissipou, espalhou-se o odor repulsivo da putrefação. A cidade transformou-se numa praça de guerra, em pleno período de paz (...). (sbd., pp. 108 ss.)”. (p. 52-53). Relevante mencionar o documentário Bhopal 84: o maior crime industrial da história.

Assim, o autor transcreve em sua obra a notícia divulgada à época sobre a Vila Parisi (BECK, 2010, p. 52):

Vila Parisi
(...)

A história do município mais sujo do mundo começou em 1254, quando a Petrobras, a empresa brasileira de petróleo, escolheu a área de mangue como sede para sua refinaria. Logo vieram também a Cosipa, grande siderúrgica brasileira, e a Copebrás, uma indústria americano-brasileira de fertilizantes, multinacionais como Fiat, Dow Chemical e Union Carbide chegaram em seguida. Era a fase do milagre do capitalismo brasileiro. O governo militar convidou empresas estrangeiras a transferir para lá a fabricação de produtos nocivos ao meio ambiente. "O Brasil ainda pode importar poluição", gabava-se o ministro do planejamento Paulo Velloso em 1972, ano da Conferência do Meio Ambiente de Estocolmo. O único problema ecológico no Brasil seria a pobreza.

(...)

Foi então que veio a catástrofe, no dia 25 de fevereiro deste ano. Em razão de negligência da Petrobras, 700 mil litros de petróleo acabaram sendo derramados no mangue que abrigava as palafitas da Vila Socó. Em menos de dois minutos, uma tormenta de fogo irrompeu pela favela. Mais de 500 pessoas foram incineradas. Os cadáveres das crianças pequenas não foram encontrados. Elas foram simplesmente pulverizadas pelo calor, disse um funcionário do governo (Der Spiegel, nº SO/1984, p. 110).

No entanto, salienta-se o "efeito bumerangue" em que os riscos retornam aos países ricos e poderosos que os fomentaram, em outras palavras, "os riscos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que os produziram ou que lucram com eles" (BECK, 2011, p. 27).

O autor assevera ainda que tal efeito não se limita apenas à saúde, "mas também como ameaças à legitimidade, à propriedade e ao lucro: com o reconhecimento social de riscos da modernização estão associadas desvalorizações e desapropriações ecológicas, que incidem múltipla e sistematicamente a contrapelo dos interesses de lucro e propriedade que impulsionam o processo de industrialização" (BECK, 2011, p. 27).

Acrescenta que no seio da modernidade houve relevante ruptura social, uma vez as pessoas passaram a ser "libertadas" das formas estabelecidas pela sociedade industrial: 'classe, estrato, família, estatutos de gênero para homens e mulheres" (BECK, 2011).

Desse modo, consumou-se um impulso social "individualizatório", em que as pessoas passaram a voltar-se a si mesmas e aos seus próprios destinos individuais no mercado de trabalho, com todos os riscos e oportunidades, rompendo-se com o então condicionamento histórico de classe, família e

posições de gênero entre homens e mulheres (BECK, 2011).

Além disso, em que pesse as condições de vida material da população tenham obtido significativa melhora, causando um "efeito elevador", com a transposição da "sociedade de classes" para um andar acima, permaneceram as desigualdades. Ao mesmo passo, ocorreu a mistura dos círculos sociais, tornando irreconhecíveis ou imperceptíveis a diferenciação entre classes e estamentos, passando-se então à classificação como camadas (BECK, 2011).

Com a expansão educacional, segundo o autor, as mulheres também foram inseridas no mercado de trabalho, contudo, continuaram a desenvolver o trabalho doméstico e surgiram conflitos de relacionamento familiar, sendo o divórcio uma das causas da nova pobreza (BECK, 2011).

Entretanto, a partir dos anos 1980 adveio o desemprego em massa, não sendo suficiente apenas a educação e um diploma, exigindo-se cada vez mais. Na "zona cinzenta do desemprego e subemprego" encontram-se as mulheres, os jovens, os idosos e os doentes. Há ainda aqueles que perderam a expectativa de uma (re)colocação no mercado de trabalho. O problema é tratado como fracasso individual (BECK, 2011).

Atualmente as pessoas buscam a vida plena através do autoconhecimento, o que apesar de parecer ser um posicionamento egoístico trata-se da ética dos deveres para consigo mesmo, em verdade de uma "autoliberação". Logo, através desse conhecimento próprio, as pessoas buscam novos vínculos sociais, familiares, laborativos e políticos, o que de certa forma é bom para todos (BECK, 2011).

Em que pese aparentemente estejamos em uma sociedade sem classes sociais (o que o autor assevera ser em verdade uma sociedade pós classes por não estar relacionada com o pensamento de Marx sobre a ascensão do proletariado ao poder), Beck defende que hoje pode existir essa configuração social, o que não impede que amanhã a sociedade esteja novamente estratificada em classes ou até mesmo em uma nova formulação, haja vista a constante mutação, voltas e reviravoltas da vida e do mundo (BECK, 2011).

Portanto, para o sociólogo renomado, os padrões coletivos de vida, a ideia de progresso e de controle, o pleno emprego e a relação com a natureza foram radicalmente afetados por cinco processos que caracterizam esta segunda modernidade: a globalização; a individualização; a revolução assente na diferença sexual; o desemprego; e os riscos globais (BECK, 2011).

No entanto, o autor trata do progresso e vê com otimismo o despertar de uma novas alternativas à modernidade industrial:

(...) A crença da sociedade moderna no progresso está em contradição com o autodesencantamento da modernidade por meio dos riscos globais. Mas, como eu disse, a sociedade de risco é também uma oportunidade social. Contra a maioria das teorias sociais lineares, eu sustento que o sistema industrial, aparentemente independente é autônomo, transgredindo sua lógica e suas fronteiras e iniciou, assim, um processo de autodissolução ou aurotransformação. A virada radical caracteriza a fase atual, em que a modernização está se tornando reflexiva. Em vez de se contentar em traçar diversos caminhos e potenciais no interior da modernidade industrial, a modernização está agora violando os próprios princípios básicos e instituições sociais, políticas e culturais da sociedade industrial do Estadonação; ela os está demolindo e despertando novas alternativas e potenciais que se contrapõem à modernidade industrial. (2011, p. 369)

Por fim, Beck trata do realismo cosmopolita e da necessidade de cooperação entre as nações para o reconhecimento do interesse legítimo dos outros, dentro dos interesses de cada um (2011, p. 375-376):

Em primeiro-lugar, a nova realidade histórica da sociedade mundial de risco consiste no fato de que nenhuma nação pode dar conta de seus problemas sozinha. Aqueles que jogam só em âmbito nacional vão inevitavelmente perder: Em segundo lugar, os problemas globais produzem novos "imperativos cosmopolitas" — coopere ou fracasse! — que podem resultar em comunidades de risco transnacionais. Em terceiro, as organizações internacionais não são apenas a continuação das políticas nacionais por outros meios. Elas podem transformar os interesses nacionais. Em quarto, o realismo cosmopolita também é um realismo econômico. Ele reduz e redistribui os gastos, porque estes crescem exponencialmente com a perda de legitimidade. O realismo cosmopolita não demanda nem o sacrifício dos interesses de cada um, nem um viés exclusivo voltado para ideias e ideais elevados. Pelo contrário, ele aceita o fato de que a ação política na maioria dos casos está baseada em interesses. Mas insiste numa abordagem em que a busca dos interesses de cada um seja compatível com os de uma comunidade mais ampla. Desse modo, o realismo cosmopolita significa basicamente o reconhecimento dos interesses legítimos dos outros e a sua inclusão no cálculo dos interesses de cada um. Na realidade, porém, há frequentemente limites e dilemas para o realismo político cosmopolita. Não se trata de

uma panaceia para todos os problemas do mundo, e de forma alguma sempre dá certo.

Desse modo, após feitas essas breves considerações, serão apresentados relevantes acidentes ambientais ocorridos no país, a demonstrar a ausência de segurança.

2 DANOS SOCIOAMBIENTAIS NO BRASIL E SEUS

Na Conferência de Estocolmo em 1972³, também denominada de Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, pela primeira vez a industrialização e o desenvolvimento tecnológico, principalmente dos países ocidentais ricos, foram abordados como possíveis causas de danos irreparáveis ao meio ambiente e à própria vida para as presentes e futuras gerações, ensejando sua declaração em 26 princípios voltados à redução de impactos ambientais:

1. O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma.

(...)

3. O homem deve fazer constante avaliação de sua experiência e continuá-la descobrindo, inventando, criando e progredindo. Hoje em dia, a capacidade do homem de transformar o que o cerca, utilizada com discernimento, pode levar a todos os povos os benefícios do desenvolvimento e oferecer-lhes a oportunidade de enobrecer sua existência. Aplicado errônea e imprudentemente, o mesmo poder pode causar danos incalculáveis ao ser humano e a seu meio ambiente. Em nosso redor vemos multiplicar-se as provas do dano causado pelo homem em muitas regiões da terra, níveis perigosos de poluição da água, do ar, da terra e dos seres vivos; grandes transtornos de equilíbrio ecológico da biosfera; destruição e esgotamento de recursos insubstituíveis e graves deficiências, nocivas para a saúde física, mental e social do homem, no meio ambiente por ele criado, especialmente naquele em que vive e trabalha.

³ Entre os dias 2 e 3 de junho de 2022, o Governo da Suécia sediou a conferência Estocolmo +50, para celebrar os 50 anos da primeira conferência internacional sobre meio ambiente, com o objetivo de os países debaterem como acelerar o atingimento dos objetivos de desenvolvimento sustentável estabelecidos na Agenda 2030 (UNEP, 2022).

Por sua vez, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU) consiste em um plano de

ação global, assumido em 2015 por 193 países, dentre eles o Brasil, composta por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), 169 metas e 230 indicadores a nortear as ações tanto em âmbito global quanto nacional até 2030, destacando como principal desafio mundial a erradicação da pobreza extrema, entendida como condição necessária para o desenvolvimento e redução das desigualdades (ONU, 2016).

4. Nos países em desenvolvimento, a maioria dos problemas ambientais são motivados pelo subdesenvolvimento. Milhões de pessoas seguem vivendo muito abaixo dos níveis mínimos necessários para uma existência humana digna, privada de alimentação e vestuário, de habitação e educação, de condições de saúde e de higiene adequadas. Assim, os países em desenvolvimento devem dirigir seus esforços para o desenvolvimento, tendo presente suas prioridades e a necessidade de salvaguardar e melhorar o meio ambiente. Com o mesmo fim, os países industrializados devem esforçar-se para reduzir a distância que os separa dos países em desenvolvimento. Nos países industrializados, os problemas ambientais estão geralmente relacionados com a industrialização e o desenvolvimento tecnológico.

O meio ambiente é conceituado pela ONU como o "conjunto de componentes físicos, químicos, biológicos e sociais capazes de causar efeitos diretos ou indiretos, em um prazo curto ou longo, sobre os seres vivos e as atividades humanas".

Nesse passo, as questões ambientais "têm ganhado extrema relevância, sendo tratadas por toda a comunidade internacional como algo prioritário⁴, de forma a se atingir uma postura voltada à preservação, com a preocupação de assegurar uma qualidade de vida tanto para a geração presente, como as futuras gerações" (MARTINS, 2017, p. 232).

No Brasil, a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), estatuída pela Lei 6.938/81, assim definiu meio ambiente como "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". (BRASIL, 1981).

Com efeito, "a intensidade das consequências da ação humana desmedida constitui uma ameaça à própria humanidade e impulsionou a mobilização governamental no tocante à regulação e fiscalização dos bens ambientais protegidos" (BARROS, CAÛLA, 2017, p. 11).

Entretanto, além da tragédia da Vila Socó em Cubatão reportado por Beck, cumpre lembrar relevantes desastres ambientais ocorridos na história recente do Brasil, a demonstrar a geração também de graves danos de ordem humanitária, social, econômica, além de ambiental.

Desse modo, na data de 5 de novembro de 2015 ocorreu o rompimento da barragem de rejeitos de minério designada por "Fundão", em Mariana/MG, sob a gestão da empresa Samarco Mineração S.A., empresa controlada pela Vale S.A. e BHP Billinton, provocando o vazamento de 62 milhões de metros cúbicos de rejeitos no Rio Doce, cuja bacia hidrográfica compreende 230 municípios de Minas Gerais e do Espírito Santo,

alastrando-se em seu leito por 41 cidades até chegar ao Oceano Atlântico em 21 de novembro de 2015, com a contaminação e consequente interrupção do abastecimento de água em vários municípios, tais como Governador Valadares/MG, Baixo Guandu/ES e Colatina/ES (MPF, 2022).

Ademais, como resultados diretos e imediatos também ocorreram 19 mortes e o desalojamento de centenas de pessoas; a devastação de várias localidades como Bento Rodrigues, Paracatu de Baixo, Camargos, Águas Claras, Pedras, Ponte da Gama, Gesteira e dos municípios mineiros de Barra Longa, Rio Doce e Santa Cruz do Escalvado; a lesão ao patrimônio histórico, arquitetônico e cultural; a destruição de diversas obras de infraestrutura e de usinas hidrelétricas; a mortandade de peixes e outros animais; o atingimento de comunidades ribeirinhas e indígenas, além de atividades produtivas como a pesca, a agropecuária, o comércio e o turismo da região (SILVA; GIBRAN, 2022, p. 118).

Nesse passo, segundo levantamento preliminar realizado pela Prefeitura de Mariana/MG, seria preciso 100 milhões de reais para reparação dos danos causados à infraestrutura municipal. Entretanto, tal valor equivale a quatro vezes mais do que o município recebeu entre janeiro a outubro de 2015 pela exploração de minério a título de royalties: 24,5 milhões de reais. Por sua vez, a Samarco obteve um lucro de 13,3 bilhões de reais no período de 2010 a 2014, consistindo em 2,8 bilhões de reais apenas no ano de 2014. De outro lado, o IBAMA aplicou cinco multas à mineradora de 50 milhões cada (limite máximo estabelecido em lei), somando 250 milhões de reais (UOL Notícias, 2015).

Assim, o Ministério Público Federal na apresentação do Caso Samarco ressalta que o desastre não se tratou de uma fatalidade, mas sim de uma soma de fatores que estavam nas mãos humanas, destacando o papel de uma moradora que avisou a várias pessoas sobre a onda de lama, porquanto no local sequer havia uma sirene para o prenúncio da catástrofe:

"(...)Antes de ser um capricho do destino, foi uma soma de fatores que estavam em mãos humanas. O símbolo do prenúncio do desastre é a anônima moradora que, heroicamente, montada em sua pequena moto, percorreu, incansável, os caminhos do lugarejo e aos gritos avisou dezenas de pessoas da chegada da lama de rejeitos. A moradora, heroína sem medalha, fez-se de alto-falante humano porque no local não havia uma sirene sequer instalada. Não, não foi uma fatalidade. O desastre do Rio Doce foi anunciado aos seus protagonistas por meio de várias ocorrências anômalas ao longo de anos" (MPF, 2022).

⁴ Merecem destaque a Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento (1992), a Cúpula do Milênio (2000),

Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável Rio +10 (2002), Rio + 20 (2012) e Agenda 2030 (2015).

No ano de 2016 foi assinado Termo de Ajustamento de Conduta pela Samarco com a criação da Fundação Renova para gerenciar as iniciativas e os pagamentos de indenizações nas ações de reparação e compensação dos danos.

No entanto, terminou inconclusiva recente reunião realizada em 10 de agosto de 2022, perante o Conselho Nacional de Justiça, para a repactuação do acordo com a "Samarco e suas sócias Vale e BHP, com governos de Minas Gerais, Espírito Santo e federal", existindo discussão sobre o valor, uma vez que o Governador de Minas Gerais defende a reparação de ao menos 126 bilhões, porém, em virtude das discussões em curso encontram-se suspensas ação do Ministério Público Federal no valor de 155 bilhões e ação do Ministério Público Estadual solicitando a extinção da Fundação Renova (VALOR, 2022).

Pouco mais de três anos depois, em 25 de janeiro de 2019, ocorreu o rompimento da barragem 1 de rejeitos da mina Córrego do Feijão em Brumadinho/MG, pertencente à mineradora Vale S.A, lançando aproximadamente 12 milhões de metros cúbicos de dejetos de minério de ferro no leito do ribeirão FerroCarvão, atingindo de imediato as instalações da própria empresa e, então, o município de Brumadinho/MG, alcançando ainda o rio Paraopeba em direção ao rio São Francisco.

É considerado o segundo maior desastre industrial em todo o mundo no século XXI e o maior acidente de trabalho registrado no Brasil⁵, tendo em vista o número de mortes de trabalhadores, além de vítimas da comunidade local, noticiando-se a morte de 270 pessoas, inclusive cinco desaparecidos, com a recente identificação da 265.^a vítima, conforme divulgado no Portal G1 em 3 de maio de 2022.

A seguir são citadas algumas medidas tomadas posteriormente a demonstrar as várias esferas envolvidas em busca da responsabilização dos agentes pela tragédia e a indenização das vítimas.

Em 15 de julho de 2019, o Ministério Público do Trabalho e a Vale S.A. firmaram acordo para reparação de danos morais e materiais, homologado pela 5ª Vara do Trabalho em Betim/MG, o qual previa que cônjuge, filho, mãe e pai de empregados que morreram no acidente receberiam de forma individual 700 mil reais, sendo 500 mil pela reparação do dano moral e 200 mil como seguro por acidente de trabalho. Além disso, a título de dano material, as famílias dependentes dos trabalhadores receberiam uma pensão mensal até 75 anos (G1, 2019).

⁵ "O maior acidente de trabalho que havia na história do Brasil, ocorreu no dia 4 fevereiro de 1971, quando o teto de um pavilhão de exposições projetado por Oscar Niemeyer desabou, matando 69 pessoas e ferindo mais de cem. Segundo os especialistas, o acidente ocorreu porque o então governador de Minas Gerais, Israel Pinheiro, queria inaugurar a obra antes do fim de seu mandato. O

Na data de 21 de janeiro de 2020, o Ministério Público de Minas Gerais ofereceu denúncia contra o então Presidente da Vale, dez de seus funcionários e outros cinco da consultoria alemã TÜV Süd, por homicídio duplamente qualificado em cada uma das mortes, constando na exordial acusatória que, consoante apurado na investigação, "ficou demonstrada a existência de uma 'promíscua relação' entre as duas corporações no sentido de esconder do Poder Público, sociedade, acionistas e investidores a inaceitável situação de segurança de várias barragens mantidas pela Vale", a fim de manter uma falsa imagem de segurança.

No dia 4 de fevereiro de 2021, o Governo Estadual de Minas Gerais, os Ministérios Públicos Estadual e Federal, o Tribunal de Justiça e a Defensoria Pública daquele Estado, firmaram acordo com a Vale S.A. de mais de 37 bilhões de reais em indenização pelos danos causados, com vigência por dez anos, considerando o maior acordo da história do Brasil e o segundo do mundo.

Também a Securities and Exchange Commission – SEC (Comissão de Valores Mobiliários Norte Americana) entrou com uma ação contra a Vale naquele país, na data de 28 de abril de 2022, em razão da divulgação de informações falsas pela empresa aos investidores norte-americanos de 2016 até o rompimento da barragem de Brumadinho, em prejuízo da análise de risco e tomada de decisões sobre investimentos em títulos da empresa na Bolsa de Nova Iorque.

Em continuidade, o terceiro maior acidente de trabalho no Brasil e também com implicações socioambientais está relacionado às empresas Shell e Basf (sua sucessora), tendo em vista uma fábrica de agrotóxicos sob o controle destas empresas entre o período de 1974 e 2002 no município de Paulínia/SP, em que houve a contaminação do lençol freático nas proximidades do rio Atibaia principalmente pelos denominados "drins" (dieldrin, endrin e aldrin) com níveis acima do limite permitido na legislação brasileira, resultando na morte de 62 funcionários e 10 agricultores de sítios próximos, além da mais de mil vítimas. Também foram constatadas concentrações de metais pesados e de agrotóxicos no solo e em amostras de águas subterrâneas.

Os aludidos produtos tiveram sua comercialização proibida no Brasil pela

Portaria n. 329/85 do Ministério da Agricultura, contudo, permaneceu permitida sua fabricação para exportação até serem completamente banidos

gestor ignorou os alertas de que o cimento ainda não tinha maturado e ordenou que fossem retiradas as escoras de sustentação da estrutura. Cerca de 10 toneladas de concreto armado desabaram por volta das 11h45, e até hoje há famílias sem indenização".(SINSIPETRO-LP, 2019).

mediante a Portaria n. 12/1998 do Ministério da Saúde. A Organização das Nações Unidas (ONU) também proibiu os "drins", por estarem associados à incidência de câncer e a disfunções dos sistemas reprodutor, endócrino e imunológico (DE MELLO, 2018).

Em março de 2007, o Ministério Público do Trabalho, em conjunto o Sindicato dos Químicos Unificados de Campinas e Região, a Associação dos Trabalhadores Expostos a Substâncias Químicas (Atesq), a Associação e Combate aos Poluentes (ACPO) e o Instituto Barão de Mauá, ajuizou uma ação civil pública em face das empresas Shell e Basf, havendo a Juíza da 2ª Vara do Trabalho de Paulínia condenado-as a custear o tratamento médico de todos os ex-trabalhadores, assim como de seus filhos, e a pagar uma indenização por danos morais no valor total de R\$ 1 bilhão. Em segunda instância, também manteve-se a condenação.

Por fim, ocorreu a celebração de acordo junto ao Tribunal Superior do Trabalho, cuja redação final estipulava o dever de as empresas pagarem 200 milhões de reais por dano moral coletivo; 170,8 milhões de reais por danos individuais materiais e morais; e prestar assistência médica e odontológica integral às vítimas, totalizando de 1.058 pessoas. Também poderiam ser beneficiadas outras 84 pessoas desde que desistissem das ações individuais propostas contra as empresas (PORTAL NACIONAL DO DIREITO DO TRABALHO, 2013).

De outro lado, válido destacar que no Brasil houve a disseminação dos agrotóxicos durante o regime militar com a revolução verde, sendo então considerado desde o ano de 2008 o maior recordista mundial no consumo de agrotóxicos. A média anual de uso entre os anos 2012 a 2014 corresponde a 877.782 toneladas, de acordo com atlas Geografia do Uso de Agrotóxicos no Brasil (ECODEBATE, 2022). Ademais, no ano de 2017, o Brasil conquistou o título de maior consumidor de agrotóxicos do planeta em volume de produto, com aproximadamente 550 mil toneladas de ingredientes ativos, conforme dados apresentados pela Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados em audiência realizada em Brasília no ano de 2019 (ECODEBATE, 2022).

A Lei n. 7.802/1989 define agrotóxicos do seguinte modo (BRASIL, 1989):

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se: I - agrotóxicos e afins:

a) os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas e também de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos;

b) substâncias e produtos, empregados como desfolhantes, dessecantes, estimuladores e inibidores de crescimento;

Por sua vez, a EMBRAPA ao estabelecer o conceito técnico visualiza possíveis riscos no uso de agrotóxicos como o atingimento de outros seres do ambiente:

Os agrotóxicos são moléculas sintetizadas para afetar determinadas reações bioquímicas de insetos, microrganismos, animais e plantas que se quer controlar ou eliminar, mas determinados processos bioquímicos são comuns a todos os seres vivos e, assim, o efeito pode então atingir não só o organismo que se espera controlar, como também outros seres do ambiente. A introdução de agrotóxicos no ambiente agrícola pode provocar perturbações ou impactos, porque pode exercer uma pressão de seleção nos organismos e alterar a dinâmica bioquímica natural, tendo como consequência, mudanças na função do ecossistema." (EMBRAPA, 2004, p. 11)

Acrescente-se que no ano de 2019 novo marco regulatório da Anvisa promoveu a alteração da classificação de toxicidade dos agrotóxicos, com a adoção de padrão internacional, o Sistema Globalmente Harmonizado de Classificação e Rotulagem de Produtos Químicos (GHS), segundo o qual passaram a ser considerados extremamente tóxico apenas os produtos que vierem causar morte horas após a ingestão ou o contato pelo indivíduo (ECODEBATE, 2022).

Ademais, insta frisar as alterações legislativas que se pretendem com a aprovação do Projeto de Lei n. 6299/2022 também conhecido como "Pacte do

Veneno", o qual objetiva flexibilizar o controle e a aprovação de agrotóxicos no Brasil, concentrando as decisões perante o Ministério da Agricultura.

Nesse passo, de acordo com relatório da ONU (2017), o uso indiscriminado de agrotóxicos pode gerar riscos à saúde humana de consumidores, trabalhadores rurais e povos indígenas mediante intoxicações agudas e crônicas, além de outras doenças. Também pode provocar danos ao meio ambiente com a contaminação do solo, água e ar, bem ainda desequilíbrio de ecossistemas.

Com relação ao desmatamento na Amazônia Legal, de acordo com sistema de monitoramento do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), a área sob alerta de desmatamento no primeiro semestre de 2022 (período entre 1º de janeiro e 24 de junho) é a maior em sete anos, correspondendo a 3.750 km², maior que duas cidades de São Paulo/SP (G1, 2022b).

Para mais, consoante dados obtidos junto ao Sistema de Alerta de

Desmatamento (SAD) do Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia (Imazon), de agosto de 2021 a julho de 2022, foram desmatados 10.781 km² de floresta, equivalente a sete vezes a cidade de São Paulo.

"Essa foi a maior área devastada dos últimos 15 anos para o período, sendo 3% superior à registrada no calendário do ano passado", contudo, somadas "as áreas destruídas nos dois últimos calendários chegaram a 21.257 km², quase o tamanho de Sergipe" (IMAZON, 2022).

Ante todo o exposto, constata-se que os graves acidentes abordados estão em consentâneo com a teoria do risco desenvolvida por Beck porquanto de certo modo imprevisíveis, enquanto não conhecidos, gerando efeitos inclusive para as futuras gerações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um primeiro momento, o presente trabalho aborda a teoria da sociedade de risco desenvolvida por Ulrich Beck, demonstrando a passagem de uma sociedade industrial para uma sociedade de risco na segunda modernidade (pósmodernidade ou modernidade líquida), bem ainda a produção social de riscos e suas consequências, principalmente de ordem ambiental e social, surgindo a necessidade de discussão quanto uma possível forma de evitá-lo, considerando que o conhecimento por si só não é suficiente para afastá-los e não há margem de segurança ou do tolerável.

Por seu turno, os riscos são estão limitados ao espaço e tempo, porquanto transcendem as fronteiras nacionais, possuindo tendência global, assim como podem se prolongar no tempo atingindo as futuras gerações, tendo como causa a superprodução e o anseio pelo progresso.

Quanto à distribuição dos riscos, também não se segue mais as rígidas diferenças impostas na primeira modernidade de classes sociais ou estamentos, econômicas e geográficas. Salienta-se o "efeito bumerangue" em que os riscos retornam aos países ricos e desenvolvidos que os fomentaram, produziram ou de alguma forma lucraram com eles.

De acordo com Guivant (2001), ao desenvolver posteriormente a teoria de risco global assevera que os perigos da modernização da produção industrial são globais, exigindo-se a formulação de políticas por instituições/organizações transnacionais, além de como o risco é notado no âmbito social:

A confluência entre a perspectiva realista e a construtivista estaria no cerne da teoria da sociedade global de riscos. Da posição realista, Beck resgata o reconhecimento de que o conhecimento científico pode identificar e demonstrar que as consequências e os perigos da produção industrial desenvolvida "são" agora globais, exigindo políticas a serem formuladas por instituições transnacionais. Mas a perspectiva construtivista é chave para se poder responder a questões acerca de como, por exemplo, se produz a auto-evidência, segundo a qual os riscos são reais, e sobre quais atores, instituições,

estratégias e recursos são decisivos para sua fabricação. Isto é, os riscos existem e não são meramente uma construção social, mas a sua transformação depende de como são percebidos socialmente.

Desse modo, constata-se ser preciso a atuação conjunta com

organizações e instituições transnacionais, ajustando-se com as especificidades dos governos locais.

Nesse sentido, por exemplo, tem-se a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU), consistente em um plano de ação global, assumido por 193 países, dentre eles o Brasil, composta por 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), 169 metas e 230 indicadores a nortear as ações tanto em âmbito global quanto nacional até 2030, destacando-se como principal desafio a erradicação da pobreza extrema no mundo, entendida como condição necessária para o desenvolvimento sustentável e redução das desigualdades (ONU, 2016).

Por fim, conforme exposto por Ferreira, constata-se que a sociedade de

risco passou a pendular entre diferentes movimentos:

"Como consequência, a sociedade de risco passou a oscilar entre movimentos contraditórios: de lado, promove um movimento de resistência que visa a manutenção do sistema vigente com um estímulo incondicional ao crescimento econômico; de outro, desencadeia um movimento de transformação que se expressa através da redefinição da esfera pública, estimulando a criação de espaços mais democráticos, inclusivos e plurais que acabam por impulsionar a instituição e o reconhecimento de processos ambientais fundamentados em princípios como acessibilidade, transparência e compromisso com a proteção do macrobem ambiental." (p.152)

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15 jul. 2022.

BRASIL. Lei n.º 7.802, de 11 de julho de 1989. Dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a

comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 jul. 1989.

BRASIL. MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: ; UNITED NATIONS. Sustainable Development Goals.

BRASIL DE FATO. Bophal 84: o maior crime industrial da história. 3 dez. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=xy2q0tcr1q4>. Acesso em: 21 ago. 2022.

FERREIRA, Helene Sivini. A dimensão ambiental da teoria da sociedade de risco. In: FERREIRA, Helene Sivini; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra (orgs.). Direito

Socioambiental e Sustentabilidade: Estados, Sociedades e Meio Ambiente. Curitiba: Letra da Lei, 2016. p. 108-158.

GUIVANT, J. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. Revista Estudos Sociedade e Agricultura, v 10, n.16, 2002. Disponível : <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm> . Acesso em 14/04/2020

G1. Brumadinho: Polícia Civil identifica ossada encontrada por bombeiros; agora são 5 desaparecidos. 3 de maio de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2022/05/03/brumadinho-policia-civil-identifica-ossada-encontrada-por-bombeiros-agora-sao-5-desaparecidos.ghtml>. Acesso em 20 ago 2022.

G1. Brumadinho: MPT e Vale assinam acordo para indenizar familiares de funcionários mortos na tragédia. Disponível em <https://g1.globo.com/mg/minasgerais/noticia/2019/07/15/brumadinho-mpt-e-vale-assinam-acordo-para-indenizar-familiares-de-funcionarios-mortos-na-tragedia.ghtml>. Acesso em: 20 ago 2022.

G1. Amazônia tem 1º semestre de 2022 com maior área sob alerta de desmate em 7 anos. 01 de julho de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/meioambiente/noticia/2022/07/01/amazonia-tem-1o-semester-de-2021-com-maior-areasob-alerta-de-desmate-em-7-anos.ghtml>. Acesso em: 20 ago 2022.

IMAZON. Desmatamento na Amazônia chega a 10.781 km² nos últimos 12 meses, o maior em 15 anos. 17 ago. 2022. Disponível em: 21 ago. 2022

<https://amazon.org.br/imprensa/desmatamento-na-amazonia-chega-a-10-781-km%C2%B2-nos-ultimos-12-meses-maior-area-em-15-anos/>. Acesso em: 20 ago. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Grandes casos. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-samarco/apresentacao>. Acesso em: 30 ago. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Paris: ONU, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 15 ago

PORTAL NACIONAL DO DIREITO DO TRABALHO. Caso MPT x Shell-Basf: acordo histórico encerra maior ação da Justiça do Trabalho. 2013. Disponível em <https://pndt.jusbrasil.com.br/noticias/100493300/caso-mpt-x-shell-basf-acordohistorico-encerra-maior-acao-da-justica-do-trabalho>. Acesso em: 20 ago. 2022.

SILVA, M. A.; GIBRAN, S. M. Empresa, Poder e Responsabilidade na Sociedade de Risco; fundamentos contemporâneos da responsabilidade civil decorrente de atividades econômico empresariais. In: SALEME, E. R. et al (Cord.).Temas contemporâneos de Direito Empresarial e Cidadania: estudos em homenagem à professora Viviane Coelho de Séllos-Knoerr. Curitiba; Instituto Memória, 2021.

SINSIPETRO-LP. Uma tragédia e muitas lições: 35 anos do incêndio da Vila Socó. 25 fev. 2019. . Disponível em www.sindipetrolp.org.br/noticias/26555/uma-tragediae-muitas-licoes-35-anos-do-incendio-da-vila-soco#:~:text=A%20terceira%20maior%20tragédia%20do,mil%20funcionários%20também%20fora. Acesso em: 20 ago 2022.

SOUZA, Felipe; FELLET, João. Brumadinho pode ser 2º maior desastre industrial do século e maior acidente de trabalho no Brasil. Época. 28 jan. 2019. Disponível em <https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2019/01/brumadinho-pode-ser-2maior-desastre-industrial-do-seculo-e-maior-acidente-de-trabalho-do-brasil.html> . Acesso em: 20 ago 2022

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. Retrospectiva Brasil 2021. Disponível em <https://comunidade.transparenciainternacional.org.br/retrospectiva-brasil-2021>. Acesso em: 4 mar. 2022.

UNEP. Estocolmo+50: um planeta saudável para a prosperidade de todos e todas — nossa responsabilidade, nossa oportunidade. Disponível em unep.org/pt-br/noticias-e-reportagens/comunicado-de-imprensa/estocolmo50termina-com-chamado-por-transformacao. Acesso em: 20 ago 2022.

UNITED NATIONS. Report of the Special Rapporteur on the Right of Food (24 January 2017). Disponível em: <https://www.afisapr.org.br/attachments/article/1393/1701059-ONU.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2022

UOL Notícias. Prejuízo em Mariana é quatro vezes maior que royalties pagos pela Samarco São Paulo: 15 nov. 2015. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/11/15/prejuizo-comdesastre-e-o-quadruplo-do-que-mariana-mg-recebe-por-minerio.htm>. Acesso em: 20 ago 2022.

VALOR. Termina sem acordo reunião entre Samarco, Vale, BHP e governos sobre reparação por danos da tragédia de Mariana. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2022/08/10/governos-e-empresasdiscutem-reparacao-por-danos-da-tragedia-de-mariana.ghtml>. Acesso em: 20 ago. 2022.

A (RE)DEFINIÇÃO DO MODELO FEDERATIVO BRASILEIRO PELO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DE EMERGÊNCIA INTERNACIONAL

THE (RE)DEFINITION OF THE BRAZILIAN FEDERATIVE MODEL BY THE JUDICIARY POWER IN THE STATE OF INTERNATIONAL EMERGENCY



Gustavo Swain Kfoury¹

Uma análise das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.341/DF e na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 672 sob a égide dos objetivos, princípios e direitos fundamentais fixados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Palavras-Chaves: ADI 6341; ADPF 672; Federalismo Brasileiro; Forma de Estado; Constitucionalidade; Controle de constitucionalidade STF; Democracia; Estado de Direito; Pacto Republicano.

An analysis of the decisions handed down by the Federal Supreme Court in the Direct Action of Unconstitutionality n. 6.341/DF and in the Argument of Breach of Fundamental Precept n. 672 under the

¹ Mestre em Direito Constitucional pelas Faculdades Integradas do Brasil. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-Doutor em Direito pelo Centro Universitário Curitiba e pelo Centro Internacional Mediterrânea de Pesquisa em Direitos Humanos da Universidade Mediterrânea de Reggio Calabria – Itália. Sócio de Kfoury & Gorski – Sociedade de Advogados (OAB/PR 3.006), exerce a advocacia no âmbito do Direito do Estado – nas searas do Direito Constitucional, Administrativo e do Direito Eleitoral. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0105868539336250>.

aegis of the objectives, principles and fundamental rights established by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988.

Keywords: ADI 6341; ADPF 672; Brazilian Federalism; Form of State; Constitutionality; Control of constitutionality STF; Democracy; Rule of Law; Republican Pact.

INTRODUÇÃO

Sob o viés histórico, o momento mirado inseriu-se no Estado de "Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional", declarado pela Organização Mundial da Saúde – OMS, em 30 de janeiro de 2020 (WHO, 2020). O Estado Brasileiro internalizou a declaração da OMS através da edição da Portaria n. 188/2020 – Ministério da Saúde (GOV.BR, 2020), na data de 3 de fevereiro daquele ano, justificando todas as ações urgentes de prevenção, controle de riscos e de danos à saúde pública, pautadas na Lei Federal n. 13.979/2020. Certo é que diante da mensagem n. 93, de 18 de março de 2020, do Presidente da República, seguiu-se a edição do Decreto Legislativo n. 06/2020, de 20 de março de 2020, pelo Congresso Nacional, para a declaração de calamidade pública com a finalidade exclusiva da dispensa de atingimento de resultados fiscais – art. 9º, da Lei Complementar n. 101/2000 e da limitação de empenhos previstas na Lei de Diretrizes Orcamentárias – art. 20 da Lei Federal n. 13.989/2019.

Irrompida a excepcionalidade – que se subtraiu à normalidade dos métodos e estruturas materiais até então empregadas para o enfrentamento de epidemias, esta inovou pela complexidade das situações causadas pela disseminação da Sars – Cov2 que ainda está a demandar, sob os aspectos sociais e econômicos, esforços do poder público e da sociedade civil através de ações em resposta, clamadas, coordenadas, em todos os sistemas econômicos e de vigilância e atenção à saúde.

Neste contexto, decorre o questionamento acerca do papel a ser exercido por cada uma das instituições do Estado Brasileiro, notadamente pelos três Poderes da União (Administração Pública), em conjunto com o dos demais entes federados.

1 O PAPEL DE PLANEJAR E PROMOVER O ENFRENTAMENTO DA CRISE

No momento de emergência em saúde, alguns aspectos derivados das posições institucionais dos Poderes de Estado no âmbito da Federação Brasileira dirigidos ao enfrentamento da pandemia nas frentes de contenção do contágio e de tratamento para as pessoas tomadas pelo COVID-19, apontavam o risco de deslegitimação das atividades que pudessem refugir às balizas constitucionais e legais.

Desde uma leitura dos artigos 21, XVIII c/c 23, I, II e 24, XII e §§10 a 30 da Constituição, concluiu-se que competiria administrativamente "à União planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas"; seria de competência administrativa "comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios zelar pela guarda da Constituição e cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência", ou não; e que "competiria

à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre proteção e defesa da saúde: à primeira a edição de normas gerais, não excluindo a competência suplementar dos Estados de que, na falta de normas gerais, ficariam os demais entes federativos automaticamente capacitados a exercer a competência legislativa plena".

Ainda, desde uma leitura dos artigos 196 e 198, da Constituição Federal, saúde seria definida por "direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visassem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação", bem como que, acerca da rede compartilhada, "as ações e serviços públicos de saúde integrariam uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes da descentralização, com direção única em cada esfera de governo e a participação da sociedade".

Tal, gizando que desde o preâmbulo a Constituição impõe ao Estado (União, Estados e Municípios), a finalidade de assegurar o bem-estar da sociedade.

Disto se denotava que na forma do modelo federativo adotado, a União Federal exerceria o papel de pessoa jurídico-política coordenadora do processo de proteção social na seara do estado de emergência, sob a perspectiva e sob as balizas das regras e dos princípios emanados da Constituição Federal, no âmbito do Estado Constitucional Democrático de Direito Brasileiro instituído pela Ordem de 1988.

Invocar-se-ia assim o papel da União Federal – pessoa jurídico-política, como ente central, planejador, competente para decidir nacionalmente, em última ratio, sobre as medidas restritivas e liberatórias a bem da defesa e da proteção da saúde dos brasileiros e estrangeiros residentes no país; uma vez que o processo decisório estatal não poderia se manter divorciado da finalidade constitucional que o dirige.

2 A LOCALIZAÇÃO DO PROBLEMA

Em um quadro de disputabilidade política em relação à ocupação da posição de direção no processo de enfrentamento das medidas de saúde em meio a pandemia e a opção pela melhor política – em que se incluem os métodos de tratamento, no curso de 2020 o embate restou deslocado da arena democrático-majoritária para a arena judicial.

O Supremo Tribunal Federal foi provocado a se manifestar diante da proposição da: a) Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.341/DF em face do artigo 3º, incisos I, II e VI c/c §§ 8º, 9º, 10º e 11º, da Lei Federal n. 13.979/2020, com redação dada pela Medida Provisória n. 926/2020, desde 20/03/2020, pelo Partido Democrático Trabalhista; e, b) Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental n. 672 em face da forma de Estado definido pela Constituição Federal de 1988 – art. 1º; do direito à saúde definido em caráter protetivo – art. 6º, bem assim diante do modelo de repartição de competências administrativas e legislativas outorgadas à União, Estados e Municípios nos termos dos artigos 23, II, 24, XII e 25, §1º c/c, 196; em face da Lei Federal n. 13.979/2020 – que dispõe sobre o medidas de enfrentamento, desde 4/04/2020, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

Aqui, em caráter de *obiter dictum*, faz-se referência à posição de BARROSO (2012) desde a década passada, no que toca ao “ativo papel que Poder Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, tem desempenhado na vida institucional brasileira, enquanto protagonista de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade”. O fenômeno da “judicialização, vinculado diretamente ao maior número de questões de larga repercussão política ou social que passaram a ser decididas por órgãos do Poder Judiciário (2012)”, é patente neste caso.

A questão que se apresenta, na linha de argumentação da Presidência da República para a desconstituição das teses apresentadas das demandas, seria de que, em havendo nítida “diferenciação entre as competências legislativas elencadas no art. 24, XII, §1º, da CF, para a proteção e defesa da saúde, bem assim daquelas materiais administrativas elencadas no art. 23, II, da CF, para o cuidado com a saúde, a edição da Lei Federal n. 13.979/2020, assim como as alterações feitas por medidas provisórias detém a natureza de normas gerais, editadas sob a prerrogativa da competência estabelecida no primeiro bloco normativo citado (art. 24, XII, §1º, da CF).

Tal foi reconhecido quando do julgamento das ações para excluir a arguição de inconstitucionalidade formal das normas impugnadas uma vez que, em dispondo tanto sobre seguridade social (art. 22, XXIII, da CF) – competência privativa da União, como proteção e defesa da saúde art. 24, XII, §1º, da CF – competência concorrente, “não diminuiu a capacidade dos demais entes de realizar os serviços de saúde, o que tornaria inexigível o quórum qualificado da legislação complementar (STF, 2020)”.

Na mesma medida, acabou por ser reconhecida como norma geral ordinária – tal como a Lei 8.080/90 – SUS, inserta no âmbito do art. 24, XII, §1º, da CF, pois não foi editada para a “cooperação entre os entes federativos para o bem-estar em âmbito nacional”, o que exigiria, se fosse este o caso, a via da Lei Complementar.

Em uma segunda senda questiona-se, no que toca à alegação de inconstitucionalidade material da norma inserta no art. 3º, §9º, da CF: porquê a União

estaria deslegitimada a agir no âmbito da competência legislativa, em caráter concorrente, a si reservada para a edição de normas gerais nos termos do art. 24, XII, §1º, da CF?

Eis o cerne da questão, que resultou em uma “atitude, uma escolha pelo Poder Judiciário por um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, ao expandir o seu sentido e alcance (BARROSO, 2012, p. 25 – 26)”, de forma justificada no atendimento efetivo das demandas sociais a partir da (re)definição da mecânica federativa outrora fixada.

Qual fora, portanto, a opção do Supremo Tribunal Federal diante das demandas que a si restaram submetidas – que poderia ser classificada como um “exercício deliberado de vontade política (BARROSO, 2012, p. 25 – 26)”, senão pela (re)“criação de um modelo institucional de participação federativa nessa temática”, o que o Min. Gilmar mendes justificou na pretensão judicial de estabilização das forças políticas, quando afirmou estar-se “diante da possibilidade de termos a toda hora multiplicação de conflitos (STF, 2021)”.

O Min. Edson Fachin deduziu da fala do Min. Alexandre de Moraes sobre o objeto / “o pano de fundo desse debate, ser o desenho jurídico do Federalismo e da própria Federação”, o que implicaria em um (re)desenho normativo que demandaria uma prestação de contas do dever constitucional de fundamentação, a partir de uma linha de coerência com o programa normativo constitucional e julgamentos precedentes”. Assim, “à luz do sentido de permanência e estabilidade da jurisprudência, exortou projetar-se as luzes para o julgamento presente, bem como significar tanto a previsibilidade como a estabilidade aos julgamentos futuros” (STF, 2020).

As demandas judiciais derivaram da alegação de omissão da União na implementação de políticas públicas bastantes ao enfrentamento da pandemia e de providências tendentes ao tratamento dos infectados, “com base em métodos cientificamente comprovados”,

segundo o autor da ação, e ainda da crítica quanto ao que se convencionou no meio político e partidário denominar de “negacionismo” da epidemia, o que compôs o embate entre forças políticas, contrapondo o Presidente da República e as políticas do Governo Federal; até o advento do Pacto Republicano entre os Poderes da República, Estados Federados e Municípios².

Neste quadro se encontra o sentido da argumentação judicial tendente a concluir que “o pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição” (STF, 2021). Ainda, que “seria grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais”. Assim concluiu o eminente Relator para o Acórdão da ADI 6341 que “o Estado garantidor dos direitos fundamentais não seria apenas a União, mas também os Estados e os Municípios” (STF, 2021), em regime de corresponsabilidade, apta a justificar o exercício concorrente daquela.

¹ “Senador Jayme Campos (DEM) afirmou que houve irresponsabilidade do por parte do governo federal no controle da covid-19 e criticou a postura negacionista do presidente Jair Bolsonaro (sem partido) durante a pandemia. Segundo o democrata, o gestor “tinha que dar bons exemplos”. “O próprio presidente da República sempre contestou, achou que não devia ter distanciamento social, que não tinha que usar máscara, que tinha que tomar Ivermectina e não sei mais o quê. Tudo, menos um tratamento adequado. Deus no que deu”, disparou em entrevista à Rádio CBN Cuiabá. “O presidente Bolsonaro tinha que dar bons exemplos. Estava tomando banho há poucos dias numa cidade balneário, andando de moto aquática sem máscara. Semana passada estava desfilando de caminhonete e sem máscara”, emendou. Sobre a falta de planejamento, o senador ainda comentou sobre o caso que ocorreu no Amazonas. “Chegamos ao ponto da exaustão. O Governo transformou-se de incompetente para impotente. É inconcebível, em pleno século 21, faltar oxigênio, como aconteceu no Amazonas”. Jayme ainda questionou a instabilidade do staff do presidente durante a pandemia no Brasil, e a “dança das cadeiras” que ocorreram neste período. “Acho que o Governo Federal tinha que preocupar mais nessa pandemia. Houve mudança de três ministros de Estado. Qual planejamento poderia ser formatado nessa insegurança?”. MINISTRO DA SAÚDE. Em relação ao militar Eduardo Pazuello, que hoje ocupa a posição de ministro da Saúde, o democrata emitiu uma opinião nada otimista. “Acho que o Pazuello deve ser um cidadão muito competente, mas na área estratégica e de logística lá do Exército, não para ser ministro da Saúde. Ele tem recebido duras críticas e com razão. Qual o preparo, qual o conhecimento da ciência médica? Ele não tem conhecimento”, enfatizou. Para Campos, Pazuello não estava preparado para o cargo e que seria necessário um profissional da área à frente da pasta. “Não desmerecendo a capacidade dele, mas para tocar uma área tão importante, precisávamos de um profissional que tivesse conhecimento técnico para isso. Eu não aceitaria um convite desses. Qualquer pessoa com um mínimo de consciência não aceitaria”. (GAZETA DIGITAL, s.d.).

² “O presidente Jair Bolsonaro anunciou hoje (24) a criação de um comitê de coordenação nacional para o combate à pandemia de covid-19. O grupo terá reuniões semanais e será formado pelo chefe do Executivo e os presidentes do Senado, Rodrigo Pacheco, e da Câmara, Arthur Lira, e outros membros. A medida foi decidida em reunião na manhã desta quarta-feira, no Palácio da Alvorada, onde Bolsonaro recebeu, além dos presidentes do Parlamento, o líder do Supremo Tribunal Federal (STF), Luiz Fux, o procurador-geral da República, Augusto Aras, governadores, ministros de Estado e representantes de instituições independentes. “Mais que harmonia, imperou a solidariedade e a intenção de minimizarmos os efeitos da pandemia. A vida em primeiro lugar”, disse Bolsonaro em pronunciamento à imprensa após a reunião. De acordo com o presidente, houve unanimidade entre todos os presentes sobre a necessidade de ampliar a capacidade de produção e aquisição de vacinas para alcançar a imunização em massa da população. Além disso, o presidente também falou sobre a possibilidade de “tratamento precoce”. “Isso fica a cargo do ministro da Saúde [Marcelo Queiroga], que respeita o direito e o dever do médico de tratar *off-label* os infectados”, disse. O medicamento chamado *off-label* é aquele prescrito pelo médico que diverge das indicações da bula. Desde o início da pandemia, no ano passado, Bolsonaro defende o uso dessas

A essência das decisões, portanto, assim reside na atuação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal dirigida a obstar a prerrogativa da União de, “no seu silêncio quanto ao exercício de sua competência legislativa, quer por lei geral (art. 24, §1º, da CF), quer por lei complementar (art. 23, §1º, da CF) - norma que organiza a cooperação federativa, que resulte em sua inação; afastar a competência dos demais entes federados editar normas, exercendo a preempção em relação a si (STF, 2021)”.

Importa evidenciar-se, porém, que a União não ficou inerte, mas ao contrário, editou a Lei n. 13.979/2020, em que através do art. 3º, §§8º c/c 9º, definiam e autorizavam o Presidente da República, a fixar atividades essenciais por decreto.

Quanto ao Poder Legislativo, promoveria uma “deferência às suas escolhas políticas, desde que o Congresso Nacional pode regular, de forma harmonizada e nacional, determinado tema ou política pública; mas obsta que, por conduta omissiva em razão do silêncio, possa tolher o exercício das competências dos demais” (STF, 2021).

medicações como, por exemplo, a hidroxicloroquina, que não tem eficácia científica comprovada contra covid-19, mas pode ser prescrito por médicos com a concordância do paciente. “É uma doença ainda desconhecida, uma nova cepa ou um novo vírus apareceu e nós, cada vez mais, nos preocupamos em dar o atendimento adequado a essas pessoas. Não temos ainda o remédio, mas [temos] nossa união, nosso esforço entre os três Poderes da República, ao nos direcionarmos para aquilo que realmente interessa, sem que haja qualquer conflito, qualquer politização da solução do problema. Creio que essa seja o caminho para o Brasil sair dessa situação bastante complicada em que se encontra”, disse Bolsonaro. Para o novo ministro da Saúde, Marcelo Queiroga, a conclusão da reunião foi pelo fortalecimento do Sistema Único de Saúde (SUS) para prover à população brasileira, “com agilidade” uma campanha de vacinação que possa atingir uma cobertura vacinal capaz de reduzir a circulação do vírus. Por outro lado, segundo ele, também fortalecer a assistência à saúde, nos três níveis – municipal, estadual e federal – “com a criação de protocolos assistenciais capazes de mudar a história natural da doença”. Coordenação com governadores - A coordenação com os governadores dos estados e do Distrito Federal será feita pelo presidente do Senado, Rodrigo Pacheco, que receberá as demandas e encaminhará ao comitê. De acordo com Pacheco, o comitê será um grupo permanente de trabalho e sem delegação por parte dos presidentes do Executivo e do Legislativo. O objetivo, segundo ele, é definir políticas nacionais uniformes, “no ambiente de identificação das convergências que existem, e as divergências devem ser dirimidas à luz dos procedimentos próprios, democraticamente”. Leitos de UTI - Na reunião de hoje, segundo o senador, algumas medidas já foram definidas como prioritárias, como a participação da iniciativa privada na ampliação de leitos de terapia intensiva, a solução de problemas de desabastecimento de oxigênio, insumos e medicamentos e, “fundamentalmente, a política do Ministério da Saúde para vacinação do povo brasileiro”. “[Isso] exige mais do que nunca a colaboração de todos os poderes e instituições, da sociedade e da imprensa para que consigamos alargar a escala da vacinação no Brasil”, disse Pacheco. Na sequência do encontro no Palácio da Alvorada, o presidente da Câmara, Arthur Lira disse que se reunirá com líderes partidários para tratar de projetos que podem ser votados ainda hoje. Um deles é a oferta de novos leitos em parceria com a iniciativa privada, “que não se nega também a participar dessa luta”. Judiciário - O Supremo Tribunal Federal, por força de lei, não pode participar de comitês dessa natureza, mas deverá atuar para que haja um controle prévio da constitucionalidade das medidas que serão adotadas. “Como esse problema da pandemia exige soluções rápidas, vamos verificar estratégias capazes de evitar a judicialização, que é um fator de demora na tomada dessas decisões”, disse o presidente do STF, Luiz Fux. O ministro também se solidarizou com as famílias que sofreram com as mortes causadas pela covid-19 e agradeceu a dedicação dos profissionais de saúde no combate à pandemia. Ontem (23), o Brasil bateu novo recorde e superou 3 mil mortes por covid-19 registradas em 24 horas. Foram registradas 3.251 vidas perdidas para a pandemia. Com isso, a quantidade de óbitos chegou a 298.676. – (VERDELÍO, 2021).

Ali o Supremo Tribunal Federal definiu o seu papel, que residiria em: agir para “obter o cumprimento integral das obrigações do Estado” (STF, 2021). Em última análise, seria consentâneo à realização dos princípios, objetivos e direitos fundamentais? (STF, 2021).

Aqui se localiza o problema, que tem como pano de fundo o federalismo e a repartição de competências, qual seja: as decisões judiciais que obstam a competência da União para planejar e promover a defesa permanente contra a calamidade pública, editando normas gerais em caráter concorrente e hierarquizado (art. 21, XVIII; 24, XII, §1º e 198, I, CF, são adequadas ao modelo federativo de Estado definido originariamente pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³”?

3 A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 6.341

O primeiro paradigma decisional extraído do conflito federativo derivou da decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6343/DF, julgada em 06/05/2020 - ao lado das medidas cautelares nas ADIs 6347, 6351, 6357; ADPF 669 e 690, que instrumentalizou resposta do Poder Judiciário à crise instaurada pela impossibilidade de cooperação entre os entes federativos na tomada de medidas administrativas previstas no art. 23, I e II, da CF, bem assim da falta de submissão dos demais entes federados às diretrizes gerais editadas pela União através da Lei 13.979/2021.

Não obstante certificasse a “necessidade de coordenação e padronização de medidas de enfrentamento da pandemia em todos os níveis do governo, para a destinação prioritária de recursos e esforços para a saúde pública no sentido de minimizar os graves efeitos do contágio da Sars-Cov2”, a União contrapôs-se sob a concepção de que, ao se acolher a tese, estar-se-ia se decidindo contrariamente a sua prerrogativa legislativa constitucionalmente outorgada pelo art. 24, VII, §1, da Constituição, para legislar sobre “normas gerais de proteção e defesa da saúde”.

A decisão foi pontual, procedendo ao seguinte recorte: ao rejeitar a tese de inconstitucionalidade formal da lei, concedeu - por proposição do Min. Edson Fachin, parcialmente a cautelar para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º, do art. 3º, da Lei 13.979, no seguinte sentido: “preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais” (STF, 2021).

³ Aplicável para a “manutenção do ordenamento democrático e do Estado de Direito” - (STF, 2021)

Tal, a favor da efetivação de um “federalismo cooperativo, em substituição de uma possível concentração de competências e de sobreposição de métodos que se considerassem mais adequados e pertinentes ao combate de uma epidemia”- Min. Marco Mello; concebendo-se que ao “fixar-se se a competência privativa do Governo Federal, estar-se-ia impedindo que Estados e Municípios pudessem implementar políticas públicas essenciais no âmbito de suas respectivas competências, mantendo-se a capacidade de inação do Governo Federal” - Min. Edson Fachin, em razão das mesmas medidas que, não estariam em seu espectro de opção.

Portanto, limitou-se a “outorga de discricionariedade ao Poder Executivo da União sob a justificativa do exercício do controle mediante contrapesos ínsitos do Estado Democrático de Direito”; concluindo-se que “as regras constitucionais se dirigem a proteger tanto a liberdade individual, como o exercício da racionalidade coletiva, no que toca a capacidade de coordenar as ações de forma eficiente”, mediante justificação dos atos - passíveis de críticas (STF, 2021).

Ainda, que o controle de constitucionalidade exercido sob o aspecto material, pressuporia o reconhecimento de responsabilidades por todos os entes federativos.

4 A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 672

O controle concentrado de constitucionalidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal foi ativado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a partir da legitimação para agir prescrita pelo art. 103, VII, da Constituição ⁴, sob a justificativa de omissão do Governo Federal quanto à “adoção de medidas urgentes e eficazes, fundamentadas em evidências científicas e protocolos aprovados por autoridades sanitárias, bem como da formulação de políticas públicas na área da saúde e economia, visando assegurar o direito à saúde, alimentação e demais direitos sociais econômicos (STF, 2020)”, afirmando, quanto ao que ocorreria no Brasil, que “o governo nem sempre teria feito uso adequado das prerrogativas que detém para enfrentar a emergência de saúde pública, atuando constantemente de forma ineficiente e precária; ao contrário, praticando ações contra o protocolo de saúde”.

Nesta medida, evocou o referencial da Organização Mundial de Saúde - OMS, por sua experiência em países em estágio mais avançado de disseminação da COVID-19 e por estudos científicos diante do estágio de transmissão comunitária.

⁴ /b. Vide art. 102, §1º, da Constituição Federal c/c Lei Federal 9.882/99.

Evocou também a prerrogativa dos demais entes federados de agir a favor da saúde, que estaria sendo contraposta por postura pessoal do Presidente da República que, nas palavras do autor da ação, teria tornado-se um "agravador da crise".

Também, "a atuação da União da área econômica seria insuficiente para a garantia da manutenção da produção, emprego e renda de diversos setores da economia, de forma mais sensível para trabalhadores informais e a de baixa renda".

Com esta base argumentativa, requereu a procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF com base na pretensa violação do direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF); direito à saúde (art. 6º, *caput* e 196, da CF) e o princípio federativo (art. 1º, *caput*, da CF), na medida em que o Presidente da República agiria para esvaziar e desacreditar políticas adotadas por outros entes federativos com fundamento em suas respectivas competências constitucionais (art. 23, II, e art. 24, XII, da CF), bem como a independência e harmonia entre os poderes (art. 2º, CF).

Em contraposição às alegações do autor, o Chefe do Poder Executivo Federal apresentou o rol de ações tomadas para o enfrentamento da pandemia dentre – à época, 13 medidas provisórias, 17 decretos e duas leis, dispondo sobre o tema.

A decisão firmou-se no sentido de julgar procedente a ADPF para assegurar o exercício da competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e Municípios e assim assegurar a observância dos artigos 23, II e IX, 24, XII, 30, II e 198, da CF, como forma de garantir aos demais entes federados a prerrogativa de adotar ou manter as medidas restritivas, sem prejuízo da União estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário.

5 POSSÍVEIS RESPOSTAS SOBRE A ADEQUAÇÃO DAS DECISÕES À CF

A apresentação de possíveis respostas acerca da adequação das decisões aos princípios e objetivos constitucionais é o que se pretende ofertar deste texto.

Na dicção do Supremo Tribunal Federal em julgado que declarou a inconstitucionalidade de legislação estadual que dispôs sobre tema de atribuição exclusiva da União – para a extinção de horário de verão na unidade federativa – Lei Estadual n. 11.638/1989-CE, inserto no âmbito da competência privativa da União no que toca aos sistemas oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional – art. 21, XV c/c 22, XVIII, com regulação em legislação nacional – Leis Federais 12.876/2013, 11.662/2008 e Decreto

2.784/1913: "os Estados-membros e o Distrito Federal não dispõem de competência para legislar sobre horário de verão, eis que falece a qualquer ente federado competência legislativa para dispor sobre o seu próprio horário, considerada a dimensão nacional que qualifica essa particular atribuição que a Constituição da República outorgou, em regime de exclusividade, à União Federal, sob pena de entendimento em sentido contrário gerar a possibilidade anárquica de o Brasil vir a submeter-se a tantas horas oficiais quantas forem as unidades da Federação. Consequente inconstitucionalidade formal de diploma legislativo estadual, em virtude, precisamente, da usurpação, pela unidade federada local, de competência outorgada, em caráter privativo, à União Federal, seja em face do que prescreve o art. 21, XV, seja à luz do que estabelece o art. 22, XVIII, ambos da Constituição da República"⁵ (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 158, de 1º/08/2018 – Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno).

No mesmo sentido, qual seja o de que o artigo 21 elenca um rol de atribuições administrativas exclusivas para a União, cujo respeito às regras de distribuição de competência fixadas pelo modelo federativo definido pela Constituição do Estado de Direito Brasileiro constitui parâmetro para a aferição da constitucionalidade dos atos estatais, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da lei. Neste caso o STF reconheceu a incompatibilidade da legislação estadual em razão da Constituição Federal pois "dispensou a outorga de direito de uso de recursos hídricos" a despeito do disposto no art. 21, XIX, da Constituição, que atribui à União a competência exclusiva de "instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso", a partir da "incumbência do poder público de controlar o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente", inscrita no art. 225, § 1º, V, CF.

O voto contemplou o seguinte dispositivo: "(...) 1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse. 2. Ao disciplinar regra de dispensa de outorga de direito de uso de recursos hídricos, o art. 18, § 5º, da Lei 11.612/2009 do Estado da Bahia, com a redação dada pela Lei 12.377/2011, usurpa a competência da União, prevista no art. 21, XIX, da Constituição Federal, para definir critérios na matéria. 3. A dispensa de outorga de direito de uso de recursos hídricos para perfuração de poços

⁵ A verbetização seguiu assim redigida: "DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE "EXTINGUE A OBRIGATORIEDADE DE HORA DE VERÃO NO TERRITÓRIO CEARENSE" (LEI Nº 11.638/1989, EDITADA PELO ESTADO DO CEARÁ) – CONCEITO JURÍDICO DE "HORA LEGAL" E DIVISÃO DO TERRITÓRIO BRASILEIRO EM FUSOS HORÁRIOS, CARACTERIZADOS A PARTIR DO MERIDIANO DE GREENWICH, CONSOANTE REGULAÇÃO INSCRITA EM LEGISLAÇÃO NACIONAL (DECRETO Nº 2.784/1913, LEI Nº 11.662/2008 E LEI Nº 12.876/2013) – TEMA QUE SE INCLUI NA ESFERA

DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO FEDERAL NO QUE CONCERNE AOS SISTEMAS OFICIAIS DE ESTATÍSTICA, GEOGRAFIA, GEOLOGIA E CARTOGRAFIA DE ÂMBITO NACIONAL (CF, ART. 21, XV, E ART. 22, XVIII) – USURPAÇÃO, PELO ESTADO-MEMBRO, DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO FEDERAL – OFENSA AOS ARTS. 21, XV, E 22, XVIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA INCONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE".

tubulares afronta a incumbência do poder público de controlar o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (CF, art. 225, § 1º, V). 4. Os arts. 19, VI, e 46, XI, XVIII e XXI, da lei atacada dispensam a manifestação prévia dos Comitês de Bacia Hidrográfica para a atuação do Conselho Estadual de Recursos Hídricos - CONERH, o que reduz a participação da coletividade na gestão dos recursos hídricos, contrariando o princípio democrático (CF, art. 1º). Da mesma maneira, o art. 21 da lei impugnada suprime condicionantes à outorga preventiva de uso de recursos hídricos, resultantes de participação popular. Ferimento ao princípio democrático e ao princípio da vedação do retrocesso social. 5. Medida Cautelar confirmada. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.016, de 11/10/2018 – Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno).

Pois bem, o parâmetro que utilizaremos para a aferição da adequação dos atos estatais objeto deste estudo em face da Constituição Federal é justamente em razão da matéria, que define a competência dos entes federados, repartindo-as no âmbito do modelo federativo definido pela Constituição de nosso Estado de Direito.

Certo, que apesar do Min. Relator para o Acórdão da ADI 6341/DF reconhecer que este mesmo é o “parâmetro utilizado tradicionalmente para regulação das competências dos entes, primeiro identificando-se a matéria preponderante de que cuida a legislação, para após identificar qual é o ente responsável (STF, 2021)”, o desaplicou, para alcançar o efeito que as decisões pretenderam: desconcentrar a prerrogativa de a União definir, exclusivamente – por Decreto presidencial, quais seriam os serviços essenciais em âmbito nacional, conforme a redação primária do Art. 3º, §8º, da Lei 13.979/2020, assim possibilitando a adoção de outras diversas medidas pelos demais entes federativos de forma concomitante e autônoma.

Aqui é possível responder-se negativamente à primeira questão levantada: se a União não estaria legitimada a agir no âmbito da competência legislativa a si reservada para a edição de normas gerais nos termos do art. 24, XII, §1º, da CF. Isto, pois o Poder Judiciário promoveu uma intervenção tendente a desconcentrar a prerrogativa da União editar, exclusivamente, normas gerais neste caso de saúde.

Sob este enfoque, da análise do conteúdo do artigo 21, XVIII, da Constituição, extrai-se a competência exclusiva da União “planejar e promover a defesa permanente contra esta calamidade na saúde pública” que perdeu o alto grau de eficácia, diante da autorização jurisdicional para a “possibilidade de Governadores e Prefeitos, mediante decretos, e no âmbito de suas respectivas competências, disciplinarem ou estabelecerem as atividades e serviços públicos essenciais (STF, 2021)”. Isto, pois o planejamento e controle andam juntos⁷, este como pressuposto daquele, cuja responsabilidade pressupõe ação em que se previnem riscos e corrige-se rumos. Sem o controle, portanto, do planejamento, não detém a União capacidade de agir e responsabilizar-se plenamente pelos resultados que poderão ser a si atribuídos⁸.

Os efeitos que pudessem pretender alcançar, portanto, as decisões sob análise, poderiam ser questionados, no sentido de que a norma geral que pudesse ser editada pela União em matéria de proteção e defesa da saúde nos termos do art. 24, XII, da Constituição, de fato estivesse sendo observada pelos entes federativos como “forma de coesão social e harmonia federativa diante do regime cooperativo (STF, 2021)”.

Aqui é devido responder-se à segunda questão levantada, que se dirigiu à, ao analisar-se o papel que o Supremo Tribunal Federal afirmou exercer neste caso – qual fosse de se “obter o cumprimento integral das obrigações do Estado (STF, 2021)”, com vistas à realização dos direitos fundamentais, pôde também manter os princípios e alcançar os objetivos fixados pela Constituição brasileira.

Ao se analisar o papel a ser exercido por cada uma das instituições do Estado Brasileiro, denota-se que a ação do poder público, notadamente os três Poderes da União (Administração Pública em sentido amplo) – em conjunto com os dos demais entes federados, deve dirigir-se à realização substancial dos 1. princípios, 2. objetivos da República Federativa do Brasil e dos 3. direitos fundamentais sociais – em que se inserem as normas dirigidas à proteção da saúde (art. 6º, da CF) (CLÈVE, 2003).

Da proclamação da Constituição Federal de 1988, estes três postulados restaram extraídos do mundo político (do campo da disputabilidade), para integrarem o sistema de princípios político-constitucionais (Título I, da CF) e de direitos e garantias fundamentais (Título

⁶ A veberbetação restou assim redigida: “CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. VIOLAÇÃO À COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA EXCLUSIVA DA UNIÃO (CF, ART. 21, XIX). AFRONTA AO ART. 225, §1º, V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO. CONFIRMAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR. PROCEDÊNCIA. (...)”.

⁷ Esta conclusão pode-se extrair do texto da Lei de Responsabilidade Fiscal: Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição.

⁸ A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidadas e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

⁹ Vide-se, no que toca ao controle externo e interno, artigos 71, VI, CF e 51, da Lei n. 13.844/2019.

II, da CF), cujas normas de caráter cogente com a aplicabilidade imediata, decorrem do mandamento contido do §1º, art. 5º, da Constituição Federal (CLÈVE, 2003).

Detém, portanto, esses princípios, objetivos e direitos fundamentais força vinculante em relação ao Estado e a Sociedade, o que se traduz no dever dos Poderes Executivos da União, Estados e Municípios, respeitarem os direitos de defesa e ao mesmo tempo implementarem - propondo e realizando, políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais. Na mesma senda, os Poderes Legislativos restam vinculados a atuar para, preservando tais princípios, alcançar os objetivos elencados e proteger os direitos fundamentais sob o aspecto normativo, além de exercer devida e adequada fiscalização em face dos demais poderes (CLÈVE, 2003) Neste quadro, ao Poder Judiciário incumbe eminente tarefa constitucional de atuar para "manter o ordenamento democrático e do Estado de Direito", com vistas a realizar os princípios, objetivos e direitos fundamentais fixados na Constituição (STF, 2021).

Com efeito, desconsiderando a competência administrativa e legislativa concorrente da União para editar as normas gerais, as decisões dirigem-se a "definir como os entes federativos devem agir (STF, 2021)" no âmbito da emergência na saúde pública, assim alterando o modelo de Estado originalmente definido pela Constituição.

Com isto, das decisões proferidas, o Supremo Tribunal Federal promoveu a redefinição do modelo federativo brasileiro para o efeito de garantir a plena capacidade dos Estados e Municípios editarem normas gerais no tema da proteção e defesa da saúde (art. 24, XII, CF), em caráter concorrente. Desaplicou-se assim o parágrafo primeiro deste dispositivo e, praticamente, admitiu-se que os demais entes federativos definissem quais seriam as atividades essenciais.

Ainda, desaplicou-se o conteúdo do art. 198, da CF, que define que "as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada", apesar de descentralizado, desde que desconcentrou o poder antes mantido na União, o que desconstituiu a hierarquia do sistema único de saúde - SUS⁹.

Concebe-se tal efeito, qual seja o da redefinição do modelo federativo pois, na dicção do Supremo Tribunal Federal em julgado pretérito - ADI 4228/DF, diante de "contingências históricas, político-econômicas e culturais, manteve-se a concentração dos temas mais relevantes no Congresso Nacional, em detrimento das assembleias locais, citando OLIVEIRA BARACHO; o que seria facilmente constatado do rol de competências legislativas da União (art. 22, da CF) (OLIVEIRA BARACHO, 1986, p. 317 *apud* STF, 2021).

Reconheceu historicamente, portanto, em jurisprudência pretérida, que a Constituição "presumiu, de forma absoluta, para algumas matérias, o princípio da predominância do interesse, estabelecendo, *a priori*, diversas competências para cada um dos entes federativos e, a partir dessas opções, pôde acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), permitindo uma maior descentralização nos Estados-Membros e nos Municípios (arts. 24 e 30, I, CF)" (STF, 2018), à garantia do equilíbrio democrático-republicano.

Orientou que "o princípio geral que norteia a repartição de competências entre os entes componentes do Estado Federal brasileiro é o princípio da predominância do interesse, notadamente para as matérias elencadas no texto constitucional" (STF, 2018) com vistas a preservar-se o equilíbrio constitucional, que deriva do modelo federalista.

Daí emerge a questão sensível segundo o Min. Alexandre de Moraes (STF, 2018), pois o sistema de repartição de competências legislativas "é um dos grandes alicerces da fórmula Estado de Direito", e a deferência às interpretações dos dispositivos constitucionais que fixam as competências legislativas pressupõe "garantia da exata divisão dos centros de poder entre os entes federativos e suas respectivas autonomias, cuja importância se volta ao essencial convívio entre todos os entes deferados".

Tendo, concorde-se ou não, a Federação, destacou,

[...] nascido da necessidade de um poder central, com competências suficientes para manter a união e a coesão do próprio País, garantindo-lhe a consecução da paz e da liberdade contra o facciosismo e a insurreição (*The Federalist papers*, no IX), por meio de seu papel aglutinador dos diversos Estados-Membros (STF, 2018),

Assim, deve-se garantir a parcela de competência da União apta, mesmo, a exercer a preempção em relação às atribuições dos demais entes, mesmo concentrando, exclusivamente, o poder nesta seara, a até contrapondo-se; o que faz em face do objetivo primário do Estado, no interesse da Constituição.

De toda a forma, na linha do Min. Dias Toffoli (STF, 2018), concebe-se que apesar da complexidade do tema constitucional inserto na mais grave crise da saúde pública que já vivenciamos, ao extrair-se substrato das teorias constitucional e política para a análise do federalismo, "não há texto da Lei 13.979 - introduzido pela MP n. 26, de 20/03/2021, diretamente incompatível com o texto da Constituição Federal".

Disto é forçoso reconhecer que as decisões se dirigem a realizar direitos fundamentais, mas pecam no alcance dos objetivos do Estado de Direito, a despeito

⁹ A Lei n. 8.080/90 define modelo e instrumentos para a promoção, proteção e tratamento da saúde.

de seus princípios; razão porque se revelam, nestes termos, inadequadas desde a inobservância das competências constitucionalmente fixadas pelo modelo federal.

Tal, pois se "a federação constitui a realização elevada dos princípios do constitucionalismo e se a idéia do Estado de Direito pressupõe a submissão de todos os poderes à Constituição", este somente poderia encontrar a sua plena realização desde a higidez da distribuição substancial das competências, tendente ao equilíbrio de forças", mesmo emprestando possível papel central à União na matéria (STF, 2018).

Ainda, pois submeter-se à democracia enquanto regime político (complexo de forças que orientam o agir estatal), pressupõe admitir-se o exercício do poder político em caráter de ação governamental como diretriz aplicável aos demais entes federados, com vistas à garantia do planejamento e coordenação (que contempla o controle), do estado de emergência na saúde. Isto, claro, se tais políticas não contrastem sob a lógica da responsabilidade com a vida¹⁰; o que não nos parece.

O cerne, portanto, das decisões proferidas, foram a de firmar-se intervenção jurisdiccional para proferir ordem tendente à impedir que o Poder Executivo Federal atuasse para desautorizar/desconstituir medidas tomadas pelos outros entes federados, que receberam o reconhecimento de sua capacidade de editar as políticas conforme diretrizes de seus órgãos sanitários que não destoassem das medidas gerais editadas pela União, que foi também redefinido com "ente central no planejamento e coordenação de ações integradas de saúde pública, além de financiador e apoiador da logística aos órgãos regionais e locais nesta emergência" (STF, 2021).

Desta feita, portanto, ao intervir para aplicar uma medida pedagógica - nos termos do Voto do Min. Relator (STF, 2020), tendente a ampliar a capacidade dos Estados e Municípios para legislar, a atuação do Supremo Tribunal Federal não foi consentânea à

realização destes princípios e objetivos do Estado Federativo Brasileiro¹¹.

Dos efeitos, infelizmente é necessário reconhecer, deriva o impedimento quanto à fixação de uma política única nas frentes de promoção, proteção e recuperação da saúde no âmbito do enfrentamento da emergência na saúde pública no Brasil.

CONCLUSÕES: O IDEAL CONSTITUCIONAL SOB O VIÉS REPUBLICANO

O ideal seria a existência de uma integração, em que o poder restasse exercido no âmbito de um processo planejado e coordenado pela União, sob um pacto republicano, a partir do exercício da competência constitucionalmente designada para cada ente, não como ocorreu diante do empuxo que forças políticas conflitantes.

Hoje, vê-se firmado um pacto republicano como se citou, esperando-se uma necessária atuação harmônica e conjunta dos entes federativos, a fim de se desenvolver ações administrativas tendentes à proteção a vida, da saúde e da economia.

Isto, a partir de uma concepção republicana para o agir, sob a mecânica do modelo federativo brasileiro, no âmbito da ordem interna e, a partir de uma lógica cooperativista, sob a prevalência dos direitos humanos, dirigida ao progresso dos povos. Não deixe-se de registrar aqui o advento dos 20 anos da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia¹² que proclama os objetivos de um "futuro de paz, assente em valores comuns, notadamente a partir do patrimônio espiritual e moral que se constituem valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano". Estes, assentados na democracia e no Estado de Direito, estabelece um espaço de segurança em que todas as pessoas detêm o direito à prevenção da doença e o seu tratamento através de políticas públicas e ações tendentes à proteção humana¹³.

A pretensão insere-se no norte ideal de quem pretende o bem-estar social e financeiro, fundado na liberdade, segurança, no desenvolvimento e na

¹⁰ Deste estado pandêmico algumas lições, dentre elas que a pretensão do homem exercer domínio sobre as coisas da vida, a partir de pretenso controle, acaba por ruir frente as incertezas. Cite-se o exemplo da Suécia, em que os dados da *FEE - Foundation For Economic Education*, hoje sugerem que a sua política de *laissez-faire* implementada por Anders Tegnell não seria catastrófica, tal como noticia a Agência de Notícias Reuters, na medida em que deteve as menores taxas de mortalidade comparativamente com a maioria dos países europeus. - (MARNOTO, 2021).

¹¹ A teor do art. 60, §4º, "a", da CF, "a forma federativa de Estado" constitui cláusula *pétrea*, ou seja, resta imune materialmente ao poder de reforma constitucional. Desde a soberania e a integridade nacional, BARROSO (2010, p. 181 *apud* STF, 2003) deduz que "sob a forma federativa do Estado Brasileiro a distribuição espacial do poder político contempla dois centros de poder: o central e o federado. A forma federativa de Estado procura conciliar o respeito

à diversidade de cada entidade política com elementos de unidade indispensáveis à preservação da soberania e da integridade nacionais. Existe, assim, um poder nacional (que é a soma do poder federal com o federado), um poder federal (titularizado pela União, limite material ao poder de reforma, o mesmo não se pode dizer sobre os limites ao poder constituinte derivado decorrente, que é exercido por Estados-membros. O STF tem entendido que o constituinte estadual está limitado não só pelo "princípio" da separação de poderes, mas também pelo "modelo" de separação de poderes instituído pelo constituinte originário. É o que a Corte tem denominado "princípio da simetria". Cf. Sérgio Ferrari, *Constituição Estadual e Federação*, 2003.

¹² E dos 70 anos da Convenção Européia dos Direitos do Homem.

¹³ Vide preâmbulo e artigo 30. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:303:FULL&from=PT>. Acesso em: 31 mar. 2021.

cooperação, e, portanto, sob o tema da efetividade dos direitos à saúde no Brasil no estado de Emergência da Saúde Pública, sob a indagação de qual têm sido o papel exercido por cada uma das instituições do Estado para a promoção dos direitos humanos.

Presta-se deferência à primazia das soluções legítimas que possam ser adotadas sob o regime político constitucional, dirigido à realização substancial dos: princípios; objetivos da República Federativa do Brasil; e dos direitos fundamentais sociais - em que se inserem as normas dirigidas à proteção da saúde (art. 6º, da CF).

Diga-se, neste ponto, que "a guarda do procedimento democrático para a tomada de decisões na seara majoritária é uma das principais atribuições do STF" (MARRAFON, 2021).

Não obstante, neste caso, o Poder Judiciário foi instado a se manifestar para pôr fim ao conflito federativo de consequências mais agudas de nossa história democrática, no passo em que as demandas traduziram-se em ações para o alcance da hegemonia no embate de forças entre autoridades com posicionamentos divergentes, manteve-se em jogo políticas a favor da vida e da saúde dos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, a partir de serviços de contenção e tratamento.

Sabe-se que este Poder é responsivo às demandas que lhe são apresentadas, ou seja, quedar-se-á inerte se não for provocado pela parte, na forma do mandamento do art. 2º, do Código de Processo Civil brasileiro, que se traduz na impossibilidade do juiz conhecer e quiçá se manifestar sobre pleito que a lei exige seja trazido pela parte¹⁴. Em outro lado também, abarca o do impulso oficial que se traduz no poder-dever do Poder Judiciário por marcha ao processo para uma solução.

Deste quadro vê-se que não têm sido possível que as soluções para os grandes problemas nacionais dêem-se no âmbito da política majoritária, na medida em que comumente, como neste caso, os próprios partidos políticos (responsáveis pela mediação da vontade popular), têm provocado o STF para obterem vitórias.

Nesse contexto a atuação concentrada da Corte muda de foco para, projetando a sua análise sobre possíveis "ofensas materiais à Constituição" (STF, 2020), "impor condutas positivas ou negativas do Poder Público em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009)".

Neste caso, ao propor-se à responder "como a União, Estados e Municípios devem agir (STF, 2020)", o Supremo Tribunal Federal (re)"definiu os contornos das

competências dos entes da federação no âmbito do federalismo (STF, 2020)" fixado originariamente pela Carta de 1988, intervindo assim no espaço destinado à outros poderes; o que se traduz em uma participação mais ampla no Poder Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, desaguando na essência do conceito de ativismo (BARROSO, 2009).

Nesta senda, mirando a realização do seu conteúdo – os direitos fundamentais, o STF revela uma intervenção substancialista para a aplicação da Constituição.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341/DF. Relator: Ministro André Mendonça. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 6º, de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Despacho do Presidente da República. Mensagem nº 93. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despacho-do-presidente-da-republica-248641738>. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 17 jan. 2023.

não se pode falar em prestação jurisdicional, de regra, sem que haja provocação do interessado, que terá a prerrogativa de acionar o Poder Judiciário, a partir do exercício de seu direito constitucional fundamental de ação".

¹⁴ "Art. 2. O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei. Nele restam contidos os princípios dispositivo e da inércia da jurisdição". Segundo HELLMAN (2000, p. 7): "a atividade jurisdicional é uma "atividade provocada", do que decorre a conclusão de que

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2020 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13898.htm. Acesso em: 17 jan. 2022.

BRASIL. Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020. Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-188-de-3-de-fevereiro-de-2020-241408388>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341, de 15 de abril de 2020. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.228/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 1 de agosto de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747914421>. Acesso em: 17 jan. 2023.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e Competência. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O Desafio da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, p. 291 – 300, 2003.

HELLMAN, Renê. Comentários ao Código de Processo Civil. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

LEITE, Luiz. Jayme Campos critica postura negacionista de Bolsonaro na pandemia. Gazetadigital. Disponível em: <https://www.gazetadigital.com.br/imprime.php?cid=646473&sid=152>. Acesso em: 17 jan. 2023.

MARNOTO, Luigi. Suécia sem *lockdown* tem uma das menores taxas de mortalidade da Europa. Sensoincomum.org, 30 mar. 2021. Disponível em: <https://sensoincomum.org/2021/03/30/suecia-sem-lockdown-tem-uma-das-menores-taxas-de-mortalidade-da-europa/>. Acesso em: 17 jan. 2023.

MARRAFON, Marco Aurélio. Parâmetros para o Controle Jurisdicional do Processo Legislativo. Conjur, 1 mar. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-01/constituicao-poder-parametros-controle-jurisdicional-processo-legislativo>. Acesso em: 17 jan. 2023.

SERVIÇOS E INFORMAÇÕES DO BRASIL. OMS declara emergência de saúde pública internacional para novo coronavírus. gov.br, 30 jan. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/01/oms-declara-emergencia-de-saude-publica-internacional-para-novo-coronavirus>. Acesso em: 17 jan. 2023.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos direitos fundamentais da União Européia. Jornal Oficial, 2007. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:303:FULL&from=PT>. Acesso em: 31 mar. 2021.

VERDÉLIO, Andréia. Governo e Congresso Nacional criam comitê de combate à COVID-19. agenciabrasil.ebc.com.br, 24 de mar. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2021-03/governo-e-congresso-criam-comite-de-combate-a-covid>. Acesso em: 17 jan. 2022.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. WHO Director-General's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV). Disponível em: [https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihf-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihf-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov)). Acesso em: 17 jan. 2023.

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 indeterminacy 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, científicidade 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 atendesse 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 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 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://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 08/11/2021.

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 08/11/2021.

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

CONSIDERAÇÕES JURÍDICAS E SOCIAIS ACERCA DA SÍNDROME DE BURNOUT NO TRABALHO: A INVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DAS MULHERES



Andrielly Prohmann Chaves Zanella¹

Os direitos da personalidade são direitos subjetivos, inerentes a todas as pessoas, e contam com a proteção do ordenamento jurídico, sobretudo, para o trabalhador inserido em relações que o coloquem em desigualdade perante os demais. Nesse sentido, extrai-se da presente pesquisa que algumas atitudes dos empregadores incorrem em violações a esses direitos, que podem ocasionar diversos reflexos no empregado, atingindo seu aspecto físico e mental. Assim, o fito deste trabalho é investigar se as violações aos direitos da personalidade podem ocasionar a síndrome de Burnout, sobretudo em mulheres. Pretende-se analisar como a rotina feminina, dividida entre as atividades externas, domésticas e pessoais podem refletir para este quadro, principalmente, considerando a sociedade do cansaço de Byung-Chul Han como panorama. O artigo se justifica pela importância do tema, considerando que a incidência da Síndrome acomete um número expressivo de trabalhadoras, sendo necessário que o ordenamento jurídico motive a discussão sobre o tema, a fim de suscitar soluções sociais e jurídicas. Para tanto foi utilizado o método dedutivo bibliográfico, com extração de dados de revistas científicas e doutrinas. Conclui-se, portanto, que a Síndrome de Burnout está conectada com o ambiente de trabalho, e considerando que a mulher realiza duplas ou triplas jornadas, somatizadas ao ambiente doméstico, torna-se mais vulnerável para o acometido da Síndrome. É possível diminuir seus sintomas com mudanças no próprio local de trabalho, assim como, fortalecer a fiscalização de leis já existentes.

Palavras-Chaves: Síndrome De Burnout; trabalho; mulheres; sociedade cansaço

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Pós-graduada em Processo Penal. Especialização em Direitos Humanos e Cidadania pelo programa de Pós-Graduação Stricto Sensu pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos da saúde e Empresas Médicas Miguel Kfoury Neto.
ORCID:0000-0002-6786-5098 LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3678767336872485>. E-Mail: andriellyp@yahoo.com.br

LEGAL AND SOCIAL CONSIDERATIONS ABOUT THE BURNOUT SYNDROME AT WORK: THE INVOLUTION OF WOMEN'S PERSONALITY RIGHTS



Fernando Gustavo Knoerr²

Personality rights are subjective rights inherent to all people, and have the protection of the legal system, especially for the worker inserted in relationships that place him in inequality before others. In this sense, it is extracted from the present research that some attitudes of employers incur violations of these rights, which can cause different effects on the employee, affecting their physical and mental aspect. Thus, the aim of this work is to investigate whether violations of personality rights can cause Burnout syndrome, especially in women. It is intended to analyze how the female routine, divided between external, domestic and personal activities, can reflect on this situation, especially considering the tiredness society of Byung-Chul Han as a panorama. The article is justified by the importance of the subject, considering that the incidence of the Syndrome affects a significant number of workers, and it is necessary that the legal system motivates the discussion on the subject, in order to raise social and legal solutions. stands out in the context of labor relations. For that, the bibliographic deductive method was used, with data extraction from scientific journals and doctrines. It is concluded, therefore, that the Buornt Syndrome is connected with the work environment and considering that the woman performs double or triple shifts, somatized to the domestic environment, she becomes more vulnerable by the person affected by the Syndrome. It is possible to reduce its symptoms with changes in the workplace itself, as well as strengthening the enforcement of existing laws.

Keywords: Burnout syndrome; job; women; tired society.

² Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Professor do Mestrado e Doutorado - UNICURITIBA - PR. Professor do Mestrado na UCAM - RJ. Foi Procurador Federal de Categoria Especial e Juíz do TRE-PR. Advogado Sênior do Escritório Séllos Knoerr - Sociedade de Advogados. Escritor, Pesquisador e Palestrante.

INTRODUÇÃO

Durante o cenário das Revoluções Industriais a administração empresarial transformou os modelos de produção, principalmente em relação à força de trabalho humano, que exigiu um aumento da produtividade e por fim, do lucro.

Posteriormente, durante a década de 90, a globalização se intensificou, e conseqüentemente, as corporações geraram mais competitividade entre si, reverberando no desempenho dos trabalhadores e nas exigências por maiores resultados.

Nesse cenário, apesar da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, estabelecer a inviolabilidade de direitos intrínsecos a personalidade de todo cidadão- como a proteção ao trabalho- nota-se muitos episódios de violações.

Destaca-se, principalmente, que essas violações se intensificam na sociedade atual, gerando uma exaustão provocada pelo próprio indivíduo ou de seus superiores a fim de maximizar a produção.

A partir destas características os indivíduos apresentam patologias como depressão, o transtorno de déficit de atenção, hiperatividade (TDAH), e a Síndrome de Burnout.

Sendo assim, o principal problema da pesquisa é compreender como a atual crise na violação dos direitos da personalidade impacta na saúde dos trabalhadores, sobretudo, em mulheres vítimas da Síndrome de Burnout.

Elencou-se como objetivos a investigação dos impactos das violações dos direitos da personalidade nas relações de trabalho, principalmente, em mulheres, bem como, a análise da Burnout com suas conseqüências e possíveis soluções jurídicas e sociais.

Justifica-se a pesquisa pela relevância do assunto, que abrange os operadores do direito, e toda a sociedade, considerando que o fenômeno ganha destaque no contexto das relações trabalhistas.

Para tanto, o artigo foi dividido em três segmentos: primeiramente apresenta-se os direitos da personalidade, com seu conceito e classificação, para, em seguida, estabelecer o princípio da dignidade da pessoa como dimensão dos direitos do trabalhador, ou seja, como se dá a dignidade da pessoa natural inserida na relação de emprego.

Após, passa-se a expor sobre a síndrome de Burnout, realizando um estudo de sua evolução e características. Frisa-se também a teoria de Byung-Chul Han, destacando a sua relação com a sociedade do cansaço.

Por fim, tendo aprofundadas as questões anteriores, procura-se trazer o cenário atual, descrevendo o conflito trabalho-família-satisfação pessoal da mulher, com uma análise da superação do problema sob viés jurídico e social.

Utilizou-se o método dedutivo bibliográfico, principalmente, com a análise de dados do Direito Trabalhista, com utilização de doutrinas clássicas e artigos científicos.

Não há intenção de se esgotar a problemática, pois se trata de uma temática extensa e que ainda pendura na sociedade. Contudo, mediante a revisão sistemática acerca do tema espera-se proporcionar parâmetros para uma eficaz reflexão sobre a proteção dos direitos da personalidade.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 ESTADO DA ARTE

Realizou-se um levantamento dos trabalhos já publicados sobre a temática de interesse na base de dados do "Google Acadêmico", plataforma "EBSCO" e na Revista dos Tribunais, de agosto de 2021 até agosto de 2022.

Os descritores utilizados foram: "Burnout Society, direitos personalidade, trabalho, mulheres".

O período considerado para este levantamento foi de 2010 até 2022, uma vez que a Síndrome se potencializou após o período intenso da globalização.

Destaca-se que o tema tem relação com a disciplina de Tutela dos Direitos de Personalidade na Atividade Empresarial, cursada no Programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA, enquadrando-se na ementa, que prevê a discussão da dos instrumentos garantidores da eficácia constitucional em face à inclusão da tutela dos direitos de personalidade na atividade empresarial.

Ainda, é pertinente com a proposta do Mestrado, que visa constituir um diálogo entre os conteúdos do Direito Empresarial sob viés da cidadania.

2 DIREITOS DA PERSONALIDADE E TUTELA CONSTITUCIONAL AO TRABALHADOR

Os Direitos da Personalidade são àqueles que visam proteger valores inatos como a vida, intimidade, honra, integridade física, ou seja, as qualidades e atributos mínimos ao ser humano. Segundo Pontes de Miranda (2000, p. 39) eles são:

Os direitos necessários à realização da personalidade e à sua inserção nas relações jurídicas, - afirma ainda - que o primeiro desses direitos é o da personalidade em si mesma, explicando que, não se trata de direito sobre a pessoa. O Direito da personalidade como tal não é direito sobre a pessoa: é o direito que se irradia do fato jurídico da personalidade.

Esses direitos surgem a partir da concepção do indivíduo, e excepcionalmente, podem se estender após a morte, nesse sentido, de acordo com Szaniawski:

A tutela do direito geral da personalidade abarca toda atividade da personalidade humana, protegendo os bens jurídicos da vida, da integridade corporal, da saúde, da liberdade, da privacidade, entre outros, destinados ao desenvolvimento de todo o homem como ser individual (2005, p. 170).

Ainda, pontua-se que possuem natureza jurídica de direitos subjetivos¹, uma vez que propiciam ao ser humano uma vida digna, em suas mais diversas acepções, sem os quais seria impossível o seu desenvolvimento.

Ademais, eles podem ser classificados em relativos à integridade física, como à saúde e segurança; relativos à integridade moral, como a proteção à imagem, honra, dignidade e privacidade, e integridade intelectual como a liberdade de expressão.

Os doutrinadores Luiz Eduardo Gunther e Marcelo Ivan Melek reforçam a importância dos Direitos da Personalidade, destacando que se referem:

tanto a direitos da própria pessoa como aqueles que podem ser projetados para fora dele próprio, tutelando os indivíduos de forma mais ampla possível, sendo caracterizado por serem: absolutos, extrapatrimoniais, necessários e vitalícios, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados e imprescritíveis (portal eletrônico, p.4).

Ele encontra fundamento legal internacional por meio da Carta Universal dos Direitos Humanos de 1948, visto que em seu artigo 12, discorre que: "Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação", frisando que "Toda pessoa tem direito à proteção da lei, contra tais interferências ou ataques".

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 houve um redimensionamento do conceito do valor da pessoa humana, nesse sentido, o artigo primeiro que elenca como fundamento do Estado brasileiro a dignidade da pessoa humana.

Considerando que eles são intrínsecos à própria condição humana, bem como, não representam rol taxativo, é necessário aplicá-los a toda relação jurídica, principalmente a empregatícia.

Não é incorreto reportar que a proteção dos direitos se funde na própria linha do tempo do direito do trabalho, Mário de La Cueva pontua que:

¹ Os direitos subjetivos são aqueles que estão garantidos efetivamente pela legislação

² "El derecho del trabajo nace cuando los hombres se dan cuenta del abismo que media entre la realidad social y su regulación jurídica, o bien, el derecho del trabajo nace cuando perciben los hombres que uno es el principio de la libre determinación de las acciones y otra cuestión distinta

O direito do trabalho nasce quando os homens percebem o abismo que faz a mediação entre a realidade social e sua regulamentação jurídica, ou então, o direito do trabalho nasce quando os homens percebem que um é o princípio da livre determinação das ações e outro sua eficácia social é outra questão, ou ainda, um é o problema puramente psicológico da livre determinação da conduta e outro é o problema de poder impor a vontade individual nas relações sociais; o regime do contrato permitia impor a vontade do empregador, mas não a do trabalhador (DE LA CUEVA, 1966, 266) (tradução da autora²).

Destaca-se, nesta mesma esteira de entendimento:

O Direito do Trabalho busca um sistema de proteção mínima que preserve a dignidade da pessoa humana trabalhadora; nessa perspectiva, os direitos da personalidade tentam compensar a diferença sócio-econômica existente no seio das relações capitalistas de trabalho (VALIO, 2006, p. 61)

Considerando que os Direitos da Personalidade se estendem a relação laboral, é necessário ressaltar que eles não devem ser preservados apenas na fase de contratação, devem ser protegidos principalmente no curso na relação de trabalho. Patrícia Pereira Gonçalves ensina que:

verificam-se, na prática, diversas situações em que os empregados, legitimado pelos poderes diretivo e disciplinares, invade a esfera íntima de seus subordinados, com o fito de controlar suas atividades, incrementar seu empreendimento, evitar faltas graves e tantos outros propósitos (2008).

Ainda, Barzotto (2006, p. 119), pontua que "o direito busca que o empregado seja protegido de danos, nos aspectos subjetivos da sua personalidade, durante toda a relação contratual: na contratação, durante a execução da prestação do serviço e após esta".

Nesse cenário, ressalta-se a importância da Consolidação das Leis de Trabalho, sobretudo, da Lei 9.799, de 1999, que inseriu um novo artigo na CLT (373-A) que fixa critérios antidiscriminatórios relevantes no sobre a mulher trabalhadora.

Desta forma, a legislação, bem como, os princípios norteadores do ordenamento jurídico direcionam para uma postura ética nas relações de trabalho, que deve ser pautada na não-discriminação e na igualdade.

su efectividad social, o todavia, uno es el problema puramente psicológico de la libre determinación de las conducta y otro el problema de poder imponer la voluntad individual en las relaciones sociales; el régimen del contrato permitia imponer la voluntad del patrono, pero no la del trabajador."

A proteção dos direitos da personalidade é necessária, considerando a vulnerabilidade do empregado, portanto, tem-se justificada a importância de sua incidência no meio ambiente de trabalho, passando-se a expor de que forma esses direitos são violados atualmente.

2.1 AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Frisa-se que a proteção dos direitos da personalidade se estende quanto à pessoa em si - como indivíduo - e como posição perante a sociedade, como é o caso da esfera trabalhista, em que é recorrente a prática de atos do empregador que geram, como consequência, a violação a integridade física e moral do empregado.

Considerando a globalização e o avanço das tecnologias, muitas empresas competem entre si visando a maior produtividade, e para se colocar em melhor posição no mercado de trabalho impõem condições empregatícias sem considerar os direitos e garantias trabalhistas, sobretudo, àqueles que visam preservar os direitos da personalidade.

Segundo Carlos Henrique Leite:

Na relação empregatícia o empregador exerce poderes como corolário do direito de propriedade, ficando o trabalhador num estado de subordinação jurídica e econômica e, em razão disso, o ambiente de trabalho se torna fértil para as lesões aos direitos da personalidade do trabalhador (2001, p. 52).

Nesse sentido, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sua Recomendação 193 elencou o conceito de "emprego decente", visando diminuir o trabalho pejorativo e formas de discriminação.

Na oportunidade o Conselho de Administração de Secretaria Internacional do Trabalho reconheceu que a globalização criou diferentes exigências, e com isso surgiram problemas e desafios, sendo necessário que o emprego não se torne uma mercadoria, diminuindo as qualidades do trabalhador.

No entanto, esse cenário ainda persistente, sendo marcado pelos sistemas taylorista/fordista que retirar qualquer participação mais expressiva na organização do processo do trabalho, mitigando o operário a atividades repetitivas e desprovidas de sentido, originando uma contradição entre autonomia e heteronímia, resultando em uma exploração da força de trabalho (MARQUES, 2018).

Além disso, considerando a natureza da relação de empregado e empregador, é visível a colisão entre o poder diretivo dos empregados e os direitos das personalidades dos empregados.

É possível ferir os direitos da personalidade do trabalhador em diversas situações. A professora Ana Paula Pavelski descreve que os avanços tecnológicos auxiliam na fiscalização, porém, podem ferir a individualidade e intimidade do empregado (2008).

Frisou a ocorrência de assédio moral na relação de emprego, representada por condutas reiteradas e repetitivas, direcionadas que afetam a dignidade do trabalhador

De todo o exposto, é correto afirmar que a natureza da relação empregatícia é um fator que contribui para a frequente violação aos direitos da personalidade do empregador, de modo que, a presente pesquisa analisará quais particularidades da sociedade atual potencializam esses atos, bem como, qual classe de gênero é mais atingida.

3 A SOCIEDADE DO CANSAÇO E A SÍNDROME DE BURNOUT

O professor Byung-Chul Han³ ensina que cada época possui suas patologias, e apesar da sociedade atual não possuir deficiências imunológicas, o século XXI é marcado por doenças neuronais.

Em sua obra, destaca a intensa positividade que aflige a sociedade, resultando em superprodução, super - desempenho e super - comunicação.

Nesse sentido, informa que a sociedade disciplinas de Foucault se tornou a sociedade do desempenho "A sociedade do século XXI não é mais a sociedade disciplinar, mas uma sociedade de desempenho. Também seus habitantes não se chamam mais "sujeitos da obediência", mas sujeitos de desempenho e produção. São empresários de si mesmos" (2015, p. 14).

Esse excesso de positividade se manifesta como excesso de estímulos e informações, que corroborada com a era da informação acarreta uma sobrecarga de trabalho. Isto porque, o homem precisa de um ambiente para atenção profunda, quando ela é dispersada em diversas atividades gera-se inquietação.

Diante deste cenário, Han nomeia esta sociedade ativa como sociedade do cansaço, que é aquela em que o ser humano, embora livre e conectado, estão sujeitos a doenças neurais pelo excesso de exposição a informações.

Coadunado com a precarização do trabalho, a competitividade e a busca pelo lucro apontam-se que a Síndrome de Burnout atinge a população de forma avassaladora, uma vez que que "Tanto a depressão quanto o Tdah ou o SB apontam para um excesso de positividade. A SB é uma queima do eu por superaquecimento, devido a um excesso de igual" (2015, p. 12).

³ É um dos principais filósofos que estuda distúrbios recorrentes na sociedade capitalista atual, como a síndrome de Burnout.

A expressão inglesa significa aquilo que deixou de funcionar por exaustão de energia, ou seja, a síndrome é uma resposta emocional a situações de estresse crônico em função de relações interpessoais constantes, afetivas e intensas em situações de trabalho.

Nádia Maria Beserra Leite ensina que a primeira descrição técnica foi desenvolvida pelo psiquiatra Freudenberger, a propósito:

Ao analisar estranho padrão de comportamento em voluntários que trabalhavam com ele em um serviço alternativo de atendimento a dependentes químicos. Esses voluntários, presumivelmente motivados para o trabalho, vez que o desenvolviam por livre escolha, passaram a apresentar, após algum tempo, diminuição gradual de energia, perda de motivação e de comprometimento, além de outros sintomas de caráter psíquico, físico e comportamental (LEITE, 2007, p. 17)

Nesse cenário a síndrome por ser entendida como o estado mental de exaustão que acomete o indivíduo após intenso estresse laboral, sendo importante diferenciar do estado de estresse, pois, apesar de se relacionarem e se confundirem, o Burnout é resultado do estresse laboral crônico, enquanto o estresse possui relação com atividade hormonal e comportamento.

Trata-se de um fenômeno psicossocial constituído originalmente de três dimensões: Exaustão Emocional, Despersonalização e Baixa Realização Profissional. Descrever

Segundo Maslach e Jackson (1981), podem ser caracterizadas três dimensões fundamentais do trabalho que definem qual o grau da doença: alto, moderado ou baixo:

Desgaste ou Exaustão Emocional (EE): sentimento de sobrecarga emocional, caracterizado pela perda de energia, esgotamento e fadiga constante, sintomas que podem afetar o indivíduo física, psicologicamente ou das duas formas, além da redução de capacidade de produção e vigor no trabalho. Despersonalização (DE): ansiedade, irritabilidade e perda de motivação. Sentimentos egoístas, negativos, passa então a isolar-se dos outros, mantendo uma atitude desumanizada em relação às pessoas. Falta de Realização Pessoal (RP): depressão, baixa produtividade, baixa autoestima e redução das relações interpessoais.

Ressalta-se que esse estado de esgotamento físico ou mental está intrinsecamente ligado à vida profissional, o indivíduo que é acometido indica sinais de raiva, apatia, irritação, frustração, assim como, possui fadiga, dores de cabeça, distúrbios gastrointestinais, diminuição de sono e falta de ar.

Nesse sentido, a Portaria/MS nº 1.339/1999, reforça que a Síndrome de Burnout está contida no

grupo V dos Transtornos Mentais e do Comportamento relacionados com o trabalho, com o código correspondente Z73 do CID 10 (Código Internacional de Doenças), e ainda, a Lei nº 3.048/99 reconhece a Síndrome de Burnout como doença ocupacional.

Considerando, portanto, que a Burnout está ligada ao esgotamento no âmbito trabalhista, resta verificar se esses fatores podem ser associados principalmente em indivíduos femininos considerando seus excessos de funções e metas, jornadas extensas e maiores níveis de exaustão emocional, conforme passará a ser exposto a seguir.

3.1 A SÍNDROME DE BURNOUT APLICADA À MULHERES – O CONFLITO TRABALHO –FAMÍLIA- SATISFAÇÃO PESSOAL

Conforme visto anteriormente, as violações aos direitos da personalidade podem ocasionar diversas doenças, principalmente para os indivíduos que já possuem rotinas exaustivas, como é o caso da população feminina que ultrapassa três jornadas diárias.

O levantamento Women in the Workplace 2021 mostrou que 42% das entrevistadas sofrem com sintomas de estresse. Muito disso está justamente ligado a rotinas excessivas, alta cobrança, busca por resultados e uma suposta perfeição.

Além disso o esgotamento mental/emocional aumentou entre as pertencentes a minorias étnicas no Brasil, destaca-se que metade delas (54%) sentem os efeitos do Burnout (Women in the Workplace, 2021).

Isto ocorre, pois, a mulher multiplicou suas funções, porém, não houve a divisão de responsabilidades, uma vez que a divisão de tarefas domiciliares não ocorreu de maneira igualitária entre os membros familiares, o que gera sobrecarga para as mulheres. (PRADO et al., 2012).

Além disso, em muitos locais de trabalho existe um ambiente que induz um conflito trabalho-família, que surge quando a pressão do trabalho extrapola essa esfera e é projetada na família, isso ocorre quando há incompatibilidade por tempo ou exigências entre as duas áreas, Diogo Santos Valério destaca que "pode existir conflito gerado pelo trabalho que o indivíduo transporta para a família como pode existir conflito gerado pela família que o indivíduo transporta para o trabalho" (2018, p. 4).

O mesmo autor pontua que tanto homens como mulheres sentem este efeito, no entanto as mulheres economicamente mais debilitadas são aquelas que sentem mais os efeitos do conflito trabalho-família.

Nesse sentido, é importante mencionar o estudo realizados por Al-omar (2003), que verifica que as mulheres casadas e os imigrantes são mais suscetíveis de sentir os efeitos do stress no trabalho que os homens, solteiros e pessoas nativas.

A pesquisadora Leda Maria Messias da Silva constatou em sua pesquisa que o meio ambiente do trabalho compreende não apenas o local em que o trabalhador presta serviços, mas, também, todos os fatores internos ou externos que o influenciam, reportando que, invariavelmente, todos os aspectos devem ser notados para que haja equilíbrio ou desequilíbrio no meio ambiente laboral (SILVA, 2013, p. 24-25).

A síndrome de Burnout, neste panorama, aparece principalmente no sexo feminino, principalmente com maiores níveis de exaustão emocional, provavelmente por consequência, consequência da jornada extensa e ambiente de trabalho desgastante.

3.2 SUPERAÇÃO DO PROBLEMA: PROTEÇÃO JURÍDICA E MUDANÇA SOCIAL.

A satisfação no trabalho é consequência do interessante do indivíduo na função, ou seja, haverá satisfação quando há oportunidades de carreira; se o colaborador possui responsabilidades e autonomia; satisfação do salário; das políticas da empresa; da segurança e nos relacionamentos com os colegas de trabalho.

É possível afirmar, portanto, que é a satisfação no trabalho está intrinsecamente ligada à qualidade de vida, que pode ser projetada no ambiente social e doméstico.

Desta forma, elenca-se a mudança social como uma das principais superações do problema, considerando que a empresa pode e deve investir em ações que promovam melhores estruturas para seus colaboradores.

Em relação ao ordenamento jurídico, observa-se que a saúde do trabalhador está pautada na Constituição Federal como direito fundamental, conforme se constata da interpretação conjunta dos artigos 5º, caput; 6º; 200, inciso VIII; e 225, caput.

Nesse sentido, percebe-se um contraste entre a legislação e a realidade dos fatos, como é o exemplo do controle e fiscalização da jornada de trabalho.

Sobre esse tema, a autora Thassya Prado afirma que: "A falta de regulamentação e o uso das tecnologias, principalmente, aplicativos de mensagens instantâneas resulta em uma subordinação contínua e uma disponibilidade diuturna, criando uma escravidão psicológica" (2019, portal eletrônico).

O Tribunal Superior do Trabalho dispôs no Enunciado nº 39 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho que é dever do empregador e do tomador dos serviços zelar por um ambiente de trabalho saudável também no ponto de vista da saúde mental, coibindo práticas tendentes ou aptas a gerar danos de natureza moral ou emocional aos seus trabalhadores, passíveis de indenização.

Diante deste fato, as empresas devem promover atitudes voltadas para essa satisfação individual, evitando a exclusão e humilhação dos empregados.

É necessário que compreenda os fatores individuais de cada trabalhador, destacando que as tomadas de decisões dos supervisores sejam transparentes, com o devido reconhecimento das contribuições do trabalho.

É nesse sentido que a professora Ana Pavelski ensina:

se a empresa é decorrente de uma ação humana, por certo que sua finalidade também deve ser o bem: "A busca do lucro se mistura de maneira inseparável com a busca do bem comum"³⁵. Assim, o bem somente pode ser alcançado se as ações e atitudes humanas forem pautadas por valores, princípios coletivos de conduta, mormente a dignidade da pessoa humana³⁶. Se a atividade empresarial (pautada na livre-iniciativa) deve resguardar a dignidade da pessoa humana, e ela (empresa) é que origina o contrato de trabalho, e este, por sua vez, o poder diretivo do empregador, está claro que se espraia para esse contrato e para as relações entre empregadores e empregados a mesma dignidade da pessoa humana mencionada (2008, p. 21)

Portanto, todos os direitos da personalidade do trabalhador devem ser respeitados para que haja um equilíbrio no meio ambiente de trabalho e, consequentemente, para que este se torne digno.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal e a Carta de Direitos Humanos elencaram os direitos da personalidade como inerentes a própria existência do indivíduo.

Essa proteção se estende na relação laboral, de forma que o empregado não pode ser obrigado a cumprir ordens que prejudiquem sua dignidade ou que exerçam atividades que lhe sobrecarreguem.

A falta de ética profissional gera ações de desqualificação, humilhação entre os demais colegas, e a pressão imposta pelas empresas impõem um espaço tóxico de estresse, que coadunado com o estresse familiar, pode ocasionar disfunções mentais.

Nesse sentido, destacou-se que cada época possui suas mudanças, extrai-se que as empresas atuais estão associadas ao sucesso, que é marcado pela concorrência dos preços e qualidade de serviços e produtos, o que por consequência, geram maiores responsabilidades domésticas e profissionais, que coadunadas com o estresse dos conflitos pode induzir a diversas doenças, como o caso da Síndrome de Burnout.

A SB já se encontra registrada no CID 10 e as leis brasileiras de auxílio-doença ao trabalhador já a reconhecem como uma doença causada pelo trabalho.

A presente pesquisa destacou que SB é um processo, e não um estado, as causas são construídas através de fatores como exaustão emocional, despersonalização e baixa realização profissional, e afeta principalmente, o sexo feminino.

Conclui-se, portanto, que a satisfação do trabalho é um forte fator que influencia para as demais esferas pessoais, para tanto, é necessário um meio ambiente do trabalho equilibrado que respeite as garantias fundamentais inerentes ao trabalhador e que preserve sua integridade física, mental e moral.

É importante ressaltar que para uma empresa cidadã deve-se elencar que o trabalhador não é um meio de utilização para interesses de terceiros, sua dignidade é um valor absoluto que deve ser protegido.

REFERÊNCIAS

- AL-OMAR, B. A. (2003). Sources of work-stress among hospital-staff at the Saudi. *JKAU: Econ. & Adm.*, 17, 3-16.
- BARZOTTO, Luciane Cardoso. Responsabilidade civil do empregador. In: STURMER, Gilberto. (Org.). *Questões Controvertidas de Direito do Trabalho e Outros Estudos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 117-132.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- CARLSON, S., & Grywacz, G. (2008). Reflections and Future Directions on Measurement in work-family research". In K. Korabik, D. S. Lero & D. L. Whitehead (Eds.), *Handbook of work-family integration: research, theory, and best practices*. London: Academic Press, 57-73.
- DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Rio de Janeiro: UNIC, 2009 [1948]. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 17. julho.2022.
- DE LA CUEVA, Mario. *Derecho mexicano del trabajo*. México: Porrúa, 1966, p. 266-267
- CLT. Decreto-lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho.
- GONÇALVES, Patricia Pereira. A tutela jurídica dos direitos da personalidade do trabalhador. 2008. 61 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008.
- GUNTHER, Luiz Eduardo; MELEK, Marcelo Ivan. A EFETIVIDADE E A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CONTRATO LABORAL: Novas Possibilidades. Dialnet
- HAN, Byung-Chul. *Sociedade do cansaço*. tradução de Enio Paulo Giachini. - Petrópolis, RJ : Vozes, 2015.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- LEITE, Nádia Maria Beserra. *Síndrome de Burnout e relações sociais no trabalho : um estudo com professores da educação básica*. 2007. 168 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia)-Universidade de Brasília, Brasília, 2007.
- MARQUES, Ana Paula Lemos Baptista. *Inteligência artificial no meio ambiente de trabalho e a violação aos direitos da personalidade*. Dissertação. Unicesumar.
- MASLACH, C.; JACKSON, S. E. The measurement of experienced Burnout. *Occup. Behav.*, v. 2, p. 99-113, 1981.
- MIRANDA, Ponter de. *Tratado de Privado*. Campinas: Brookseller, 2000. p. 39.
- PAVELSKI, Ana Paula. *Tutela dos Direitos da Personalidade na Atividade Empresarial*, Juruá Editora, 2008.
- PRADO, R. M., Fleith, D. S., & Gonçalves, F. C. O. (2011). Desenvolvimento do talento em uma perspectiva feminina. *Psicol. cienc. prof.* [online]. 31 (1), 134-145.
- PRADOM Thayssa. *Síndrome de Burnout, Direito à Desconexão e a Legislação Francesa*. Disponível em: <https://tpradolopes.jusbrasil.com.br/artigos/803744275/sindrome-de-burnout-direito-a-desconexao-e-a-legislacao-francesa> Acesso em: 16. Ju. 2022.
- SILVA, Leda Maria Messias da; PEREIRA, Marice Taques. *Docência (in)digna: o meio ambiente laboral do professor e as consequências em seus direitos da personalidade*. São Paulo: LTr, 2013.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- Valério, Diogo Santos. *Impacto do conflito trabalho-família no burnout, stress e satisfação no trabalho*. Dissertação. Escola Superior de Tecnologia e Gestão. Instituto Politecnico de Leiria. Disponível em: <https://iconline.ipleiria.pt/bitstream/10400.8/3275/1/2%C2%AA%20vers%C3%A3o%20-%20tese%20final.pdf>. Acesso em: 08. jul. 2022.
- VÁLIO. Marcelo Roberto Bruno. *Os direitos de personalidade nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.
- Women in the Workplace. *WOMEN IN THE WORKPLACE: ABOUT THE STUDY*. 2021. Disponível em: <https://womenintheworkplace.com/>. Acesso em: 05 jul. 2022.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: DIRETRIZES E IMPLICAÇÕES PARA UMA SOCIEDADE PANDÊMICA



Sergio Fernando Moro ¹

O presente estudo investiga as diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). A problemática versa sobre as mudanças acarretadas pela lei, sua entrada parcial em vigor em 18 de setembro de 2020, em plena pandemia e as principais implicações para a sociedade. Para tanto, utilizou-se a metodologia hipotético-dedutiva, baseada na pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos publicados em revistas especializadas, bem como na legislação brasileira e jurisprudência sobre o tema. Um dos resultados do presente trabalho está na constatação de que a LGPD representa marco na autodeterminação informativa, bem como pilar do uso correto de dados e dos direitos fundamentais dos titulares que irá atingir milhões de empresas, inclusive, não brasileiras, impondo inúmeras adequações estruturais e culturais. Adicionalmente, conclui-se que grande parcela das empresas brasileiras não está preparada para as mudanças, muitas sequer conhecem a lei. Por fim, como resposta à problemática proposta, evidencia-se a urgência de adequação das empresas às novas diretrizes, independentemente da discussão em torno da data de início de vigência integral da lei, diante do árduo desafio que terão de enfrentar para se adequarem.

Palavras-Chaves: Lei Geral de Proteção de Dados; Diretrizes. Implicações; Vigência.

¹ Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Foi Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil de 01/2019 a 04/2020. Foi Juiz Federal da 13.ª Vara Criminal Federal de Curitiba/PR, especializada em crimes financeiros, de lavagem de dinheiro e praticados por grupos criminosos organizados. Cursou o *Program of Instruction for Lawyers* na *Harvard Law School* em julho de 1998. Participou do *International Visitors Program* organizado em 2007 pelo Departamento de Estado norte-americano com visitas a agências e instituições dos EUA encarregadas da prevenção e do combate à lavagem de dinheiro. Lecionou entre 2007 a 2016 como Professor Adjunto de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Paraná - UFPR. É Professor contratado da graduação e pós-graduação do Unicuritiba - Centro Universitário Curitiba e do Uniceub - Centro Universitário de Brasília. Recebeu o título de *Doctor of Laws, honoris causa*, pela *University of Notre Dame du Lac, South Bend, Indiana*, em 2018. E-mail: mestrado@unicuritiba.edu.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7449-203>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9501542333009468>. Em 2023 elegeu-se a Senador pelo Estado do Paraná.

GENERAL DATA PROTECTION LAW: GUIDELINES AND IMPLICATIONS FOR A PANDEMIC SOCIETY



Adriane Garcel ²

This study investigates the guidelines of the General Data Protection Law (LGPD). The problem concerns the changes brought about by the law, its partial entry into force on September 18, 2020, in the middle of a pandemic and the main implications for society. For that, we used the hypothetical-deductive methodology, based on bibliographic research in books and scientific articles published in specialized magazines, as well as in Brazilian legislation and jurisprudence on the subject. One of the results of the present work is the verification that the LGPD represents a milestone in the informative self-determination, as well as a pillar of the correct use of data and the fundamental rights of the holders, which will reach millions of companies, including non-Brazilian ones, imposing innumerable structural adaptations and cultural.

² Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP. Pós-graduada em Ministério Público - Estado Democrático de Direito - pela Fundação Escola do Ministério Público - FEMPAR. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho - EMATRA. Assessora Jurídica do TJPR, Mediadora Judicial e Docente de Ciência Política e Teoria Geral do Estado no Curso de Direito da Faculdade Anchieta. E-mail: adriane.garcel@tjpr.jus.br - Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>.



Karen Paiva Hippertt³

Additionally, it is concluded that a large portion of Brazilian companies are not prepared for the changes, many do not even know the law. Finally, in response to the proposed problem, there is an urgent need to adapt companies to the new guidelines, regardless of the discussion around the date when the law will come into full force, given the arduous challenge they will have to face in order to adapt.

Keywords: General Data Protection Law; Guidelines; Implications; Validity.

³ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduanda em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Processo Civil, Mediação e Arbitragem pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba. Assessora da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: karen.hippertt@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3991-8850>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5863810703081925>.

INTRODUÇÃO

Na era da *Big Data* a informação tornou-se representação do próprio poder. A vida das pessoas passou a ser diretamente influenciada pela produção, armazenamento e tratamento massivo de dados. Atualmente a indústria do banco de dados direciona, inclusive, a tomada de decisões empresariais e políticas.

Em que pese à circulação das informações privadas beneficie em grande medida os setores, particularmente, a indústria de dados pessoais, a preocupação com relação aos riscos à pessoa humana é crescente, considerando a influência que têm na capacidade de autodeterminação, fundamentação das decisões, hábito de consumo, entendimento social, político, cultural e a forma com que os usuários lidam com as informações.

Destarte, apesar de não expressamente assegurado na Constituição Federal, à proteção de dados é direito fundamental, já que o desenvolvimento pleno da personalidade implica a salvaguarda de um amplo rol de garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas, dentre elas, a autodeterminação informativa contemplada na proteção de dados.

Com amplo espectro, o direito engloba diversos elementos sensíveis à proteção da pessoa humana, integridade física e moral, privacidade, personalidade da pessoa, liberdade e igualdade, o que sinaliza sua fundamentalidade.

Resultado de amplo debate, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), inspirada na legislação europeia (RGPD), traça o que virá a ser o pilar do uso correto dos dados conferindo-lhes tratamento adequado com salvaguarda da autodeterminação do usuário, atendimento de interesses legítimos e dos padrões de transparência, verificação e responsabilidade.

Os impactos serão os mais expressivos alcançados por qualquer legislação anteriormente editada no país e, além disso, a lei irá atingir todos os setores da economia com aplicação extraterritorial; milhões de empresas serão impactadas, produto e serviços terão de se adaptar à nova legislação.

Especialmente, com a pandemia do COVID-19 em que a coleta, armazenamento e processamento de dados da população em larga escala tornaram-se essenciais para diminuição do vácuo no conhecimento, possibilitando respostas céleres e eficientes, a discussão em torno do tema toma especial relevo (ALMEIDA *et al.*, 2020).

Na contemporaneidade pós-pandemia, a Lei Geral de Proteção de Dados terá papel de destaque ao colocar limites à captação, acesso, compartilhamento e utilização dos dados, resguardando os direitos fundamentais dos titulares.

Ocorre que, a adaptação do mercado e setor público tem sido inexpressiva e, ainda, 41% dos empreendedores sequer sabem do que se trata a LGPD, de acordo com dados do Reclame Aqui, além disso, o processo de adaptação é complexo, sem falar no imbróglio criado em torno da data em que passará a vigorar a lei.

Assim, o que se busca com o presente estudo é investigar as diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados e as mudanças por ela acarretadas, sua entrada em vigor e principais implicações para a sociedade.

Para tanto, a exposição se desenvolverá em três capítulos, para além da introdução e conclusão. Apresentar-se-á, primeiramente, a proteção de dados enquanto direito fundamental.

Na sequência, analisar-se-ão os fundamentos e princípios da Lei Geral de Proteção de Dados, tratando, também, da problemática em torno da *vacatio legis*; e, por fim, as implicações para a sociedade e análise do panorama geral de adequação por parte das empresas. Como encerramento, serão apresentadas, de forma sintética, as principais conclusões derivadas da pesquisa.

Para a elaboração, será utilizado o método hipotético-dedutivo, combinado aos procedentes de pesquisa bibliográfica e documental.

1 A PROTEÇÃO DE DADOS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Desde o século XIX, com o advento da era da digitação e das novas tecnologias, as realidades social e jurídica sofreram transformações que levaram a sociedade industrial ao que se tem hoje por "sociedade da informação" ou "sociedade em rede", a chamada era da Big Data.

A alcunha se refere à sociedade contemporânea regida pelo paradigma tecnológico da tecnologia da informação refletido nas tecnologias, meios de comunicação em massa, particularmente, a internet (HARTMANN *et al.*, 2014).

Na "sociedade em rede" a multiplicação da capacidade de produção de dados é tão expressiva que a vida das pessoas, produção e relacionamentos é diretamente influenciada, rompida a fronteira público-privado.

O massivo uso da informação passou, inclusive, a direcionar a tomada de decisões empresariais e políticas, por meio da "indústria de banco de dados" (SOLOVE, 2004, p. 19), que atua na facilitação da circulação de dados comercializados ou transmitidos por cessão, na grande maioria das vezes, de forma invisível, sem o consentimento ou conhecimento do usuário.

Um traço marcante da era digital resta refletivo nos fenômenos da *surveillance* e *dataveillance*, que, respectivamente, consistem na capacidade de vigia permanente, direcionada e

metódica dos dados dos usuários com o intuito de protegê-los, direcionar, controlar ou dirigir e a aptidão para armazenamento de uma infinidade de dados pessoais para análise, com inúmeros fins.

O estudo e desenvolvimento tecnológico da empresa Target por meio da análise dos dados captados é exemplo interessante do mecanismo da *surveillance*. Os dados captados por mineração (*data mining*) passaram a compor banco de dados que, até os dias atuais, viabiliza o direcionamento do marketing da empresa que passou a se voltar aos hábitos consumeristas identificados no padrão de informações e interesses captados com precisão (PEGORARO JR. *et al*, 2017, p. 21).

Apesar de a circulação das informações privadas beneficiar em grande medida os setores, particularmente, as indústrias de dados pessoais, a preocupação com relação aos riscos à pessoa humana é crescente, na medida em que influencia diretamente na capacidade de autodeterminação, fundamentação das decisões, hábito de consumo, entendimento social, político e cultural.

Com a informação tornando-se representação do próprio poder, a edição de leis regulamentando especificamente o tema passou a ser crescente (BEDENDO; PEGORARO JR. *et al*, 2018).

O ano de 1890 foi marcado pela doutrina de Warren e Brandeis, tratada no artigo "*The Right to Privacy*" publicado na *Havard Law Review*, que traz a privacidade como o "o direito de estar só" ou "direito de ser deixado em paz", desvinculado da tutela da propriedade (WARREN; BRANDEIS, 2013).

No Século XX, com a transformação dos fins do Estado e revolução tecnológica, o caráter negativo e individualista do direito à privacidade foi substituído por um cateter positivo relacionado ao eixo "pessoa-informação-circulação-controle" (DONEDA, 2006, p.23).

Na Década de 70, o direito à privacidade passou a ocupar posição central na proteção da pessoa humana, diante do reconhecimento de que os dados são projeção da personalidade.

Em 1948, o art. 5º da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, passou a prever o direito à proteção contra violações abusivas à vida particular e familiar. No mesmo ano, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, incluiu em seu art. 12 a proteção da privacidade. Em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos passa a prever, em seu artigo 11, que ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada.

Entretanto, a disciplina da proteção de dados só veio a surgir no ano de 1960, nos Estados Unidos. Na sequência, estendeu-se para a Europa, particularmente, na União Europeia, local dos debates preliminares que resultaram na edição do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu.

Para DOENDA (2011) a matéria da Proteção de Dados apenas foi impulsionada "a partir da aplicação de determinadas concepções do direito à privacidade e da proteção da pessoa em face do desenvolvimento tecnológico. A própria expressão "proteção de dados" não reflete fielmente o seu âmago, pois é resultado de um processo de desenvolvimento do qual participaram diversos interesses em jogo".

No Brasil, à Constituição de 1988 confere proteção específica ao direito à privacidade que foi erigido ao patamar de Direito Fundamental e inserido em inciso específico no rol do artigo 5º, os incisos X e XII, que traz a proteção à intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando direito à indenização face eventuais danos decorrentes de violação (SARTORI, 2016, p. 72). No âmbito infraconstitucional, passou a ser previsto como direito da personalidade no artigo 21 do Código Civil. Contudo, a Constituição deixou de tratar especificamente acerca do direito à proteção de dados, distinto do direito à privacidade aqui abordado.

O Direito à Privacidade é direito humano fundamental que proíbe a interferência do Estado na vida privada, exceto nas hipóteses previstas em lei; envolve a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra, imagem, casa e do sigilo das telecomunicações.

Por sua vez, o direito a proteção de dados impõe o funcionamento de mecanismos de segurança que protejam o indivíduo que tem seus dados coletados, processados, armazenados e utilizados.

Apesar das diferenças, a positivação do direito à privacidade no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal reflete a preocupação do constituinte com o tratamento de dados com proteção de uma série de garantias fundamentais, como o direito à autodeterminação de dados e informações.

Na realidade, os dois direitos estão quase que umbilicalmente ligados, conforme explica DONEDA (2011, p. 94):

[...] a informação pessoal está, quase como ato reflexo, ligada à privacidade por uma equação simples e básica que associa um maior grau de privacidade a menor difusão de informações pessoais e vice-versa. Esta equação nem de longe encerra toda a complexa problemática em torno dessa relação, porém pode servir como ponto de partida para ilustrar como a proteção das informações pessoais passou a encontrar guarida em nosso ordenamento jurídico: como um desdobramento da tutela do direito à privacidade.

A PEC 19/2019, aprovada em primeiro turno na câmara dos deputados, objetiva exatamente a inclusão dos dados pessoais disponíveis em meio digital no rol das garantias individuais previstas na Constituição Federal, nos moldes da legislação e jurisprudência europeias, contudo ainda aguarda votação em segundo turno.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal na ADI 6387/DF, em julgamento paradigmático, reconheceu a fundamentalidade do Direito à Proteção de Dados ressaltando que os efeitos negativos da vigilância representam retrocesso às conquistas históricas, como a liberdade da pessoa humana.

Para a corte, a Constituição Federal expressamente assegura o direito à autodeterminação informativa, por isso o uso de dados e informações pessoais deve ser controlado pelo próprio indivíduo, conforme expressamente positivado na LGPD (Lei nº 13.709/2018) em seu art. 2º, I e II. Não obstante, o direito à autodeterminação informativa e à privacidade são desmembramentos dos direitos da personalidade e subsidiam a proteção não só da democracia, mas também de uma série de direitos fundamentais previstos no art. 3º, I e II; art. 4º, II; art. 5º, X e XII; art. 7º, XXVII; e art. 219 da CF.

COELHO (2020) traz importante recorte acerca do tema:

Os dados são o ativo e o legado do século 21, da "Era da Informação". Esse novo giro histórico requer do Estado a adequada e efetiva proteção dos cidadãos, da sua privacidade e da autodeterminação em relação aos seus dados pessoais. Constitui dever de um Estado Social e Democrático de Direito, garantidor da dignidade humana e de sua autodeterminação no campo informacional, livrar-nos de horizontes distópicos como aqueles imaginadas pelo escritor George Orwell, em sua obra "1984" ou na série televisiva "Black Mirror". (...) **Novos dados de realidade exigem o reconhecimento de novos direitos e o alargamento das garantias jurídicas com vistas a tutelar, com a máxima efetividade, a autodeterminação das pessoas e, ao fim e ao cabo, o direito à dignidade humana. Na Era da Informação, inegável que o direito ao sigilo dos dados pessoais e à autodeterminação sobre eles seja constitutivo de um direito mais amplo da dignidade e da personalidade humanas. (grifo nosso).**

Com amplo espectro, o direito engloba diversos elementos sensíveis à proteção da pessoa humana, integridade física e moral, privacidade, personalidade da pessoa, liberdade e igualdade, o que sinaliza sua fundamentalidade.

Além disso, enquanto direito fundamental autônomo, possui dupla dimensão, subjetiva ligada à defesa do indivíduo e objetiva relacionada ao dever de proteção Estatal. O Estado terá dever negativo de deixar de interferir no direito e o dever positivo de agir criando medidas para sua proteção. A eficácia irradiante ou horizontal, também chamada de *Drittwirkung*, ainda, estende tais deveres ao setor privado (SARLET, Ingo Wolfgang, 2012).

Destarte, "O direito fundamental à proteção de dados regula uma ordem de informação e

comunicação" que "busca equilibrar os variados interesses de usos e direitos de proteção, de defesa e de participação do indivíduo nos processos comunicativos" (MENDES, 2014, p. 175).

Assemelha-se em muito ao direito da autodeterminação informativa consolidado já há muito tempo enquanto direito fundamental na Alemanha, dado seu amplo espectro de proteção que, aliás, o diferencia o direito fundamental à privacidade que possui âmbito de proteção mais restrito (MARTINS, 2016, p. 56).

A respeito das peculiaridades deste direito, ressaltou o Min. Gilmar Mendes ao proferir voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.389/DF de Relatoria da Ministra Rosa Weber:

[...] a autonomia do direito fundamental em jogo na presente ADI exorbita, em essência, de sua mera equiparação com o conteúdo normativo da cláusula de proteção ao sigilo. A afirmação de um direito fundamental à privacidade e à proteção de dados pessoais deriva, ao contrário, de uma compreensão integrada do texto constitucional lastreada (i) no direito fundamental à dignidade da pessoa humana, (ii) na concretização do compromisso permanente de renovação da força normativa da proteção constitucional à intimidade (art. 5º, inciso X, da CF/88) diante do espraiamento de novos riscos derivados do avanço tecnológico e ainda (iii) no reconhecimento da centralidade do Habeas Data enquanto instrumento de tutela material do direito à autodeterminação informativa.

Destarte, o desenvolvimento pleno da personalidade implica a salvaguarda de amplo rol de garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas, como é o caso da autodeterminação informativa contemplada no direito fundamental à proteção de dados.

O âmago do direito à proteção de dados reside na vedação à coleta, processamento e circulação de dados irrestrita sem o consentimento do usuário, que impõe a estruturação de um sistema de segurança para proteção, garantindo a autonomia, autocontrole e autodeterminação do titular.

Por sua vez, o titular do direito fundamental é toda pessoa que realize qualquer operação de tratamento de dados pessoais, seja organizações públicas ou privadas, pessoas físicas ou jurídicas (art. 1º, LGPD).

Não obstante a isso, os dados abrangidos pela proteção são quaisquer dados que levem à identificação de uma pessoa, não havendo que se falar em dados pessoais insignificantes ou neutros.

De outra banda, a discussão em torno do tema do direito fundamental à proteção de dados se justifica mais do que nunca. Com a pandemia do COVID-19, a coleta, armazenamento e processamento de dados da

população em larga escala tornou-se medida imprescindível para embasar as respostas rápidas e adequadas à salvaguarda da vida.

Os esforços mundiais para diminuição do vácuo no conhecimento para respostas céleres e eficientes quanto à pandemia exige a captação de dados de boa qualidade dos mais diversos segmentos da sociedade para que as autoridades, especialmente, governamentais e sanitárias, possam se articular a partir da avaliação dos riscos e cenários.

Os dados permitem a compreensão não só do padrão epistemológico do vírus, mas também a estruturação de padrões matemáticos que servem de suporte às decisões (ALMEIDA et.al., 2020).

Os aplicativos que captam dados de geolocalização e circulação de pessoas, por exemplo, tornaram-se recorrentes na pandemia,

Diante de todo contexto exposto, questionamentos acerca das espécies, proporção de dados realmente necessária a se captar, acesso, compartilhamento e utilização dos dados, além de questões éticas, legais e técnicas vão se delineando no contexto da pandemia e são tratados adequadamente pela Lei Geral de Proteção de Dados.

Somado a isso, o panorama global aponta para a propensão de que os dados passem a ser utilizados para verificar o cumprimento do isolamento e quarentena, probabilidade de contágio e gerenciamento de permissões para sair de casa (ALMEIDA *et al*, 2020), para além dos já conhecidos traços da era que ficou conhecida como Big Data.

Neste cenário, a LGPD terá importante papel na regulamentação do uso de dados pessoais no país, salvaguardando os direitos fundamentais dos titulares.

Além do panorama traçado, o tema mostra-se essencial, já que as empresas terão de se adaptar o quanto antes às diretrizes trazidas pela Lei de Proteção de Dados.

2 FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

O desenvolvimento do tratamento autônomo de proteção dos dados deu lugar a diversas leis que passaram a regulamentar o assunto com o fim de obter um modelo jurídico rico e complexo (DONEDA, 2011, p. 98).

A despeito disso, o direito fundamental autônomo a proteção de dados deriva, no Brasil, da constatação dos riscos que o tratamento inadequado dos dados traz à proteção da personalidade da pessoa humana, não decorre de reconhecimento expresso na Constituição Federal da fundamentalidade do direito, como exemplificado no tópico precedente.

Hodiernamente, a Lei Geral de Proteção de dados (Lei nº 13.709/2018) regulamenta a proteção de dados em âmbito nacional no país, conciliando a

proteção da pessoa, interesse público e incentivo ao desenvolvimento econômico e tecnológico ligados à circulação da informação.

Após anos de debates, a LGPD reflete aquilo que vem a ser a espinha dorsal das regulamentações existentes acerca da proteção de dados que tratam das questões principais com as quais o ordenamento irá ter que lidar.

Ao longo do artigo 2º, a LGPD expõe seus fundamentos, respeito à privacidade e autodeterminação informativa; liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião; inviolabilidade da intimidade, da honra e imagem; desenvolvimento econômico e tecnológico; inovação, livre iniciativa, concorrência e defesa do consumidor; direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e o exercício da cidadania.

Em síntese, ao proteger a inviolabilidade da intimidade, honra, imagem e vida privada, a LGPD vislumbra a salvaguarda da privacidade; ao contemplar o direito ao controle e proteção de dados pessoais, tutela a autodeterminação informativa. Também, preserva a liberdade de expressão, informação, comunicação, livre opinião, a liberdade de iniciativa e livre concorrência, com a defesa do consumidor; tutela a democracia, os direitos mais sensíveis da personalidade da pessoa humana e sua dignidade (SERPRO, 2020).

Não obstante, seu maior objetivo encontra-se na garantia de que a pessoa se cientifique acerca de quais dados estão sendo acessados, coletados e armazenados, para qual fim e por quem, o que fica evidente a partir da análise dos princípios que regulamentam a proteção de dados no país dispostos no art. 6º da Lei — boa-fé, finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação, responsabilização e prestação de contas.

O princípio da boa-fé institui padrão ético de conduta pautado nos ideais de honestidade, lealdade e lisura, de modo a garantir a legítima confiança e expectativa (SILVA; SANTOS, 2011, p. 128).

Somado a ele, o princípio da finalidade impõe que a utilização dos dados se dê nos exatos moldes que haviam sido elencados no momento do recolhimento, com finalidade legítima, em conformidade com as normas que regulamentam o tratamento de dados do início ao fim (GEDIEL; CORRÊA, 2008, p. 147).

O princípio em questão delimita a transmissão dos dados a terceiros e institui critérios para a tratativa de dados, propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao usuário, impedindo finalidades genéricas e indeterminadas por meio da realização de um juízo de ponderação entre a "utilização de determinados dados para certa finalidade" (DONEDA, 2011, p. 100).

Somado a isso, a motivação deverá condizer com a informação solicitada, presentes a pertinência e adequação com relação finalidade informada, conforme traça o princípio da adequação. O tratamento, ainda, deverá se limitar ao mínimo indispensável ao atendimento das finalidades com dados apropriados, não excessivos e proporcionais à finalidade, nos moldes do princípio da necessidade (art. 6º, III, da LGPD).

O princípio da proporcionalidade no uso de dados para alcance dos fins os quais se almeja deverá ser, igualmente, atendido.

Também, os dados armazenados precisam condizer com a realidade, assim a coleta e tratamento devem ser feitos de modo adequado com cuidado, correção e devida atualização (DONEDA, 2011).

Não obstante, o princípio do livre acesso assegura, como o próprio nome já diz, o livre acesso do titular e consulta facilitados à totalidade de seus dados, particularmente, com relação a forma e duração do tratamento. O dono dos dados terá acesso às informações armazenadas, facultada a cópia dos registros e viabilizado o controle dos dados, podendo, inclusive, os retificar, suprimir e complementar com novas informações (BEDENDO; JUNIOR, 2010, p. 11).

Além disso, o responsável deverá informar o titular dos dados indicando as informações relevantes para o tratamento de dados, até mesmo quanto às especificidades, tais como às relacionadas à forma, fim e tempo de armazenamento dos dados (GEDIEL; CORRÉA, 2008, p. 147), nos exatos termos do trazido pelo princípio da transparência (ou da publicidade). Não só, como também, a LGPD assegura exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento, conforme o princípio da qualidade dos dados impõe.

Malgrado, o princípio da segurança física e lógica impõe a necessidade de utilização de medidas técnicas e administrativas eficientes à proteção dos dados. Trata-se da implementação e gerenciamento de um sistema eficiente e abrangente de governança e gestão de riscos de segurança da informação que leve em conta a complexidade da problemática da proteção de dados.

O princípio da prevenção impõe, ainda, ao responsável pelos dados, a obrigação de que essas medidas e políticas qualitativas se deem previamente de modo qualitativo com o fim de evitar eventuais danos oriundos do tratamento dos dados.

Outrossim, os dados pessoais não poderão ser usados com o fim de promover discriminação do titular dos dados de qualquer natureza, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas (art. 3º, III e IV).

Caso o uso acarrete prejuízo ou viole quaisquer regras do ordenamento jurídico, ensejará responsabilização civil, nos termos do princípio da

responsabilização que exige ainda, o acompanhamento pelas autoridades competentes do processamento dos dados impondo sanções quando houver descumprimento da lei. Paralelamente, o princípio da prestação de contas trata da necessidade de comprovação da adoção das medidas adequadas.

Conforme destaca ALMEIDA *et al* (2020, p. 2490), a "conformidade com as leis gerais de proteção de dados, portanto, requer tecnologia, infraestrutura e pessoal especializado para que os dados sejam tratados de forma lícita, justa e responsável em relação aos titulares".

Os dados abrangidos pela LGPD são quaisquer dados que estejam relacionados à pessoa situada no Brasil quando da coleta, independentemente da nacionalidade, do meio aplicado, país-sede do operador ou localidade dos dados. Além disso, abarca todos os setores da economia, com aplicação transversal, multisetorial e extraterritorial.

O âmbito de proteção da lei é tão alargado que ao conceituar o que vem a ser dado pessoal a LGPD engloba qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, seja dado sensível ou não.

A exceção do alcance da lei fica por conta do rol do art. 4 da LGPD, excepcionados os fins exclusivamente particulares e não econômicos e os exclusivamente jornalísticos, artísticos, acadêmicos, bem como os exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança de Estado ou atividade de investigação e repressão de infrações penais, além dos dados advindos de fora do país e que não sejam objeto de transferência internacional, desde que o país de onde derivarem disponha de proteção adequada.

Evidencia-se, assim, que a Lei Geral de Proteção de Dados trata-se de marco para a regulamentação dos dados pessoais no Brasil.

Entretanto, apesar de instituir importantes princípios e direitos aos seus titulares a *vacatio legis*, que em 2018 era de dois anos, foi postergada para agosto de 2020 por meio da Medida Provisória 696/2019, convertida na Lei 13.853/2019.

Na sequência, a grave recessão causada pela pandemia do COVID-19 levou a edição do PL 1.179/2020 que estabelece regime jurídico emergencial, ficando decidida, em sede de primeira votação, postergação para janeiro de 2021, a exceção da *vacatio* das multas e sanções que ficariam para agosto de 2021.

O imbróglio não parou por aí, a Medida Provisória 959/2020 que passou a vigorar na data de sua publicação, 29 de abril do ano corrente, adiou a vigência da lei para maio de 2021. Até 27 de agosto do ano corrente a Medida deverá ser convertida em lei para que não caduque.

Quando ao PL 1.179/2020, o Senado acabou por suprimir o dispositivo que prorrogava a vigência da Lei

ficando mantida a prorrogação apenas no que se refere às sanções.

Neste contexto, verifica-se cenário de insegurança com dois resultados possíveis: "sem a MP convertida em lei a LGPD entraria em vigor em 16 de agosto de 2020 (vigência que era prevista antes do início da pandemia) ou, com a conversão em lei da MP, a LGPD entraria em vigor em 3 de maio de 2021" (TUMELERO, 2020).

Além disso, até o presente momento o executivo não criou a Autoridade nacional de proteção de Dados (ANPD) que tem a finalidade de fiscalizar a aplicação da LGPD.

Especialmente, em situações emergenciais e de interesse público, como no caso da pandemia do COVID-19, os dados se mostram essenciais para a adoção de políticas de enfrentamento, tornando-se a LGPD importante marco regulatório cuja vigência não pode mais ser postergada, dado os prejuízos aos direitos e garantias fundamentais que tutela, isso sem falar nos prejuízos econômicos.

3 IMPLICAÇÕES PARA A SOCIEDADE

Resultado de amplo debate, ao longo de oito anos, a Lei Geral de Proteção de Dados, inspirada na lei europeia (GDPR), trará uma série de benefícios quando passar a vigorar no país, não tão somente por unificar e harmonizar as normas existentes, mas pela flexibilização no tratamento em tempos de Big Data, por possibilitar a portabilidade dos dados e, particularmente, habilitar o Brasil ao processamento dos dados oriundos de outros países que já contavam com regras rígidas.

Longe de obstaculizar por completo o uso de dados que se fazem tão importantes à contemporaneidade, a lei traça o que virá a ser o pilar para o uso correto dos dados conferindo-lhes tratamento adequado dentro das bases legais, com salvaguarda da autodeterminação do usuário, atendimento de interesses legítimos e dos padrões de transparência, verificação e responsabilidade.

Os impactos serão os mais expressivos alcançados por qualquer legislação nacional, especialmente no âmbito econômico e comercial. Inclusive, este foi um dos fatores que levou à edição da lei.

Com aplicação extraterritorial que abrange o Brasil, a regulamentação europeia de proteção de dados, General Data Protection Regulation (GDPR), compele as empresas, incluindo as Brasileiras com filiais nos países da União Europeia, a se adaptarem, impondo elevadas multas, além de barrar a transferência internacional de dados aos países que não possuem legislação que assegure o tratamento adequado de dados.

Somado a isso, o intuito de o Brasil entrar na Cooperação e Desenvolvimento Econômico sendo obrigado, para tanto, a cumprir com as regras impostas pela OCDE de edição de uma lei geral de tratativa de dados robusta, foi um dos fatores que levou à aprovação da LGPD. O escândalo da *Cambridge Analytica*, nos Estados Unidos, que tinha o intuito de atuar no Brasil foi, também, outro motivo para aprovação.

A despeito disso, a causa principal foi à tentativa de alteração da Lei do Cadastro Positivo para dispensar o consentimento do consumidor na coleta, compartilhamento e utilização dos dados. Os riscos envolvidos na aprovação pura e simples do texto base alterando a Lei do Cadastro positivo fizeram com que a aprovação ficasse condicionada a edição prévia de uma lei geral tratando da proteção de dados.

Destarte, a Lei Geral de Proteção de dados veio a somar ao Marco Civil da Internet, que até então trazia diretrizes básicas e genéricas acerca do tratamento de dados pessoais, introduzindo no ordenamento regras mais específicas e robustas.

A Lei Geral de Proteção de dados atingirá todos os setores da economia com aplicação extraterritorial, garantindo um maior controle dos dados pessoais em um contexto de maior segurança jurídica e cibersegurança, além de assegurar maior paridade de armas na concorrência diminuindo, também, os empecilhos ao desenvolvimento econômico do país.

Nos negócios, a LGPD irá impactar milhões de empresas brasileiras que trabalham com dados que passarão a ter de, obrigatoriamente, adaptar-se a nova legislação.

A comunicação digital, a forma com que o dado é analisado, a relação dos consumidores com o comércio, adaptação da forma com que se dá o marketing, adequação das empresas que oferecem solução de gestão de dados que terão de desenvolver novas ferramentas de transparência, controle, compliance e transparência, contratar profissionais especializados e editar novas regulamentações, além da necessidade de readequação dos profissionais ativos e já inseridos no mercado da gestão de dados, serão algumas das interferências causadas pela lei (MAIA, 2019).

Com o início da vigência da lei, os titulares dos dados terão seus direitos ampliados e contarão com arcabouço completo para a proteção de sua privacidade e liberdade, bem como recursos disponíveis para os casos de violações de segurança que impliquem o vazamento e exposição de dados.

O acesso aos dados, retificação, cancelamento, exclusão, oposição ao tratamento, informação e explicação acerca do uso, são apenas alguns dos direitos que passarão a ter os titulares, com destaque para a possibilidade de portabilidade.

Destarte, a LGPD amplia a segurança jurídica “a empresas e consumidores diante de maior transparência na coleta e tratamento de dados coletados tanto em meios presenciais quanto em meios digitais” (FENALAW, 2018). As empresas não mais poderão “usar ou coletar informações pessoais sem consentimento (...)” (FENALAW, 2018).

Conforme destaca Patrícia Linhares “a LGPD trouxe uma garantia muito representativa para o cidadão. Sabe-se, hoje, que em diversos segmentos comerciais e econômicos as informações pessoais são utilizadas para algumas inteligências de dados que não estão acessíveis e nem são aparentes aos próprios titulares desses dados” (FUNCEF, 2020).

As instituições de ensino, também serão impactadas pela nova legislação. A despeito das ressalvas contidas no art. 4º, art. 7º, IV e art. 11, II, c, deverão implementar programas adequados e políticas internas com normas baseadas na LGPD, além de treinar os funcionários e readequar documentos dentro de um sistema de compliance. Os antigos bancos de dados, por exemplo, deverão ser revisados.

A Lei de Proteção de Dados, ainda, exige que todas as empresas e organizações fixem prazo de armazenamento de dados que deverão ser categorizados, fiscalizados e não mais poderão ser armazenados indefinidamente. Além, da imposição da adoção de medidas técnicas e organizacionais adequadas. Inclusive, todos os colaboradores e terceiros abrangidos no processo relativo aos dados, como um todo, terão de assinar termo de confidencialidade específico.

Destarte, evidente a necessidade de mudança cultural nas organizações que terão a responsabilidade no tratamento dos dados alargada pela lei.

Ainda, as entidades controladoras que tratam os dados deverão necessariamente indicar pessoa natural, *Data Protection Officer* (DPO), que ficará encarregada de operar como intermediária entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional, como também fiscalizar o cumprimento das regras e orientar funcionários e contratados.

Também, deverá ser produzido o chamado relatório de impacto à privacidade, *Data Protection Impact Assessment* (DPIA), com detalhamento adequado dos procedimentos que podem acarretar riscos, mapeamento destes e medidas a serem tomadas no intuito de mitigação. Da coleta à exclusão, todas as atividades de tratamento deverão ser registradas, com indicação dos dados que foram coletados, informações referentes ao armazenamento, sua duração, finalidade, segurança e autorização legal (*data mapping*), para tanto, com adoção de medidas adequadas de segurança.

Todos os produtos, serviços e modelos de negócios terão de ser pensados e se estruturar para

salvaguardar os dados, adequando-se aos princípios e padrões de segurança impostos pela lei.

Igualmente, recomendada adoção de código de conduta e certificação quanto ao cumprimento dos padrões estabelecidos na LGPD e pelos setores da sociedade, estes últimos habilitados a definir seus próprios padrões desde que previamente autorizados pela Autoridade competente.

Não obstante, ocorrendo algum incidente envolvendo a segurança da informação, obrigatória à notificação da Autoridade Nacional competente pela empresa, em prazo adequado. A depender da gravidade da situação, a ANPD poderá notificar os titulares e dar ampla publicidade ao caso, o que certamente abalará a imagem da empresa.

Ainda, a LGPD viabilizada a transferência internacional de dados, mesmo em países sem níveis de proteção adequados, desde que autorizada pelo titular mediante consentimento específico, de modo prévio e separado. Também, autorizada à transferência por meio da garantia do cumprimento do disposto na LGPD a partir de selos, certificados e códigos de conduta expedidos e creditados pela Autoridade Nacional.

Com a lei, controlador e operador passarão a ter responsabilidade solidária com relação ao tratamento inadequado dos dados e incidentes envolvendo as informações, apesar de a responsabilidade do operador poder ser restringida às obrigações ligadas à segurança e dispostas no contrato.

Por fim, a Lei Geral de Proteção de Dados prevê sanções para eventuais violações às balizas postas que variam desde advertência e multas até proibição do tratamento de dados (total ou parcial). As multas poderão ser fixadas em importe correspondente a 2% do faturamento no último exercício, até R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração, com possibilidade de fixação astreinte até que se cessem as violações.

Sob a ótica da sociedade, a LGPD representa importante passo na autodeterminação informativa, já que conscientiza a coletividade do uso dos seus dados pessoais lhes fazendo compreender que, na realidade, são eles os verdadeiros detentores dos próprios dados e do poder de escolha envolvendo essas informações (FUNCEF, 2020).

Trata-se de um grande avanço na segurança dos dados pessoais no país que efetivamente salvaguarda a segurança, controle e privacidade dos dados pessoais a partir de um arcabouço normativo completo com normas claras e detalhadas, não só balizando o tratamento de dados, mas também dispendo acerca dos direitos dos usuários e medidas a serem tomadas diante de eventuais riscos.

Conforme destaca Fernando Santiago (2020), o início da vigência da lei constitui “marco para vida tanto das empresas, como dos entes públicos. Isto porque, os

dados pessoais que antes eram tratados de forma quase artesanal pelas empresas, sem a devida atenção, passam agora ser tutelados pelo direito, razão pela qual devem ser manuseados com as condições estritas prevista na lei”.

Apesar do avanço, a adaptação do mercado e setor público tem sido inexpressiva, o que gera preocupações. É o que aponta pesquisa realizada pela ICTS Protiviti (2020) que apurou que 58% das pequenas empresas ainda não se adaptaram para cumprir a lei e o Reclame Aqui (2019) que apurou que mais de 41% dos empreendedores sequer saber do que se trata a LGPD.

Até então, no setor privado, dois posicionamentos vêm sendo adotados: empresas que buscam se adequar e, outras, que fazem contas para verificar se não sairia mais lucrativo descumprir a lei; ainda, há aquelas que adotam postura passiva de tentar apenas evitar problemas sem olhar para o futuro.

Para Tony Debos (*in* ÉPOCA NEGÓCIOS, 2019), o processo de adaptação não é simples e o Brasil não está preparado para a nova legislação. A despeito disso, nos Estados Unidos e Europa, que ainda estão em processo de transição, a situação foi a mesma.

De fato, o processo de transição é árduo, para as pequenas e médias empresas a principal dificuldade diz respeito aos elevados custos envolvidos na adaptação, já para as empresas com modelos de negócio complexo são os dados sensíveis que preocupam, a incorporação dos princípios de proteção de dados às missões e valores da empresa e a abrangência das adequações são outros desafios que tem barrado a implementação das mudanças (KAFRUNI, 2020).

De qualquer forma, a adaptação é necessária e as empresas que se adequarem irão se tornar mais competitivas e abertas a negociar internacionalmente, além de não terem de arcar com os prejuízos oriundos do descumprimento da legislação que certamente serão mais custosos do que o investimento na transição para o novo modelo.

O problema é que a ausência de planejamento generalizado imporá a necessidade de adaptação às pressas de todo um setor público e privado, que não se antecipar às mudanças, quando da entrada em vigor da lei.

Além disso, a grave recessão causada pela pandemia do COVID-19, um dos fatores determinantes para o adiamento do início da vigência de parte da legislação, não pode mais ser tida como obstáculo ao início da vigência da lei diante dos impactos econômicos que uma nova prorrogação poderia representar, apesar da árdua tarefa que a adequação em tempo recorde em meio a grave recessão causada pela pandemia poderia representar (CORTEZ, 2020).

Destarte, as empresas precisam se antecipar com urgência aos novos parâmetros impostos pela LGPD sem contar com a data de vigência da lei.

CONCLUSÃO

Diante de um cenário global de utilização desenfreada de dados pessoais, particularmente, agravado em virtude da pandemia do COVID-19, a Lei Geral de Proteção de Dados foi passo imprescindível à salvaguarda dos direitos fundamentais dos titulares dos dados.

Longe de obstaculizar o uso de dados que se fazem tão importantes à

contemporaneidade, a lei traça o que virá a ser o pilar para o uso correto dos dados conferindo-lhes tratamento adequado com salvaguarda da autodeterminação do usuário, atendimento dos interesses legítimos e dos padrões de transparência, verificação e responsabilidade.

Resultado de amplo debate, a Lei Geral de Proteção de Dados possui aplicação transversal, multisetorial e extraterritorial, atingindo milhões de empresas, inclusive, as não brasileiras, que terão de se adequar às novas exigências que envolvem: a forma com que se dá a comunicação digital, o marketing, com que os dados são analisados e se dá a relação com consumidores e o comércio. A exceção do alcance da lei se dá apenas nas hipóteses rol do art. 4.

As alterações impulsionadas pela nova legislação envolvem a adoção de novas ferramentas de transparência, controle e compliance, conjuntamente com a contratação de profissionais especializados e adequação dos já inseridos no mercado (MAIA, 2019). A contratação de empresa terceirizada para realizar a transição seria, também, outra opção.

Inúmeras serão as adequações que implicam gastos elevados em meio a uma crise sem precedentes, por isso os dados apontam que as empresas brasileiras não estão se preparando para as mudanças. Muita, inclusive, tem feito cálculos para averiguar se não seria mais vantajoso arcar com as multas oriundas do descumprimento da lei.

Para as pequenas e médias empresas a principal dificuldade diz respeito aos elevados custos envolvidos na adaptação, já para as empresas com modelos de negócio complexo são os dados sensíveis que preocupam, a incorporação dos princípios de proteção de dados às missões e valores da empresa e a abrangência das adequações são outros desafios que tem barrado a implementação das mudanças.

A transição é complexa, já que inúmeras são as exigências da lei que impõe que as empresas passem a fixar prazos de armazenamento de dados, os quais deverão ser categorizados e fiscalizados; nomeiem um intermediário entre o controlador, os titulares dos dados e autoridade nacional que fiscaliza o cumprimento das regras, o chamado DPO; produzam relatórios de impacto de privacidade (DPIA), detalhando, inclusive, os procedimentos que podem acarretar risco, os mapeando e indicando medidas a

serem adotadas; registrem todas as atividades de tratamento com detalhamento (dados que foram coletados, informações de armazenamento, duração, finalidade, segurança, autorização legal e indicação da adoção de medidas adequadas de segurança); adotem de código de conduta e certificação que garanta o cumprimento da LGPD; e, em caso de incidente a autoridade competente deverá ser notificada.

Em síntese, toda a cultura e estruturação por de traz dos produtos, serviços e modelos de negócio terão de ser repensadas, trazendo maior segurança aos consumidores e empresas, com um tratamento de dados mais transparente.

Além disso, os titulares dos dados terão seus direitos ampliados e contarão com arcabouço completo para a proteção de sua privacidade e liberdade, bem como medidas em casos de violações de segurança. Acesso aos dados, retificação, cancelamento, exclusão, oposição ao tratamento, informação e explicação acerca do uso, são apenas alguns dos direitos que passarão a ter os titulares, com destaque para a possibilidade de portabilidade.

A LGPD, ainda, autoriza a transferência internacional de dados, mesmo em países sem os níveis de proteção adequados, mediante autorização específica do titular, de modo prévio e separado.

Outra mudança, diz respeito à responsabilidade do controlador e operador, com relação ao tratamento dos dados e incidentes envolvendo informações, que passará ser solidária, não obstante haja a possibilidade de limitar a responsabilidade do operador às obrigações contratuais e ligadas à segurança.

Não obstante, a lei prevê sanções para eventuais violações às balizas postas que variam desde advertência e multas até proibição do tratamento de dados (total ou parcial).

Tratar-se, assim, de importante passo na autodeterminação informativa, uma vez que conscientiza a população acerca do uso dos dados pessoais e sua titularidade, contudo com árduo processo de transição diante da necessidade de investimento em tecnologia, infraestrutura, pessoal especializado e mudança de cultura.

Somado a isso, há todo um imbróglcio criado em torno do prazo de *vacatio legis*, sobretudo em razão da crise do COVID-19.

O PL 1.179/2020, que estabelece regime jurídico emergencial postergando a data de vigência da lei, cujo prazo de *vacatio* era de dois anos, para janeiro de 2021, a exceção da *vacatio* das multas e sanções que ficariam para agosto de 2021, foi aprovado em primeira votação. Ato contínuo, o Senado acabou por suprimir o dispositivo que prorrogava a vigência da Lei, ficando mantida a prorrogação apenas no que se refere às sanções.

De outro vértice, a Medida Provisória 959/2020, que passou a vigorar na data de sua publicação, 29 de abril do ano corrente, adiou a vigência da lei para maio de 2021. Até 27 de agosto do ano corrente a Medida deverá ser convertida em lei, do contrário caducará.

Neste contexto, verifica-se cenário de insegurança em que a lei poderá entrar em vigor já em agosto do ano corrente, ou apenas em maio do ano que vem.

Apesar disso, a discussão acerca da data exata de vigência da lei torna-se, de certo modo, irrelevante diante do árduo desafio que as empresas terão para se alinharem ao novo regramento.

Se passar a vigorar agora, as empresas que não se adequaram terão desafio impensável pela frente. Por outro lado, caso passe a vigorar no próximo ano, a adequação prévia também se mostra de extrema urgência.

De qualquer forma, considerando o uso maciço de dados característico da era da Big Data e, agora, essencial para que se evite o agravamento da pandemia, somado à dilação já concedida e os impactos econômicos de eventual alargamento de prazo, verifica-se que a crise do COVID-19 não pode mais ser tida como fator que venha a impedir o início da vigência da lei que deve passar a vigorar o quanto antes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bethania de Araujo *et al.* Preservação da privacidade no enfrentamento da COVID-19: dados pessoais e a pandemia global. *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 25, p. 2487- 2492, 2020.

BARROSO, Luis. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Webinário A aplicação da Lei Geral de Dados Pessoais no cotidiano do Poder Judiciário e do STJ. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uhLLtb2AINM>. Acesso em: 21 set. 2020

BEDENDO, Thaynara Zanchin; JUNIOR, Paulo Roberto Pegoraro. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais nas Relações do Comércio Eletrônico (LEI N. 13.709/2018). Disponível em: https://d1wqtxtslxzle7.cloudfront.net/63296745/LEI_GERAL_DE_PROTECAO_DE_DADOS_PESS_OAIS_NAS_RELACOES_DO_COMERCIO_ELETRONICO20200513-98717-2hqh_qj.pdf?1589377796=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DLei_Geral_de_Protecao_de_Dados_Pessoais.pdf&Expires=1598031953&Signature=boD2mn190ye~gT3V3h1wKdFV2QJlhPfqB4

DfNhhberdNER1rQ05AqyYZufHMjtkmaM0YvemmpjN4EGsj7A3gYv269JLtbNgu1qr3u6am~umZJYRAXVKr6bFfG0ftncyolptwp8lzbGsvU6VoG2nLqTcTW4uRmEAbAP76rZMIZifKcj73oYR9MTbBmKy1LASG2qsy0GjAxaJGxX57OzM5rSFK7tJnOVULxANJOuaEqtMrpNLYs6T2lxbRU0QaVWLvgwPtQkGqcWhTJH65NMxLCM38exVCIdBj5vyMXWA1gjalTbKj~jtOP4x8VuyxEGC7ijT9kBMRsuJKrY1Q &Key-Pair-Id=APKA JLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 21 ago. 2020.

CARDOSO, Ana Paula. Pesquisa: 41,6% das empresas não sabem o que é LGPD. Blog Reclame Aqui, 25 set. 2019. Disponível em: <https://blog.reclameaqui.com.br/pesquisa-416-empresas-nao-sabem-que-e-lgpd/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. O direito à proteção de dados e a tutela da autodeterminação informativa. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/constituicao-direito-protacao-dados-tutela-autodeterminacao-informativa>. Acesso em: 21 ago. 2020.

CORTEZ, Frederico. O setor público está preparado para LGPD?. Focus.jor, 2020. Disponível em: <https://www.focus.jor.br/o-setor-publico-esta-preparado-para-lgpd-por-frederico-cortez/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

DONEDA, Danilo. Um código para a proteção de dados pessoais na Itália. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 16, p. 117, 2003.

FENALAW/DIGITAL. LGPD e seus impactos na sociedade. Fenalaw, 31 ago. 2018. Disponível em: <https://digital.fenalaw.com.br/legisla-o/lgpd-e-seus-impactos-na-sociedade>. Acesso em: 21 ago. 2020.

FLAUTO, Fernando. Crowe, 2019. Estamos preparados para a Lei Geral de Proteção de Dados?. Disponível em: <https://crowemacro.com.br/insight/insights-tecnologicos/estamos-preparados-para-a-lei-geral-de-protacao-de-dados/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

FUNCEF. Os impactos da LGPD nas nossas vidas. Funcef.com.br. Curitiba, 28 jan. 2020. Disponível em: <https://www.funcef.com.br/portal/menuprincipal/comunicacao/os-impactos-da-lgpd-nas-nossasvidas.htm#:~:text=Quando%20a%20escola%20%C3%A9%20de%20consequ%C3%AAs%20podem%20ser%20desastrosas>. Acesso em: 22 nov. 2022.

GARCEL, Adriane; MORO, Sergio Fernando. *Data Protection Law and its Interactions With The Anti-Money Laundering Law*. VII Simpósio Internacional de Direito Consinter / Universidad de Computense de Madrid. 17 a 19 de novembro de 2020 - Revista Internacional CONSINTER de Direito. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Proteção jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o mercado. Revista da Faculdade de Direito UFPR, v. 47, p. 141 – 153, 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/15738/10444>. Acesso em: 22 nov. 2022.

GÊNESES IT CONSULTING. Está preparado para a LGPD – Lei Geral de Proteção de Dados?. Disponível em: <https://geneses.com.br/lgpd-lei-geral-de-protacao-de-dados/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins *et al*. A sociedade-rede e o estado-rede. Revista Brasileira de Meio Ambiente Digital e Sociedade da Informação, v. 1, n. 2, p. 2 - 47, 2015.

ICTS. 58% das pequenas empresas não estão preparadas para a LGPD. icts.com.br, 2020. Disponível em: <https://icts.com.br/icts-news/58-das-pequenas-empresas-nao-estao-preparadas-para-a-lgpd>. Acesso em: 21 ago. 2020.

JUNIOR, Paulo Roberto Pegoraro *et al*. Responsabilidade Civil e a *surveillance*: as commodities digitais e o risco da atividade. Revista Judiciária do Paraná, Associação dos Magistrados do Paraná, v. 1, n. 1, jan. 2006. Curitiba: AMAPAR, 2006.

HARTMANN, Ivar. Liberdade de Expressão e Capacidade Comunicativa. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 12, n. 39, p. 145 - 183, 2018.

KAFRUNI, Simone. Mais da metade das empresas não está pronta para lei de proteção de dados. Correio Brasiliense, 17 fev. 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/02/17/internas_economia,828562/mais-da-metade-das-empresas-nao-esta-pronta-para-lei-de-protacao-de-da.shtml. Acesso em: 21 ago. 2020.

MAIA, Adriane. Os impactos da LGPD para os negócios. E-commercebrasil, 2019. Disponível em: <https://www.e-commercebrasil.com.br/artigos/os-impactos-da-lgpd-para-os-negocios/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. v. 1. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016. Revista de Direito Civil Contemporâneo-RDCC (*Journal of Contemporary Private Law*), v. 9, p. 35-48, 2016.

MIZIARA, Raphael. LGPD: razões de sua existência e impactos nas relações de emprego. Jota, 15 mar. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lgpd-razoes-de-sua-existencia-e-impactos-nas-relacoes-de-emprego-15032020. Acesso em: 15 mar. 2020.

MOURA, Marcelo. O Brasil não está pronto para a Lei Geral de Proteção de dados. Época Negócios, 2 nov. 2019, 6:00. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/11/o-brasil-nao-esta-pronto-para-lei-geral-de-protecao-de-dados.html>. Acesso em: 21 ago. 2020.

MONTEIRO, Renato Leite. Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil – Análise. Disponível em: [file:///C:/Users/dell/Downloads/artigo-baptista-luz-pt-lei-geral-de-Protec%C3%A7%C3%A3o-de-dados-do-Brasil%20\(5\).pdf](file:///C:/Users/dell/Downloads/artigo-baptista-luz-pt-lei-geral-de-Protec%C3%A7%C3%A3o-de-dados-do-Brasil%20(5).pdf). Acesso em: 21 ago. 2020.

MORO, Sergio Fernando. Rumo a Nogales. Revista Crusoé, 114. ed, 2020. Disponível em: <https://crusoe.com.br/edicoes/114/rumo-a-nogales/>. Acesso em: 20 set. 2020

PEGORINI, Maria Fernanda Hosken *et al.* Lei Geral de Proteção de Dados: um resumo da LGPD (ATUALIZADO). Legalcloud, 2018. Disponível em: <https://legalcloud.com.br/lei-geral-de-protecao-de-dados-resumo-lgpd/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

PEIXOTO, Andréa Stefani. Lei de Proteção de Dados: entenda em 13 pontos!. Politize, 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/lei-de-protecao-de-dados/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

REDE NACIONAL DE ENSINO E PESQUISA. Qual o impacto da LGPD em instituições de ensino e pesquisa?. Disponível em: <https://www.rnp.br/noticias/qual-o-impacto-da-lgpd-em-instituicoes-de-ensino-e-pesquisa>. Acesso em: 21 ago. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Neoconstitucionalismo e influência dos direitos fundamentais no direito privado. *Revista eletrônica de direito civil*, v. 1, n. 1, p. 1 - 30, 2012.

SARTORI, Ellen Carina Mattias; BAHIA, Cláudio José Amaral. *Big Brother is watching you: da distopia orwelliana ao direito fundamental à proteção de dados pessoais*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, v. 20, n. 3, p. 225 - 248, 2019.

SERPRO. Objetivo e abrangência da LGPD. Disponível em: <https://www.serpro.gov.br/lgpd/menu/tratamento-dos-dados/objetivo-e-abrangencia-da-lgpd#:~:text=A%20Lei%20Geral%20de%20Prote%C3%A7%C3%A3o,da>

%20personalidade%20de%20cada%20indiv%C3%ADuo. Acesso em: 21 ago. 2020.

SILVA, Michael César; SANTOS, Wellington Fonseca. O direito do consumidor nas relações de consumo virtuais. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v.15, n. 30, jul./dez. 2012. ISSN 1808-9429. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2012v15n30p119>. Acesso em: 25 mar. 2020.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; BORGES, Carolina Biazatti; BENEVIDES, Nauani Schades. *The procedural protection of data de-indexing in internet search engines: the effectiveness in brazil of the so-called "right to be forgotten" against media companies*. Revista Jurídica UNICURITIBA, v. 1, n. 54, p. 25 - 50, mar. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Webinário "A aplicação da Lei Geral de Dados Pessoais no cotidiano do Poder Judiciário e do STJ. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=uhLLtb2AINM>. Acesso em: 21 set. 2020

SOCIALGOODBRASIL. Privacidade e proteção de dados pessoais: o impacto da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais na sociedade. Disponível em: <https://socialgoodbrasil.org.br/2019/05/13/privacidade-e-protecao-de-dados-pessoais-o-impacto-da-lei-geral-de-protecao-de-dados-pessoais-na-sociedade/>. Acesso em: 21 ago. 2020.

SOLOVE, Daniel. *The Digital Person. Technology and Privacy in the Information Age*. New York: New York University Press, 2004, p. 19.

SPIECKER, Indra. O direito à proteção de dados na internet em caso de colisão. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 12, n. 38, p. 17-33, 2018.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva nº 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995. Relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Luxemburgo, 1995.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. *The right to privacy*. Harvard Law Review, v. 4, n. 5, p. 193 - 2020, dec. 1890. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1321160?seq=1#metadata_info_tab_contents. Acesso em: 22 nov. 2022.

ZANATTA, Rafael A.F. A proteção de dados pessoais entre leis, códigos e programação: limites do marco civil da internet. *Revista de Direito e Internet*

III: Marco Civil da Internet. São Paulo: Quartier Latin, p. 447 - 470, 2015.