

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

GERALDO LUIZ VIANNA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR: A
CONCEPÇÃO DO “DIREITO COMO INTEGRIDADE”
CONTRA A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

POUSO ALEGRE – MG
2013

GERALDO LUIZ VIANNA

**JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR: A
CONCEPÇÃO DO “DIREITO COMO INTEGRIDADE”
CONTRA A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do Título de Mestre em Direito, ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Orientador: Prof.(a) Dr.(a) Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia.

FICHA CATALOGRÁFICA

V617j

Vianna, Geraldo Luiz.

Judicialização da saúde suplementar: a concepção do “direito como integridade” contra a discricionariedade judicial. 2013. Pouso Alegre-MG: FDSM, 2013.
125f

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia.

Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Saúde suplementar. 2. Judicialização. 3. Discricionariedade judicial. 4. Reajuste de faixa etária. 5. Cobertura contratual. 6. Irretroatividade. 7. Direito como integridade . I. Bahia, Alexandre Gustavo Melo Franco. II. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós-Graduação em Direito. III. Título.

GERALDO LUIZ VIANNA

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR: A CONCEPÇÃO DO “DIREITO
COMO INTEGRIDADE” CONTRA A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL.

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS

Data da aprovação ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia
Orientador
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Prof. Dr. Flávio Barbosa Quinaud Pedron
PUC-Minas

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni
Faculdade de Direito do Sul de Minas

Pouso Alegre-MG
2013

Para minha avó Ivone e meu pai Jorge, *in memoriam*.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Alexandre Bahia, pelas aulas esclarecedoras e pela orientação precisa, segura e atenciosa, que contribuíram imensamente para a realização deste trabalho.

Também aos Profs. Drs. Dierle Nunes, Edson Vieira, Eduardo Henrique, Elias Kallás, José Luiz Quadros, Rafael Simioni, Renato Maia e Walter Guandalini, cujas contribuições durante e/ou após as aulas foram determinantes para um melhor desenvolvimento desta dissertação e, também, da minha formação acadêmica.

Aos colegas de Mestrado por compartilharem as angústias e dificuldades deste caminho, bem como pela convivência, incentivo e contribuição para o meu desenvolvimento acadêmico.

A todos os funcionários da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito, da biblioteca e demais colaboradores da FDSM, pela paciência, atenção e carinho com que sempre me trataram, tornando prazeroso o estudo e a convivência.

Aos amigos e colegas de trabalho pela convivência diária, incentivo e contribuição para o meu desenvolvimento profissional, pessoal e intelectual.

Aos meus familiares que nunca deixaram de me apoiar e incentivar durante toda minha trajetória de vida, especialmente à minha esposa, Beatriz, por estar sempre ao meu lado, mesmo nos momentos mais difíceis, ajudando a ultrapassar todas as barreiras, por mais intransponíveis que pudessem parecer.

"O ser que pode ser compreendido é linguagem".

Hans-Georg Gadamer

RESUMO

VIANNA, Geraldo Luiz. Judicialização da saúde suplementar: a concepção do “direito como integridade” contra a discricionariedade judicial. 2013. 125f. **Dissertação** (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2013.

A presente dissertação pretende enfrentar a problemática da discricionariedade judicial no contexto da judicialização da saúde suplementar, procurando demonstrar que, em cada caso concreto, é preciso encontrar a resposta correta – no sentido dado por Ronald Dworkin – e que, esta resposta deverá ser a resposta mais adequada à Constituição. Para tanto, inicia fazendo uma distinção dos termos judicialização, ativismo e passivismo, bem como entre o positivismo exegético e o positivismo normativista kelseniano, identificando que, neste último, está a origem da discricionariedade judicial. Procura analisar o tratamento normativo e judicial – principalmente do STJ – dado à saúde suplementar no Brasil, visando demonstrar a previsão, na Constituição, de dois sistemas de saúde: o público, de responsabilidade do Estado, e o privado, de caráter suplementar. Por fim, apresenta como hipótese para solução do problema da discricionariedade judicial a concepção do “direito como integridade” de Ronald Dworkin, visando aplicar a referida teoria a dois exemplos de casos difíceis da saúde suplementar: o reajuste por mudança de faixa etária do idoso e a cobertura de procedimentos nos planos de saúde antigos.

Palavras-chave: saúde suplementar, judicialização, discricionariedade judicial, reajuste de faixa etária, cobertura contratual, irretroatividade, direito como integridade.

ABSTRACT

VIANNA, Geraldo Luiz. *Judicialization of supplemental health: the conception of "law as integrity" against judicial discretion*. 2013. 125f. Dissertation (Master in Law) - Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Pouso Alegre, 2013.

This thesis aims to address the problematic of discretion on judicial in the context judicialization of supplemental health, seeking to demonstrate that in each case it is necessary to find the right answer – in the sense given by Ronald Dworkin – and that, this response should be most appropriate one to Constitution. For this, start by making a distinction between the judicialization terms, activism and passivism, as well as between exegetical positivism and kelsenian normativism, identifying that in the latter it is the origin of discretion judicial. It also seeks to analyze the judicial legal treatment – mainly from STJ – given to supplemental health in Brazil, aiming to demonstrate the prediction, in the Constitution, two health care systems: the public, the responsibility of the State, and the private, of supplementary nature. Finally, this thesis presents the theory of “law as integrity” of Ronald Dworkin, as a hypothesis to solve the problem of judicial discretion, aiming put into practice the theory to two examples of hard cases in the supplementary health: the readjustment in monthly payment due to changing age of the elderly and the contractual coverage of proceedings in old plans.

Keywords: supplemental health, judicialization, judicial discretion, readjustment of age, contractual coverage, irretroactivity, law as integrity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. POSITIVISMO NORMATIVISTA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA DECISÃO CONTRA A DISCRICIONARIEDADE	14
1.1. Breves considerações acerca do positivismo exegético	14
1.2. O positivismo normativista de Kelsen e o problema da discricionariedade judicial.....	18
1.3. Judicialização, ativismo judicial e passivismo: uma necessária diferenciação	20
1.4. Ativismo e discricionariedade judicial: a necessidade de uma teoria (pós-positivista) da decisão judicial	26
2. NORMATIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ATUAL REGULAMENTAÇÃO E DE DECISÕES DO STJ	32
2.1. Serviço público <i>versus</i> serviço privado de assistência à saúde na Constituição de 1988	34
2.2. O marco regulatório da saúde suplementar e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1931	36
2.3. Judicialização da saúde suplementar no Brasil: exemplos de “casos difíceis” e o entendimento do STJ	41
2.3.1. O reajuste por mudança de faixa etária do idoso.....	41
2.3.2. A cobertura de procedimentos nos planos antigos	52
2.3.3. A incoerência nas decisões do STJ como característica de uma discricionariedade do positivismo normativista	57
3. A CONCEPÇÃO DO “DIREITO COMO INTEGRIDADE” CONTRA A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	63
3.1. A recepção da virada linguística como condição de possibilidade para uma interpretação constitucionalmente adequada	63

3.2. A integridade do direito em Ronald Dworkin	75
3.3. Argumentos de princípio <i>versus</i> argumentos de política e as decisões judiciais sobre os exemplos de “casos difíceis” envolvendo planos privados de assistência à saúde	93
3.3.1. A irretroatividade como questão de princípio	97
3.4. A cobertura de procedimentos nos planos antigos, o reajuste por mudança de faixa etária do idoso e a necessidade de se analisar e julgar o caso concreto	100
3.5. Conclusões acerca da decisão mais adequada à Constituição quanto à cobertura dos procedimentos nos planos antigos e quanto à possibilidade de reajuste por mudança de faixa etária do beneficiário idoso	106
CONSIDERAÇÕES FINAIS	111
REFERÊNCIAS	117

INTRODUÇÃO

Quando falamos de saúde suplementar, referimo-nos a um setor específico, em que a saúde, de caráter privado, é prestada por operadoras (ou seguradoras¹) de saúde, por meio da comercialização de planos privados de assistência à saúde.

Nos últimos anos, principalmente a partir da edição da lei dos planos privados de assistência à saúde – Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que começou a vigorar em janeiro de 1999 –, tem aumentado significativamente o número de demandas judiciais envolvendo consumidores e operadoras de planos privados de assistência à saúde.

A este fenômeno, convencionou-se dar o nome de judicialização da saúde suplementar, referindo-se à busca por acesso a insumos e serviços de saúde por intermédio da Justiça em face, não do Estado, mas das operadoras que comercializam planos de saúde no mercado da saúde suplementar².

O problema é que, com essa intensificação de ações judiciais envolvendo planos de saúde, passam a ser encontradas decisões que, por um lado, muitas vezes ignoram a existência de lei e regulamentos específicos que tratam do assunto e, com argumentos vagos e subjetivos, determinam às operadoras obrigações que contrariam e/ou vão além das previsões legais e contratuais, principalmente no que diz respeito à cobertura de procedimentos em planos antigos e reajustes dos preços em razão do implemento de determinada idade. Por outro lado, também é possível encontrar decisões judiciais tímidas diante da violação da lei e

¹ O art. 1º da Lei nº 10.185/01 diz que “as sociedades seguradoras poderão operar o seguro enquadrado no art. 1º, inciso I e § 1º, da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, desde que estejam constituídas como seguradoras especializadas nesse seguro, devendo seu estatuto social vedar a atuação em quaisquer outros ramos ou modalidades”, ficando subordinadas, assim como as operadoras, às disposições da Lei nº 9.656/98 e normativos da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) (§ 2º, do art. 1º, da Lei 10.185/01).

² A judicialização da saúde suplementar é uma das facetas da judicialização da saúde que, por sua vez, se insere no âmbito da judicialização da política. Segundo Milton Augusto de Brito Nobre, “o que se pode reconhecer como *judicialização da saúde* não resulta, quer isoladamente, quer em conjunto, apenas das disfunções e insuficiências do SUS ou de reiterados descumprimentos contratuais das operadoras de ‘planos privados’ e nem, ainda, da ausência de um regramento mais consistente a respeito das responsabilidades de todos e de cada um dos seus atores. E, embora não se possa desconhecer que essas causas contribuem para a tão falada *judicialização da saúde*, é de fundamental importância ter em vista que todas são na verdade contingentes e que, ao fim e ao cabo, esse fenômeno é estruturalmente um ângulo do processo de judicialização da política e das relações sociais [...]” (NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada judicialização da saúde: pontos e contrapontos. In.: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 363).

do próprio contrato praticado por operadoras de planos de saúde em detrimento dos seus consumidores.

Acreditamos que este comportamento dos nossos juízes e tribunais é herança do positivismo normativista de matriz kelseniana (que admite que o ato de julgar é um ato de vontade), adotado como pano de fundo (ainda que se valendo de termos e questões postas por teorias mais atuais) por grande parte dos operadores jurídicos no Brasil e que, por vezes, influencia na prática interpretativa que acaba por revelar, conseqüentemente, uma discricionariedade do intérprete/julgador³.

A questão que se coloca é: levando-se em consideração a presente judicialização da saúde suplementar, como compatibilizar essas decisões judiciais de maneira que, efetivamente, juízes e tribunais possam buscar e encontrar a resposta mais adequada aos casos que se lhes apresentam, evitando, assim, julgamentos meramente discricionários?

O trabalho que se inicia pretende oferecer uma alternativa para essa problemática e, para tanto, sugere, como teoria da decisão judicial a ser adotada, a concepção do direito como integridade, de Ronald Dworkin.

Assim sendo, com esse intuito, será apresentada uma linha argumentativa consistente num desenvolvimento que se inicia, no capítulo 1, por meio de algumas sucintas considerações acerca do termo positivismo, especialmente para tentar demonstrar a diferença existente entre duas importantes vertentes do positivismo jurídico: o positivismo exegético (da Escola da Exegese) e o positivismo normativista de Hans Kelsen, sendo que, neste último, encontra-se a origem da discricionariedade judicial tal como é, não raras vezes, aplicada hoje no direito brasileiro, inclusive nos casos que envolvem a saúde suplementar.

Será abordada, também no capítulo 1, a questão da judicialização, diferenciando-a dos termos ativismo e passivismo judicial, bem como a relação entre o ativismo judicial e a discricionariedade judicial, visando demonstrar, ao final do capítulo, a necessidade de se adotar uma teoria da decisão judicial que supere, a um só tempo, o positivismo jurídico nas duas vertentes apontadas, ou seja, uma concepção que consegue superar o subjetivismo, a discricionariedade do positivismo normativista sem que, para isso, precise retornar ao objetivismo, às amarras, do positivismo exegético.

³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 20-32.

Em seguida, no capítulo 2, aborda-se também, desde uma perspectiva positivista, o tratamento normativo dado à saúde suplementar no Brasil, através da análise dos dispositivos legais, dos atos normativos emanados da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) – órgão de regulamentação e fiscalização das atividades das operadoras e seguradoras de saúde – e, principalmente, das normas da Constituição Federal de 1988 aplicáveis ao setor. Posteriormente, ainda no capítulo 2, será abordada a questão da judicialização da saúde suplementar no Brasil, por meio da análise de dois casos específicos e as respectivas decisões que têm sido proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça: o reajuste por mudança de faixa etária do idoso e a cobertura dos procedimentos nos planos antigos.

Após a apresentação, nos capítulos 1 e 2, da problemática envolvendo o fenômeno da judicialização da saúde suplementar e a discricionariedade das decisões judiciais, próprias de um positivismo normativista kelseniano, bem como a tentativa de demonstrar, diante das dificuldades apresentadas no cenário da saúde suplementar, a necessidade de se eleger uma teoria da decisão judicial que seja capaz de superar tais dificuldades, o capítulo 3 apresenta, como alternativa às mencionadas concepções positivistas, a tese dworkiana do direito como integridade que, sobretudo, tem como ponto principal a crítica à discricionariedade judicial, privilegiando um tratamento constitucionalmente adequado aos casos apresentados, encontrando, destarte, uma resposta correta, por mais complexo e difícil que o caso possa parecer.

Considerando-se que Ronald Dworkin é um dos principais filósofos do direito contemporâneo⁴ e que, cada vez mais, o direito tem recebido influência determinante da filosofia – tanto que, em vez de filosofia *do* direito, fala-se em filosofia *no* direito⁵ –, o capítulo 3 se inicia procurando chamar a atenção para a importância da recepção da virada linguística como condição de possibilidade para uma interpretação constitucionalmente adequada, abordando, ainda que de forma superficial e sintética, algumas questões relacionadas ao uso correto da linguagem, que passa a ser (percebida como a) condição de ser

⁴ MACEDO Jr., Ronaldo Porto. Como levar Dworkin a sério ou como fotografar um porco espinho em movimento. In.: GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

⁵ Cf. Streck, “fazer filosofia *no* direito não expressa uma simples ‘terapia conceitual’, mas sim um exercício constante de pensamento dos conceitos jurídicos fundamentais de modo a problematizar seus limites, demarcando seu campo correto de atuação. Enfim, filosofia *no* direito implica construção de possibilidades para a correta colocação do fenômeno jurídico que, na atual quadra da história não pode mais ser descolado de um contexto de legitimação democrática” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163).

do homem no mundo, desde o desenvolvimento da filosofia da linguagem. Com efeito, essa compreensão – também presente na teoria de Dworkin – influencia, de maneira determinante, a questão da interpretação.

Logo depois, ainda no capítulo 3, passa-se a tratar especificamente da teoria do direito como integridade, abordando alguns aspectos considerados relevantes da concepção dworkiana, tais como o combate às teorias positivistas do direito, a ideia de interpretação construtiva, as metáforas do romance em cadeia e do juiz Hércules, as virtudes da equanimidade, da justiça, do devido processo legal e da integridade, a relação entre regras e princípios, a distinção entre princípios morais e políticas públicas, além de outras questões importantes da teoria.

Por derradeiro, o final do capítulo 3 procura aplicar a concepção do direito como integridade aos casos complexos envolvendo planos privados de assistência à saúde apresentados no decorrer do trabalho – ou seja, a amplitude da cobertura de procedimentos nos planos antigos e a possibilidade do reajuste por mudança de faixa etária do beneficiário idoso – concluindo acerca das decisões mais adequadas constitucionalmente, sempre tendo como pano de fundo a teoria de Dworkin, trabalhada durante o texto.

1. POSITIVISMO NORMATIVISTA, JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL: A NECESSIDADE DE UMA TEORIA DA DECISÃO CONTRA A DISCRICIONARIEDADE

1.1. Breves considerações acerca do positivismo exegetico

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., “o termo positivismo não é, sabidamente, unívoco. Ele designa tanto a doutrina de Auguste Comte⁶, como também aquelas que se ligam à sua doutrina ou a ela se assemelham”⁷. Diz o autor que as teses de Comte foram base comum para o positivismo do século XIX e que daí surgiu, finalmente, a negação de toda a metafísica e a preferência dada às ciências experimentais⁸.

Neste sentido, António Manuel Hespanha diz que

a evolução das ciências naturais e a sua elevação a modelo epistemológico lançaram a convicção de que todo o saber válido se devia basear na observação das coisas, da realidade empírica (“posita”, “positiva”). De que a observação e a experiência deviam substituir a autoridade e a especulação filosofante como fontes de saber. Este espírito atingiu o saber jurídico a partir das primeiras décadas do século XIX. Também ele, se quisesse merecer a dignidade de ciência, devia partir de coisas positivas e não de argumentos de autoridade (teológica ou doutoral) ou de especulações abstratas⁹.

Vera Regina Pereira de Andrade, por sua vez, faz uma distinção entre o positivismo materializado através das escolas de pensamento específicas¹⁰ – “que, do ponto de vista da história das ideias, se desenvolvem com certa homogeneidade e continuidade” – e o

⁶ “Comte entende por ‘ciência positiva’ *coordination de faits*. Devemos, segundo ele, reconhecer a impossibilidade de atingir as causas imanentes e criadoras dos fenômenos, aceitando e suas relações recíprocas como o único objeto possível de investigação científica” (FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 31).

⁷ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 31.

⁸ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 31.

⁹ HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Mira-Sintra/Men-Martins: Publicações Europa-América, 1997, p. 174.

¹⁰ Cf. Vera Andrade, como Escolas são reconhecidas “a Filosofia Positiva (representada por Saint-Simon (na primeira fase do seu pensamento) Comte, Spencer, Darwin e outros), a Escola positiva italiana (representada por Lombroso, Ferri, Garofalo e outros) e a Escola de Viena, Neopositivismo ou Positivismo lógico (representada por Wittgenstein (na primeira fase de seu pensamento) Carnap e outros)” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 37).

positivismo como conceito classificatório¹¹ – cuja formulação remete a diferentes raízes e tradições do pensamento. Segundo a autora, o positivismo jurídico seria um conceito classificatório¹².

No entanto, o termo positivismo jurídico também possui mais de um sentido. Nas palavras de Dimitri Dimoulis, “o positivismo jurídico constitui um conjunto de proposições teóricas em torno dos seguintes aspectos fundamentais do ordenamento jurídico: a) definição (fontes, função, finalidade); b) relação com outros fenômenos normativos; c) interpretação das normas jurídicas; d) avaliação política e proposta de reforma do direito em vigor”¹³.

Para o autor,

[i]sso indica que o *positivismo jurídico (PJ)* é uma teoria explicativa do fenômeno jurídico, isto é, uma das possíveis historicamente presentes e atualmente defendidas teorias do direito.

O emprego do termo “positivismo” faz surgir a interrogação se o PJ é uma corrente de pensamento peculiar ou se constitui a versão jurídica do positivismo nas ciências humanas e na filosofia, que se fundamenta na tese da objetividade e no estudo de fatos mediante observação.

Alguns autores afirmam, de forma genérica, que o PJ adota a “filosofia positivista”. Outros consideram que o PJ se vincula especificamente ao positivismo filosófico à lá Auguste Comte e ao positivismo das ciências naturais do século XIX. Sustenta-se também que importantes expoentes do PJ, como Alf Ross e Herbert Hart, receberam influências decisivas do positivismo lógico ou analítico.

É inegável que os partidários do PJ foram influenciados pelo positivismo filosófico, como se percebe na tendência de rejeitar teses metafísicas e/ou idealistas sobre a natureza do direito, concentrando-se em fatos demonstráveis, tais como a criação de normas jurídicas pelo legislador político. Mas isso não significa que os partidários do PJ aceitem todas as ideias historicamente designadas como positivistas. Isso seria impossível em razão da multiplicidade das abordagens positivistas tanto no direito como em âmbito científico e/ou filosófico¹⁴. (grifos do original)

Todavia, o positivismo jurídico, é importante destacar, não foi apenas uma tendência científica e/ou filosófica, mas também esteve ligado à necessidade de segurança da sociedade burguesa¹⁵. Conforme Tércio Sampaio Ferraz Jr.,

¹¹ Cf. Vera Andrade, o conceito classificatório “traduz um núcleo ou unidade mínima e genérica de sentido desta matriz epistemológica [positivismo, positivismo científico ou concepção positivista] que permita abarcar as suas heterogêneas raízes e desenvolvimentos” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 37).

¹² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 37.

¹³ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 65-66.

¹⁴ DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 66.

¹⁵ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 31.

o período anterior à Revolução Francesa caracterizava-se pelo enfraquecimento da justiça, mediante o arbítrio inconstante do poder da força, provocando a insegurança das decisões judiciais. A primeira crítica a esta situação veio do círculo dos pensadores iluministas. A exigência de uma sistematização do Direito acabou por impor aos juristas a valorização do preceito legal no julgamento de fatos vitais decisivos. Daí surgiu, na França, já no século XIX, a poderosa “École de Exégèse”¹⁶.

Grande parte da dogmática jurídica brasileira, quando fala em “positivismo jurídico”, refere-se ao positivismo primitivo, da Escola da Exegese, que afirmava que o direito se fazia na literalidade da lei (ou dos Códigos), produto da criação exclusiva do Parlamento. Para o positivismo exegético, ao juiz cabia apenas aplicar a lei, sendo-lhe vedado (porque desnecessário) realizar interpretações. De maneira despreocupada, essa parte da dogmática, ao mesmo tempo em que trata do positivismo jurídico como se houvesse apenas essa fase primitiva, refere-se a Hans Kelsen como o seu criador, o que acaba gerando grande confusão¹⁷.

Destarte, tendo em vista a pretensão do presente trabalho, no sentido de dirigir críticas ao positivismo normativista que veio após Kelsen – ou seja, ao positivismo que admite a discricionariedade judicial, como será abordado mais à frente, – é necessário, antes, esclarecer, ainda que superficialmente, a diferenciação entre exegetismo e normativismo¹⁸.

Após a Revolução Francesa de 1789, a codificação foi a solução para desconectar o (novo) direito – agora produto exclusivo da criação humana – do passado histórico, bem como centralizar o direito que até então era costumeiro e fragmentado.¹⁹

Conforme Antônio Manuel Hespanha,

foi sobretudo em França que a codificação, produto (embora não na sua fase inicial) da Revolução, mudou mais radicalmente a face do direito, fazendo tábua rasa do direito anterior e promovendo, por isso, a identificação do direito com os novos códigos [...] ²⁰.

¹⁶ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 31.

¹⁷ Neste sentido, afirma Dimitri Dimoulis que “[a] grande maioria dos estudos [sobre positivismo jurídico] se satisfaz com referências abstratas a uma abordagem que denomina genericamente ‘positivismo’ e relaciona quase sempre com a obra de Kelsen” (DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 133).

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

¹⁹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Intepretação, argumentação e decisão jurídica no positivismo clássico*. Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 3-7.

²⁰ HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Portugal: Publicações Europa-América, p. 267.

Com isso, o direito encontrava-se totalmente codificado. “A lei – nomeadamente, esta lei compendiada e sistematizada em códigos – adquiria, assim, o monopólio da manifestação do direito. A isto se chamou legalismo ou positivismo legal”²¹.

Foi logo após o advento do Código Civil de Napoleão, em 1804, que a Escola da Exegese teve, na França, o seu desenvolvimento inicial. “Os exegetas se propunham a estudar o Código crendo que seus comentários poderiam fixar o sentido das regras ali contidas”.²² Sua influência, no entanto, ultrapassou as fronteiras daquele país e se fez presente na maior parte dos países da Europa continental do século XIX, exercendo, até hoje, uma influência significativa no ensino e prática do direito²³.

Sendo a lei a única fonte do direito, não podia haver um outro direito, nem doutrinário – porque ele já tinha sido incorporado ao código pela vontade geral – e nem jurisprudencial – porque ao juiz não competia o poder de estabelecer o direito (poder legislativo), mas tão somente o de aplicar (poder judicial)²⁴. Diante da perfeição da norma, ao juiz cabia apenas pronunciar as palavras da lei, como *bouche de la loi*²⁵.

Segundo Hespanha,

[e]sta supremacia estrita da lei sobre a doutrina e a jurisprudência já fora proposta por Montesquieu, para quem os juízes deviam ser ‘a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem a força, nem o rigor dela. Mas com o advento da Revolução, da legitimidade política que ela trouxera à lei e a da desconfiança que lhe é característica quanto ao corpo dos magistrados e dos juristas, a ideia do primado da lei ganha tanta força que chega a levar à pura e simples proibição da interpretação, obrigando os tribunais a recorrerem ao legislativo ‘sempre que entendessem necessário interpretar uma lei’. (référé législatif, lei francesa de 16-24 de Agosto de 1790)²⁶.

²¹ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Portugal: Publicações Europa-América, p. 268.

²² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação jurídica no estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. In: CATONNI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 305.

²³ LIMA, Iara Menezes. *Escola da exegese*. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. nº 97. Belo Horizonte: UFMG, jan-jun de 2008, p. 106.

²⁴ HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Mira-Sintra/Men-Martins: Publicações Europa-América, 1997, p. 177.

²⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese*. In: WAMBIER, Teresea Arruda Alvim. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2012, p. 367.

²⁶ HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Portugal: Publicações Europa-América, p. 268.

É a este positivismo que se refere quando se fala em positivismo exegético, legalista ou primitivo, o que não se confunde com o positivismo normativista (também chamado de neopositivismo) de Kelsen.

1.2. O Positivismo normativista de Kelsen e o problema da discricionariedade judicial

Como veremos no capítulo 3, com a “viragem linguística lógica”, o paradigma da filosofia da consciência²⁷ começou a ser superado no século XX, e esta formulação influenciou o pensamento de Kelsen²⁸ que, no campo do direito, desenvolveu um novo positivismo jurídico (positivismo normativista ou neopositivismo), superando, assim, aquele positivismo primevo (exegético). Segundo Streck, para Kelsen (e aqui reside um dos pontos centrais da questão), o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático²⁹, pois a norma é o resultado da interpretação do texto, sendo que o texto pode ter (e provavelmente terá) mais de um significado³⁰.

No capítulo VIII da “Teoria Pura do Direito”, Kelsen começa fazendo uma cisão entre interpretação autêntica e não-autêntica ou, se preferir, entre direito e ciência do direito. A interpretação autêntica é um “ato de vontade” e, realizada por um órgão jurídico, tem o condão de criação do direito no momento de sua aplicação (prescrições jurídicas). Já a interpretação não-autêntica é um “ato de conhecimento” que, realizada pelos indivíduos que

²⁷ É possível dizer que desde Aristóteles já se estabelecia uma distinção entre conhecimento teórico – que é o conhecimento científico, que pergunta pela verdade objetiva do mundo – e conhecimento prático – que é o conhecimento prudencial (*phronesis*), que pergunta pela correção normativa das nossas práticas no mundo. Com o surgimento da modernidade no século XV, o objetivismo da metafísica clássica aristotélica cedeu lugar ao subjetivismo da filosofia da consciência. Nas duas teorias metafísicas (clássica e moderna), a linguagem é um mero instrumento que liga o sujeito ao objeto, sendo que na primeira o conhecimento está no objeto e na segunda há um descolamento do conhecimento para o sujeito, permanecendo a linguagem como mero instrumento interposto entre o sujeito e o objeto (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Decisão jurídica e autonomia do direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia*. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 156).

²⁸ Cf. Rafael Simioni, “com base nessa concepção neopositivista de ciência [neopositivismo lógico da segunda fase do Círculo de Viena], Kelsen vai procurar fundar uma ciência genuinamente jurídica, isto é, uma ciência do direito diferenciada da sociologia, da filosofia e da política jurídica” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Intepretação, argumentação e decisão jurídica no neopositivismo de Hans Kelsen*. FDSM, 2012, p. 10-11).

²⁹ Lenio Streck, quando se refere a uma ênfase na semântica, está apontando para o problema da interpretação do direito tal qual é descrito por Kelsen no capítulo VIII do seu Teoria Pura do Direito (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33).

³⁰ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 389-390.

têm de observar (e não aplicar) o direito e, especialmente, pela ciência jurídica, apenas identificam as possibilidades de aplicação do direito (proposições jurídicas) diante das normas plurissignificativas e da sua indeterminação, dando forma à moldura que representa o direito a interpretar. Segundo Kelsen, a fixação da moldura (pela interpretação não-autêntica) não conduz a uma única resposta correta, mas a várias soluções possíveis, e com igual valor – esta é a superação que Kelsen faz frente aos exegetas, pois que ele diz que uma mesma norma pode possuir vários sentidos, ao contrário daqueles, para os quais “a regra era clara e, se assim era, não havia necessidade de interpretação (*in claris cessat interpretatio*)” e, ainda que se admitisse eventualmente a existência de obscuridades, estas seriam sempre aparentes, pois “com o uso de certos ‘métodos’ de interpretação, descobrir-se-ia ‘a real vontade do legislador’ (*mens legislatoris*), ou – como veio a se defender posteriormente – ‘o verdadeiro sentido da norma’ (*mens legis*)”³¹. Neste ato (de conhecimento), a ciência jurídica deve estar livre de interferência das demais ciências (moral, religião, valores sociais, bem comum, justiça etc.)³².

Kelsen admite que a interpretação feita pelo órgão aplicador do direito, que é sempre autêntica e ato de vontade, está presente não só quando esta interpretação assume a forma de uma lei geral, mas também quando cria direito apenas para um caso concreto, como no caso da sentença transitada em julgado.

Segundo o jurista de Praga, pela via da interpretação autêntica não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa e, além disso, a escolha de uma ou outra possibilidade de interpretação poderá basear-se em critérios não jurídicos – somente a ciência jurídica está livre das interferências das demais ciências³³. Aí reside o principal problema lançado por Kelsen que, nas palavras de Streck,

³¹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A regra não é clara. A atualidade do quadro de interpretações possíveis de Hans Kelsen*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2258, 6 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13467>>. Acesso em: 22 jul. 2013.

³² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 389.

³³ Segundo Rafael Simioni, “nesses casos [em que a interpretação autêntica pode produzir norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa], a decisão já não pode mais ser considerada juridicamente correta. Mas se assim foi, inexistindo possibilidade jurídica de anulação da decisão – porque por exemplo ocorreu o trânsito em julgado ou a preclusão –, a decisão marginal à moldura do direito passa a ter validade. E passa a ter validade na forma de um direito novo. Isso pode ser bastante comum no âmbito dos tribunais superiores, responsáveis por dar a última palavra sobre as decisões e contra as quais já não cabem mais recursos” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Interpretação, argumentação e decisão jurídica no neopositivismo de*

perdura de modo difuso e, por vezes, inconsciente no imaginário dos juristas: a ideia de discricionariedade do intérprete ou do decisionismo presente na metáfora da “moldura da norma”. É nesse sentido que se pode afirmar que, no que tange à interpretação do direito, Kelsen amplia os problemas semânticos da interpretação, acabando por ser picado fatalmente pelo “agulhão semântico” de que fala Ronald Dworkin³⁴.

Assim, Kelsen ao final faz uma constatação, no sentido de que a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista, e este desvio é impossível de ser corrigido³⁵.

Portanto, o positivismo exegético foi superado por Kelsen. A questão que se coloca agora, porém, é: como corrigir este problema deixado pelo neopositivismo kelseniano? Como enfrentar a discricionariedade do intérprete/julgador?

A problemática do enfrentamento da discricionariedade se agrava ainda mais quando, diante de um acentuado protagonismo do Poder Judiciário³⁶, frequentemente questões relevantes para a sociedade – ou para determinados setores da sociedade – são levadas para decisão dos juízes e tribunais. É a chamada judicialização, que, aliás, não se confunde com ativismo judicial, como veremos na sequência.

1.3. Judicialização, ativismo judicial e passivismo: uma necessária diferenciação

Para falar especificamente do problema da discricionariedade na judicialização da saúde suplementar e seu tratamento em uma cultura ainda muito enraizada no positivismo exegético e que, por isso, utiliza-se (inconscientemente) do positivismo normativista kelseniano sob o argumento de superação da aplicação *ipsis litteris* da lei, tornam-se importantes, antes, dois esclarecimentos: (i) a diferença entre judicialização e ativismo – termos que equivocadamente são utilizados na cotidianidade jurídica como sinônimos, seja

Hans Kelsen. Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 47).

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33-34.

³⁶ STRECK, Lenio Luiz. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>, acesso em 19/09/2013.

em sentido positivo ou negativo – e (ii) a concepção minimalista, também conhecida como passivismo, autocontenção ou autorrestrrição (*self restraint*).

Para Luís Roberto Barroso,

[j]udicialização significa que algumas questões de larga repercussão político ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro³⁷.

Segundo o jurista, “a primeira grande causa da judicialização foi a *redemocratização do país*, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988”. A nova Constituição trouxe a recuperação das garantias da magistratura e transformou o judiciário em verdadeiro poder político. Ao mesmo tempo, essa redemocratização reavivou o sentido de cidadania, dando maior nível de informação e consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses na justiça. A segunda causa foi a “*constitucionalização abrangente*”, isto é, o fato de a nossa Constituição ser “analítica, ambiciosa e desconfiada do legislador”, trazendo inúmeras matérias para o nível constitucional, faz com que as pretensões jurídicas – que num primeiro momento dependiam exclusivamente de políticas públicas – possam ser formuladas em ações judiciais. Finalmente, o autor aponta uma terceira e última causa da judicialização no Brasil, que seria o nosso abrangente “*sistema de controle de constitucionalidade*”. Com este sistema, comportando dois modelos distintos de controle diversos (difuso e concentrado³⁸), qualquer juiz ou tribunal poderá realizar o controle de constitucionalidade de modo incidental e, ao mesmo tempo, matérias podem ser levadas em tese³⁹ e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal (STF)⁴⁰.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 276.

³⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 46-68.

³⁹ No controle concentrado de constitucionalidade fala-se em julgamento de tese (e não de caso), pois, “por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando à obtenção da invalidade da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais” (cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 665). Não podemos esquecer, no entanto, da crítica que parte da doutrina tem feito à tendência de “padronização decisória” dos nossos tribunais superiores, na medida em que as reformas têm se concentrado na tentativa de uniformização da jurisprudência a

Às razões apontadas por Barroso para uma evidente judicialização em nosso país, especialmente no concernente à implementação de direitos fundamentais, pode-se incluir (talvez como principal causa) a chamada “crise das instituições”.

Vemos uma democracia representativa em crise e um Parlamento sem agenda. Um Executivo que não promove políticas públicas necessárias para garantia dos direitos fundamentais; em verdade, as políticas públicas deste último se preocupam apenas com a tentativa de redivisão de renda, mas não com a consecução de todo o projeto constitucional de 1988 e de políticas de consolidação de direitos fundamentais. A constituição em nosso país muitas vezes se amolda ao detentor do “governo”. Temos acompanhado que cada novo governo a CRFB passa por uma série de emendas para permitir a “governabilidade”, quando ela que deveria ditar os fundamentos das políticas públicas⁴¹.

Segundo Diogo Bacha e Silva, é preciso entender o fenômeno da judicialização dentro de um contexto de crise da democracia representativa. Os principais motivos para que sejam levadas demandas ao Judiciário, na realidade, são: falta de simetria entre a vontade do Legislativo e a vontade de quem ele deveria representar; a omissão no tratamento de questões divergentes; e/ou a inércia ou ineficiência da realização de políticas públicas pelo Executivo⁴².

Alexandre Bahia e Dierle Nunes afirmam que “a judicialização serviria como técnica compensatória das deficiências das outras funções estatais (Executivo e Legislativo) em face de sua propagada ineficiência e obscurece a crise institucional dessas funções”⁴³. Seria como

todo custo, estabelecendo “*standards* interpretativos” a partir do julgamento de alguns casos considerados semelhantes. Ou seja, mesmo quando não se trata de controle concentrado de constitucionalidade, “um Tribunal de ‘maior hierarquia’, diante da multiplicidade de casos, os julgaria abstraindo-se de suas especificidades e tornando-lhes apenas o ‘tema’ a ‘tese’ subjacente”. Todavia, não se pode olvidar que “cabe ao Poder Judiciário o julgamento de causas e não de teses” (THEORODO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, 2010, p. 24), o que, aliás, é previsto expressamente no art. 102, III (recurso extraordinário) e no art. 105, III (recurso especial) da Constituição Federal de 1988.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 277-278.

⁴¹ THEORODO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. In: Revista de Processo. São Paulo: RT, 2010, p. 11.

⁴² SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 138.

⁴³ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise na democracia representativa: a infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. nº 100. Jan./jun. 2010, p. 63.

um método de compensação emergencial em face da eventual omissão dos Poderes Legislativo e Executivo⁴⁴. Para os autores,

[t]al fato, entretanto, se mostra problemático e, ainda que possa ser uma necessidade para casos emergenciais, não pode ser tido como uma opção de longo prazo. Pretensões a direito devem passar pela arena pública de discussão e formação da vontade pública institucionalizada (Parlamentos), lugar onde os mais variados temas podem ser debatidos por partidos políticos de diferentes ideologias. Casos urgentes podem (e devem) receber “proteção” do Judiciário, mas haverá uma confusão entre “questões de princípio” e “questões de política” se a arena representativa for relegada a segundo plano e o Judiciário transformado em promotor de políticas públicas⁴⁵.

Como veremos mais detalhadamente no capítulo 3, na concepção de Dworkin, o Poder Judiciário deve decidir os casos à luz de argumentos que garantam ou protejam direitos individuais ou de grupo de indivíduos (argumentos de princípio) e não com base em argumentos que procuram justificar uma decisão mostrando que ela protege ou cumpre um objetivo político da comunidade (argumentos de política)⁴⁶.

No contexto brasileiro, enquanto a judicialização é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou e, principalmente, da crise da democracia representativa, “[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modelo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, culminando numa mais ampla e intensa participação do Judiciário na (tentativa) de concretização dos objetivos constitucionais com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes⁴⁷.

Conforme Luís Roberto Barroso,

[a] postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição em situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da

⁴⁴ SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 138.

⁴⁵ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise na democracia representativa: a infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. nº 100. Jan./jun. 2010, p. 62-63.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 279.

Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas⁴⁸.

O oposto ao ativismo judicial é a “auto-contenção” – o que também se denomina “passivismo”, “minimalismo” ou “*self-restraint*”⁴⁹ –, onde o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros dois Poderes, evitando aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, utilizando critérios rígidos e conservadores para declarar inconstitucionalidade e abstendo-se de interferir nas políticas públicas⁵⁰.

O problema é que

ambas as concepções [ativismo e passivismo], vistas de modo extremado, podem conduzir a uma credulidade nas virtudes do decisor solipsita (Poder Judiciário), na primeira hipótese, ou reduzir o papel da esfera processual e judicial na busca de direitos fundamentais não ofertados aos cidadãos, no segundo caso⁵¹.

Segundo Dworkin⁵², à primeira vista o passivismo parece uma teoria atraente na medida em que os juízes devem submeter sua vontade às vontades das maiorias políticas, mas, quando verificamos os problemas decorrentes de uma postura passivista por parte dos julgadores, fragilizam-se seus fundamentos intelectuais. Quando se tem uma cultura constitucional onde os indivíduos têm direitos contra as maiorias políticas, a consequência mais provável é rejeitar o passivismo.

Rejeitar o passivismo, no entanto, não significa dizer que devemos aceitar a teoria contrária, ou seja, o ativismo. Como diz Dworkin⁵³, o “ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”, onde o juiz, para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 279.

⁴⁹ THEORODO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2010, p. 11.

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 280.

⁵¹ THEORODO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. In: *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2010, p. 11.

⁵² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 451.

⁵³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 451.

de vista sobre como se fazer justiça, ignora o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições da cultura política. Mas (como veremos no capítulo 3) o direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima, exige que os juízes apliquem a Constituição por meio da interpretação e que suas decisões devem ajustar-se à prática constitucional, e não ignorá-la⁵⁴.

Um julgamento interpretativo envolve a moral política, e o faz d[e] maneira complexa [...]. Mas põe em prática não apenas a justiça, mas uma variedade de virtudes políticas que às vezes entram em conflito e questionam umas às outras. Uma delas é a equidade: o direito como integridade é sensível às tradições e à cultura política de uma nação, e, portanto, também a uma concepção de equidade que convém a uma Constituição. A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania⁵⁵.

Com efeito, não se trata de uma escolha entre o ativismo e o passivismo judicial, mas sim da busca por uma alternativa que seja mais adequada ao modelo constitucional que se adotou, pois os direitos, ao mesmo tempo, não estão restritos aos textos das leis, à intenção original do legislador ou ao verdadeiro sentido da norma, nem tampouco justificam que o judiciário ordene de maneira arbitrária os demais poderes e/ou as pessoas a fazerem o que ele acha que deve ser feito. Os direitos devem ser resultado de uma interpretação adequada, ajustadas às práticas históricas (interpretação construtiva) e justificada em princípios de moralidade política. Conforme veremos no capítulo 3, a integridade exige coerência, não passividade, muito menos ativismo judicial⁵⁶.

Quanto aos problemas gerados pela confusão entre judicialização e ativismo judicial, para Lenio Streck,

[n]o Brasil, a questão é bem mais complexa, até pela previsão de direitos sociais no texto constitucional. O problema, portanto, não reside na mera concessão de liminares na área da saúde ou na educação, para citar dois delicados campos sociais. Essa questão se complexou no momento em que os juízes confundiram judicialização com ativismo, optando pelo segundo. Com isso, o Estado deixou de elaborar políticas públicas para atender – por vezes “comodamente” – às determinações judiciais, o que enfraquece a cidadania. Além disso, à luz de uma

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 452.

⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 452.

⁵⁶ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *O convencionalismo de Hart e o pragmatismo de Posner na perspectiva do direito como integridade de Dworkin*. Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco, n. 10, ano 5, jul./dez. 2011, p. 120-121.

leitura mais substancialista, a cidadania sobre revezes com as posturas self-restraining dos tribunais e do Supremo Tribunal Federal, que, ainda nesta quadra da história, por vezes, adotam posturas exegéticas, fazendo valer regras desindexadas dos princípios constitucionais.

O problema é que o Judiciário sempre se encontra diante de um dilema: se assume postura intervencionista, imiscuindo-se até mesmo no controle de políticas públicas ou de instalação de CPIs, é acusado de ativista [...]; se assume uma postura self-restraining (veja-se o caso do mandado de injunção e a discussão sobre a cassação das liminares durante a “grande privatização” ocorrida no governo Fernando Henrique), é criticado por sua timidez ou conservadorismo⁵⁷.

No cenário atual, quanto às ações que envolvem planos privados de assistência à saúde (objeto de análise do presente trabalho), podemos encontrar mais facilmente decisões judiciais com características próprias de um ativismo do que decisões minimalistas (ou passivistas). Porém, o que nos causa preocupação ainda maior é o fato de algumas decisões apresentarem-se deficitárias de uma fundamentação constitucionalmente adequada, principalmente nos tribunais estaduais e no Superior Tribunal de Justiça, o que demonstra que a discricionariedade judicial, própria de um positivismo normativista (ou seja, de um pseudo apego às normas que apenas esconde a pura discricionariedade), ainda vigora em nossa comunidade jurídica.

1.4. Ativismo e discricionariedade judicial: a necessidade de uma teoria (pós-positivista) da decisão judicial.

No que diz respeito à judicialização, embora não seja este o foco principal do presente trabalho, é possível dizer com certa segurança que, sendo uma realidade fática contingencial decorrente do modelo constitucional adotado, é somente superando a crise da democracia representativa que poderá ser solucionado o problema do acúmulo de ações no Judiciário com vistas à resolução de questões (políticas e sociais) de grande relevância para a sociedade. Ou seja, se os poderes legislativo e executivo conseguirem realizar, de maneira eficaz, as funções que lhe foram estabelecidas pela Constituição Federal, especialmente na concretização das políticas públicas, haverá uma tendência natural de diminuição de ações intentadas na justiça com o objetivo de garantir direitos, sobretudo os fundamentais sociais, como é o caso da saúde.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 195-196.

No entanto, permanecendo a crise da democracia representativa e, conseqüentemente, estando presente a judicialização, o ativismo judicial ou o passivismo acabam aparecendo com maior intensidade nas decisões judiciais, dado que, em razão da vedação do *non liquet*, o Judiciário não pode abster-se do exercício da atividade jurisdicional e deve (obrigatoriamente) proferir uma decisão para os casos que lhes são apresentados (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988).

Por vezes, esta decisão judicial fica aquém das expectativas e não consegue proteger suficientemente direitos e garantias fundamentais violados (por ação ou por omissão dos outros dois Poderes), exatamente em razão de uma postura minimalista, que se contenta com uma aplicação exegética da norma expressa ao caso concreto, por meio da simples subsunção do fato ao texto da lei, sem considerar os princípios fundamentais (constitucionais) por trás da regra, que deveriam ser levados em conta no momento da decisão⁵⁸. É o que se verifica, por exemplo, no triste episódio ocorrido em janeiro de 2012 na cidade de São José dos Campos, no interior do estado de São Paulo, que ficou conhecido como “Caso Pinheirinho”⁵⁹.

Por outro lado, sob o pretexto de ultrapassar as barreiras do positivismo (neste caso, o exegético), autodenominadas “neoconstitucionalistas”, é possível encontrar teorias – e decisões judiciais – que, ou “afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base em uma suposta ‘superção’ da literalidade do texto legal” para proteger direito fundamental violado, ou realizam políticas públicas em casos concretos na pretensão de efetivar direitos fundamentais, sem observar, em ambos os casos, a tradição histórica e as conseqüências de sua decisão, isto é, sem se dar conta de sua situação no mundo prático – o que, com Gadamer, podemos chamar de “consciência histórica efetual”⁶⁰ e, com Dworkin, integridade⁶¹.

A questão que se coloca é que muitas destas interpretações/decisões – sem uma fundamentação consistente e constitucionalmente adequada, vistas como um ato de vontade do órgão jurídico aplicador do direito – padecem daquela discricionariedade própria do

⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 42.

⁵⁹ “No dia 22 de janeiro, ao executar uma decisão judicial de reintegração de posse em favor da massa falida do grupo Selecta S/A, do investidor Naji Nahas, dois mil soldados da Polícia Militar de São Paulo desalojaram cerca de 1600 famílias que ocupavam um terreno de 1,3 milhão de metros quadrados em São José dos Campos (SP), conhecido como favela do Pinheirinho”. Texto disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/02/23/entenda-o-caso-pinheirinho>. Acesso em 28/10/2012.

⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. V. I. 3 ed. Petrópolis. Vozes, 1999, p. 449.

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 213.

positivismo normativista kelseniano.⁶² Essas decisões vêm muitas vezes “fundamentadas” em “macroprincípios” como dignidade da pessoa humana, direito à vida, direito à saúde, razoabilidade e proporcionalidade, bem como na necessidade de ponderação e escolha (arbitrária) do melhor princípio quando há “conflito” entre dois ou mais aplicáveis ao mesmo caso – numa equivocada recepção, à brasileira, da teoria da argumentação alexyana⁶³. Isso quando não criam “princípios” *ad hoc*, sem qualquer lastro normativo, para resolver os “casos difíceis” – o que Lenio Streck chamou de “panprincipiologismo”⁶⁴.

Podemos citar, como exemplo de ativismo judicial somado à discricionariedade, o caso da saúde, “onde se tem visto milhares de ações em que se demanda judicialmente a concretização de prestações públicas”⁶⁵ e que, muitas vezes, os mais diversos pedidos são julgados procedentes apenas com base no princípio da dignidade da pessoa humana e/ou no direito ao acesso (universal) à saúde⁶⁶, mesmo quando se trata de saúde privada, que recebe tratamento pela Constituição Federal diferente da saúde pública, possui legislação e normas específicas emanadas de um Agência Reguladora tratando sobre o assunto e um contrato firmado entre as partes nos termos da regulamentação vigente.

A problemática da não percepção da viragem linguística ontológica⁶⁷ e da equivocada recepção de teorias da interpretação/decisão pela dogmática jurídica brasileira – que Lenio Streck denomina “pós-positivismo” ou “neoconstitucionalismo” à brasileira – vem sendo fortemente denunciada por alguns autores nacionais, principalmente pelo próprio Streck que, em uma de suas obras, afirma:

⁶² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 387-397.

⁶³ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

⁶⁴ Cf. STRECK. *O panprincipiologismo e a refundação positivista*. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 221; e STRECK. *Verdade e consenso*, p. 517.

⁶⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Fundamentos de teoria da constituição: a dinâmica constitucional no estado democrático de direito brasileiro*. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 142.

⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz dos exemplo do direito à proteção e promoção da saúde*. In.: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 117-147.

⁶⁷ A questão da virada linguística ontológica será tratada, de forma sucinta, no item introdutório do capítulo 3.

[...] a noção de discricionariedade, vinculada à jurisdição, aparece no contexto de teorias positivistas e pós-positivistas a partir do momento da “descoberta” da *indeterminação do direito*. Isso se dá, basicamente, porque, como bem demonstra Losano, no século XX “a razão é substituída pela vontade, a relação entre a norma e a sentença assume um aspecto completamente diverso. *A decisão do caso concreto já não depende das racionais leis da lógica, mas da vontade do juiz*”. Assim, da Escola do Direito Livre, passando pela Jurisprudência dos Interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento comum: o ato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela “razão”; um espaço que, necessariamente, será preenchido pela vontade *discricionária* do intérprete/juiz (não podemos esquecer que, nesse contexto, *vontade* e *discricionariedade* são faces da mesma moeda).

Esse fator também pode ser demonstrado do seguinte modo: todas essas teorias e propostas metodológicas do século XX nada mais fazem do que superar o positivismo exegético-primitivo. Esse é um ponto absolutamente fundamental: não há nenhuma novidade em afirmar que, no momento da decisão, o julgador possui um *discricionário* “espaço de manobra”; ou, ainda, que “já não estamos sob a égide do juiz boca da lei”; enfim, todas essas “descobertas” estão presentes na trajetória teórica que se desenvolve desde as primeiras décadas do século XX. Portanto, é preciso estar alerta para certas posturas típicas do *pós-positivismo à brasileira*, que pretende colocar o rótulo de novo em questões velhas, já bastante desgastadas nessa quadra da história, quando vivenciamos um tempo de constitucionalismo democrático. **Ainda hoje presenciamos defesas vibrantes de ativismos judiciais para “implementar” e “concretizar” os direitos fundamentais, tudo isso sempre retornando ao mesmo ponto: a ideia de que, no momento da decisão, o juiz tem um espaço discricionário no qual pode moldar sua “vontade”,** problemática que deixo clara no livro *O que é isto – decido conforme minha consciência*. (grifo nosso)⁶⁸.

O fato de inexistir um método de interpretação que possa dar garantia à correção da decisão judicial (o que Hans Kelsen já havia denunciado no capítulo VIII do seu Teoria Pura do Direito⁶⁹), não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade e/ou ao decisionismo típico do modelo positivista propugnado pelo próprio jurista austríaco. Neste sentido, a discricionariedade tem como consequência a arbitrariedade⁷⁰.

Neste íterim, torna-se cada vez mais evidente a necessidade de uma teoria pós-positivista que, confirmando a superação do positivismo exegético, demonstre uma verdadeira ruptura com o positivismo normativista, tornando possível o controle e a correção normativa das decisões judiciais. Decisões estas que, ao mesmo tempo, não teriam nem uma concepção minimalista – de autorrestrrição – nem uma concepção ativista – de um protagonismo máximo decisionista –, ambas passíveis de violação de direitos e garantias fundamentais.

⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 38.

⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 391.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 39.

Não é fácil, porém, estabelecer uma teoria capaz de romper com o positivismo (em suas duas facetas) e, ao mesmo tempo, valorizar a autonomia do direito e a autonomia do mundo prático, preservando a segurança jurídica e homenageando a legitimidade democrática.

Desde o segundo pós-guerra, o Judiciário vem ganhando cada vez mais notabilidade – não só no campo jurídico, mas também no econômico, político e tudo o mais que, de alguma forma, afete a sociedade relevantemente –, sendo hoje considerado como o (único) meio para efetivação dos direitos fundamentais sociais em todas as classes. No Brasil (assim como em outros países), como já dito, aponta-se como causa desse fenômeno, principalmente, a chamada crise de representatividade – decorrente do fracasso do Legislativo e do Executivo na elaboração e implementação de políticas públicas destinadas especificamente à concretização destes direitos – aliada ao conteúdo programático de uma Constituição dirigente e à previsão (também constitucional) da inafastabilidade da jurisdição (proibição do *non liquet*).

Relativamente ao Brasil, a equivocada interpretação da Constituição, que tem nítido conteúdo compromissório, gera uma concentração de solução de temas socialmente relevantes no Judiciário (judicialização) e um protagonismo máximo que se observa na implementação de políticas públicas em casos concretos por este mesmo Poder (ativismo judicial). Na medida em que o sistema representativo é falho – especialmente pela inércia do Legislativo nacional e pela inefetividade do Executivo na implementação das políticas públicas –, a judicialização acaba sendo uma consequência inevitável. Não se nega, também, que em alguns casos o ativismo judicial se faz necessário, mormente para confrontar a vontade da maioria em defesa de direitos fundamentais das minorias prejudicadas, mas são casos excepcionais e que devem ser muito bem fundamentados⁷¹ – nesses casos, aliás, alguns poderão considerar que inexistente o ativismo, exatamente em razão da necessidade da postura proativa ante uma interpretação constitucionalmente adequada, que fundamenta a decisão neste sentido.

Neste contexto, diante da indiscutível necessidade de se estabelecer meios de controle das decisões judiciais, torna-se imperioso refletir sobre qual a maneira mais adequada de evitar subjetivismos e discricionariedades (ou arbitrariedades) na tomada de decisões pelos

⁷¹ Cabe mencionar, aqui, a histórica decisão do caso *Brown*, onde a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no ano de 1954, decidiu que “as escolas públicas segregadas não tratam os alunos negros como iguais sob nenhuma interpretação competente dos direitos que a Décima Quarta Emenda [da Constituição norte-americana] apresenta em nome da igualdade racial, e a segregação oficial é, portanto, inconstitucional” (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 463).

juízes (ativismo judicial) sem, por outro lado, engessar o Judiciário (passivismo judicial) retornando ao positivismo exegético há muito superado.

Um dos temas envolvendo direito fundamental que tem sido levado com grande frequência ao judiciário é o direito à saúde que, no Brasil, é objeto de longas controvérsias, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais. Mais especificamente no campo da saúde suplementar, muito se tem discutido acerca dos direitos dos beneficiários consumidores de planos de saúde e da responsabilidade das operadoras que prestam o serviço de assistência privada à saúde. Na prática, o que se percebe é uma grande diversidade de decisões judiciais acerca do mesmo assunto, o que causa instabilidade e insegurança jurídica ao setor, principalmente porque tais decisões muitas vezes padecem de uma fraca ou inexistente fundamentação (fato que propicia/fomenta o aumento do uso de recursos), carregando consigo uma discricionariedade judicial do tipo “decido conforme minha consciência”⁷².

O capítulo seguinte é destinado a estudar a regulamentação e o fenômeno da judicialização da saúde suplementar no Brasil, principalmente através da análise crítica de decisões de alguns casos complexos. Como veremos adiante, tais casos, com grande divergência nos tribunais estaduais, foram levados ao Superior Tribunal de Justiça que, ao final, proferiu decisões eivadas dessa discricionariedade que nos propusemos a criticar.

As referidas ações envolvendo, de um lado, as operadoras de planos privados de assistência à saúde e, de outro lado, os seus beneficiários consumidores, trazem decisões que, como veremos no capítulo 2, em vários casos deixam de observar e aplicar a legislação especial sobre o assunto sem, contudo, trazer uma fundamentação adequada para o afastamento das normas positivadas, aplicam leis (retroativamente) a fatos ocorridos anteriormente à sua vigência, julgam de maneira automática e padronizada e, o que é pior, proferem decisões diferentes sobre casos que envolvem a mesma discussão.

Assim, pretendemos que a análise dos referidos casos e o confronto destes com uma teoria constitucionalmente adequada da decisão judicial possibilitem, ao final, uma compreensão melhor para o problema da judicialização da saúde suplementar.

⁷² STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

2. NORMATIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ATUAL REGULAMENTAÇÃO E DE DECISÕES DO STJ

Antes da vigência da lei dos planos de saúde (Lei nº 9.656, de 1998) e da lei de criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) (Lei nº 9.961, de 2000), o setor era regulado (se tomarmos uma concepção positivista), basicamente, pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), além da Constituição Federal de 1988 que, conforme veremos no item 2.1, trouxe alguns dispositivos aplicáveis especificamente à saúde, pública e privada.

Após esse marco regulatório, houve um grande divisor de águas na saúde suplementar, passando a existir o que se convencionou denominar contratos regulamentados (planos novos) e contratos não regulamentados (planos antigos). Essa divisão, até agora, foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931, realizado no ano de 2004⁷³ quando, em decisão plenária, ele considerou inconstitucionais dispositivos da nova lei dos planos de saúde (Lei nº 9.656/98) que regulamentavam contratos em curso, ou seja, firmados anteriormente à sua vigência, violando o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, garantidos pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988.

Desde então, tem aumentado significativamente o número de demandas no Judiciário discutindo questões referentes aos planos de saúde – como, por exemplo, o reajuste dos preços das contraprestações pecuniárias e a negativa nos planos antigos de coberturas previstas na nova lei e no rol de procedimentos e eventos em saúde, elaborado pela ANS, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima.

Com a chamada judicialização da saúde suplementar, passam a ser encontradas, até com certa facilidade, decisões ativistas que, muitas vezes, sem uma fundamentação constitucional adequada, ignoram a existência de lei que trata especialmente do assunto e de resoluções normativas emanadas da Agência Reguladora no intuito de regulamentar as questões específicas não tratadas pelo legislador. Por outro lado, também é possível encontrar

⁷³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1931, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 28.05.2004.

decisões tímidas diante do comportamento degradante de algumas operadoras que não respeitam as normas de regulamentação do setor, o CDC e os próprios contratos de plano de saúde de seus beneficiários.

No campo da saúde suplementar é fundamental a discussão dos temas mais complexos, frequentemente levados ao judiciário, aos quais não raras vezes são conferidos tratamentos divergentes, algumas vezes com decisões destoantes dentro da mesma corte.

Um dos temas mais divergentes nesta seara é o reajuste por mudança de faixa etária, ou seja, o aumento da contraprestação pecuniária em razão do implemento de determinada idade do beneficiário.

Após o advento da lei dos planos de saúde, tornou-se praticamente pacífico o entendimento no sentido da legalidade do reajuste da mensalidade do plano de saúde por mudança de faixa etária, em razão da expressa previsão legal – como mostraremos mais à frente, no item 2.3.1.

No entanto, o tema do reajuste de faixa etária torna-se problemático quando se trata de aumentar a mensalidade do idoso, principalmente em razão do disposto no § 3º do art. 15 do Estatuto do Idoso, que veda a sua discriminação nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados por causa da idade. Muito se tem discutido, principalmente nos Tribunais estaduais e no Superior Tribunal de Justiça (STJ), acerca da aplicabilidade do Estatuto do Idoso aos contratos de plano de saúde firmados anteriormente à sua vigência e, conseqüentemente, a violação do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (ato jurídico perfeito e direito adquirido). Por se tratar de questão constitucional, caberá ao STF, em última instância, decidir definitivamente sobre a matéria que, aliás, já teve sua repercussão geral reconhecida⁷⁴.

Outro tema que tem gerado decisões diversas nos Tribunais, que também veremos adiante, no item 2.3.2, é a cobertura de procedimentos nos planos antigos, ou seja, firmados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98. Há decisões judiciais que aplicam a nova regulamentação aos contratos anteriores, para que sejam a eles incorporadas as novas coberturas dos planos de saúde, enquanto outras decisões afastam a incidência da nova legislação.

⁷⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 630852, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em: 07/04/2011.

À frente, portanto, abordaremos alguns aspectos desses dois exemplos, analisando, primeiramente, a regulamentação positiva aplicável aos planos privados de assistência à saúde de forma geral e, posteriormente, os dispositivos legais e resoluções normativas que regulam ambos os casos, bem como as decisões do Superior Tribunal de Justiça a respeito.

Intentamos, com referida análise, verificar ao final a adequabilidade constitucional das referidas decisões, tendo como pano de fundo a teoria do direito como integridade, de Ronald Dworkin.

2.1 Serviço público *versus* serviço privado de assistência à saúde na Constituição de 1988

O serviço de assistência à saúde no Brasil deriva de dois sistemas: o público (de acesso universal e gratuito) e o privado (de caráter supletivo)⁷⁵.

A Constituição de 1988 prevê, em seu art. 6º, que a saúde, ao lado da educação, da alimentação, do trabalho, da moradia, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância e da assistência aos desamparados, é um direito social. No art. 196, dispõe que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes estabelecidas pela própria Constituição (art. 198) – a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade – e que foram regulamentadas pela Lei nº 8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), que dispõe sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), bem como sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos seus serviços correspondentes, e pela Lei nº 8.142/90 que, entre outras providências, trata da participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

⁷⁵ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 28.

Conforme se observa do art. 197 da CR/88, tal dever estatal não afasta o exercício da saúde pública por terceiros (pessoa natural ou jurídica), que estarão sob a fiscalização e controle do próprio Estado⁷⁶. Neste sentido, a Lei nº 8.080/90 estabelece, no § 2º do art. 4º, que “a iniciativa privada poderá participar do SUS, em caráter complementar”.

A participação da iniciativa privada no SUS se dará quando as disponibilidades do Estado forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, mediante a formalização de contrato ou convênio (art. 24 e parágrafo único, da Lei nº 8.080/90). “A participação do particular nesta prestação se dá em regime público, sujeitando-se ao regramento característico dos serviços públicos, inclusive no que diz respeito a questões de contratação e responsabilização civil”⁷⁷ – ocorre que, a insuficiência dos recursos e, conseqüentemente, a participação do particular na prestação do serviço público de saúde vem ocorrendo com muito mais frequência do que deveria, fazendo com que o Estado perca, cada vez mais, o controle da situação na medida em que delega, aos particulares, o cumprimento do seu dever constitucional de garantir o direito a saúde a todos, conforme estabelece o art. 196.

Já o sistema privado encontra fundamento em outro dispositivo constitucional. Trata-se do *caput* do art. 199, que diz: “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Referida norma, de acordo com Paulo César Melo da Cunha⁷⁸, remete-nos ao art. 174, que regula as atividades econômicas, e ao art. 170, *caput*, e inciso IV, da Constituição, que estabelece a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, e tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, entre outros, o princípio da livre concorrência. Convém lembrar, ainda, que a livre iniciativa é um dos fundamentos da República, e está prevista no art. 1º, IV, da Constituição, ao lado dos valores sociais do trabalho.

É com base em tais disposições constitucionais que as operadoras de plano privado de assistência à saúde ingressam nesse segmento, como prestadoras de serviço privado de saúde suplementar, sujeitas à regulamentação e à fiscalização do Estado (art. 174, da Constituição de 1988) – o que se dá, principalmente, através da Agência Reguladora

⁷⁶ CUNHA, Paulo César Melo da. *A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 1.

⁷⁷ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 28.

⁷⁸ CUNHA, Paulo César Melo da. *A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, p. 2.

supracitada – e sempre tendo em vista que a liberdade da iniciativa privada (art. 199) deve ser conjugada com as também citadas “valorização do trabalho humano” e finalidade de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados os princípios gerais da atividade econômica (art. 170, I a IX).

Da análise dos dispositivos constitucionais mencionados, podemos concluir, portanto, que a saúde no Brasil compreende um sistema público, de acesso universal igualitário⁷⁹ e gratuito, e um sistema privado, de caráter supletivo baseado na livre iniciativa. Podemos concluir, também, que a saúde pública, como um direito fundamental social, é dever do Estado, e tem de ser garantida mediante políticas públicas⁸⁰, não cabendo ao poder público repassar a responsabilidade pela sua efetivação ao setor privado, a não ser, obviamente, nos limites estabelecidos pela própria Constituição.

2.2. O marco regulatório da saúde suplementar e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1931

O marco regulatório da saúde suplementar no Brasil se consubstancia, basicamente, na Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1988, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, e na Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, reguladora das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.⁸¹ A

⁷⁹ Dworkin, em abordagem acerca do sistema de saúde dos Estados Unidos, diz que “o sistema universal de saúde deve garantir, com toda a justiça, que todos a tenham”. Para o autor, o sistema público de saúde deve ser igualitário, no sentido de que haja uma comunidade comprometida com a igualdade de recursos, de modo que o povo possa tomar suas próprias decisões acerca da vida que melhor lhe convier. Segundo Dworkin, esse modelo de sistema de saúde, em vez de subverter, incentiva os princípios adequados de responsabilidade individual, afastando, conseqüentemente, da ideia de um modelo paternalista, com indivíduos acomodados (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 449).

⁸⁰ Cf. Fernando Facury Scaff, “este direito de todos, ao qual corresponde um dever do Estado, deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, um conjunto de atos normativos que se constitua em uma verdadeira *policy*, para usar a expressão norte-americana característica para este tipo de ação. Não se trata de uma norma, mas um conjunto encadeado de atos e ações do **Poder Público** que visam a garantir a todos esse direito e imponham aos órgãos competentes do Estado o dever de executá-las” (SCAFF, Fernando Facury. *Direito à saúde e os tribunais*. In.: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 78) (grifo nosso).

⁸¹ SILVA JUNIOR, Aluísio Gomes da; GOUVEIA, Maria Thereza Carolina de Souza. *Saúde suplementar: regulação e jurisdição*. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 229.

regulamentação da matéria pela ANS se dá através de resoluções normativas, instruções normativas, resoluções operacionais e súmulas normativas⁸².

A Lei nº 9.656/98 foi publicada no dia 04 de junho de 1998, com as alterações introduzidas pela Medida Provisória (MP) nº 1.665, de 04 de junho de 1998, publicada no dia 05 de junho de 1998. A essa MP sucederam-se outras 44, sendo que algumas receberam nova numeração: 1.730, 1.801, 1.908, 1.976, 2.097 e 2.177⁸³⁻⁸⁴.

A referida lei (com suas alterações) veio disciplinar diversos aspectos da saúde suplementar, dos quais podemos destacar: a) exigência de autorização de funcionamento e de encerramento das atividades a ser obtida pela operadora junto à Agência Reguladora; b) uniformização dos tipos de planos e características dos produtos a serem disponibilizados aos consumidores, que também ficam sujeitos à autorização prévia da Agência para comercialização, suspensão e cancelamento; c) exigibilidade de garantias da manutenção da estabilidade administrativa e financeira da operadora, de modo a não prejudicar a continuidade do atendimento assistencial aos consumidores contratantes; d) normatização da amplitude das coberturas mínimas a serem observadas pelas operadoras; e) controle de preços e reajustes; f) definição dos prazos de carência e de cobertura parcial temporária nos casos de doenças e lesões preexistentes.

Ao longo de seu texto, a Lei nº 9.656/98 traz disposições gerais referentes à regulamentação da saúde suplementar, deixando as questões específicas e de conteúdo mais técnico para normatização da ANS, e cria, no art. 35-A⁸⁵, o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), órgão colegiado integrante da estrutura regimental do Ministério da Saúde, com competência para:

[...]

I - estabelecer e supervisionar a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar;

II - aprovar o contrato de gestão da ANS;

⁸² As normas emanadas da ANS podem ser encontradas no sítio eletrônico www.ans.gov.br.

⁸³ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 40.

⁸⁴ Sobre as alterações da Lei 9.656/98 por meio de Medidas Provisórias, Rizzatto Nunes diz que “na Lei 9.656/98 ficou clara a boa intenção das autoridades governamentais. Todavia, o método preocupa, posto que os governantes passam e daí mudam as intenções. A situação gera instabilidade; a própria história recente do País deixa patente que não existe vontade política para aprovar, rejeitar ou reformar o teor de uma série de medidas provisórias, que acabam sendo reeditadas continuamente. O pior é que nas reedições, algumas vezes, os textos são alterados em pequenos pontos, palavras, em apenas alguns aspectos sutis, não sendo notados pelos intérpretes” (Comentários à lei de plano e seguro-saúde. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 12-13).

⁸⁵ Artigo incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001.

- III - supervisionar e acompanhar as ações e o funcionamento da ANS;
- IV - fixar diretrizes gerais para implementação no setor de saúde suplementar sobre:
 - a) aspectos econômico-financeiros;
 - b) normas de contabilidade, atuariais e estatísticas;
 - c) parâmetros quanto ao capital e ao patrimônio líquido mínimos, bem assim quanto às formas de sua subscrição e realização quando se tratar de sociedade anônima;
 - d) critérios de constituição de garantias de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, consistentes em bens, móveis ou imóveis, ou fundos especiais ou seguros garantidores;
 - e) criação de fundo, contratação de seguro garantidor ou outros instrumentos que julgar adequados, com o objetivo de proteger o consumidor de planos privados de assistência à saúde em caso de insolvência de empresas operadoras;
- V - deliberar sobre a criação de câmaras técnicas, de caráter consultivo, de forma a subsidiar suas decisões.

Entre o advento da Lei nº 9.656/98 e a criação da ANS pela Lei nº 9.961/00, houve um período de aproximadamente dois anos em que a regulamentação do setor ficou a cargo do CONSU, que editava as resoluções aplicáveis aos planos privados de assistências à saúde. Até a ANS iniciar suas atividades, o CONSU emitiu 23 resoluções, dos mais diversos temas, sendo que algumas dessas resoluções ainda se encontram vigentes por não terem sido revogadas (expressa ou tacitamente) pela ANS.

Posteriormente à Lei nº 9.656/98, foi publicada a Lei nº 9.961/00, que criou a ANS e definiu sua finalidade institucional, competências, estrutura organizacional, gestão, patrimônio e receita. Conforme Maria Stella Gregori⁸⁶, a criação da ANS foi importante para o mercado de saúde suplementar e tornou possível a regulamentação do setor na medida em que submeteu a atividade de assistência à saúde privada aos princípios constitucionais da ordem econômica e da livre iniciativa, normatizando e fiscalizando o seu exercício de modo a permitir que a competição se desse de forma saudável e em benefício de toda a sociedade.

Quanto à regulação do setor, é importante destacar ainda que, por expressa determinação legal (Lei nº 10.185/01, art. 2º), o seguro saúde enquadra-se como plano privado de assistência à saúde e a seguradora especializada em saúde como operadora de plano de assistência à saúde, para efeito da Lei nº 9.656/98 e da Lei nº 9.961/00.

Diante da regulação da saúde suplementar, surgem diversos questionamentos e discussões que envolvem a disciplina dos planos privados de assistência à saúde e dos limites das responsabilidades das operadoras com relação aos seus beneficiários, mormente no que concerne aos denominados planos antigos, celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98, que passou a vigorar a partir de janeiro de 1999.

⁸⁶ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2007, p. 42.

A primeira grande discussão envolvendo a regulamentação dos planos de saúde veio com a propositura, pela Confederação Nacional de Saúde (CNS), da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1931 com pedido de liminar, distribuída em 10 de dezembro de 1998, questionando diversos dispositivos da Lei nº 9.656/98 e da MP nº 1.730-7/98 – posteriormente foram feitas várias emendas à inicial em razão das novas Medidas Provisórias alteradoras do texto legal.

Na decisão plenária da liminar, cujo acórdão foi publicado em 28 de maio de 2004, o Supremo Tribunal Federal (STF), tendo como relator da ADI o Min. Marco Aurélio, por unanimidade, reconheceu a legitimidade ativa da autora, mas não conheceu da ação quanto às inconstitucionalidades formais apontadas e, na parte relativa à violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, também não conheceu da ação quanto ao pedido de inconstitucionalidade do *caput* do art. 35 e seu § 1º da lei impugnada e § 2º acrescentado ao mesmo artigo pela MP nº 1.730-7/98, tendo em vista as substanciais alterações neles promovidas por novas Medidas Provisórias⁸⁷ e a ausência de aditamento da petição inicial. Por outro lado, deferiu, em parte, a medida cautelar, no que tange à suscitada violação ao art. 5º, XXXVI da Constituição⁸⁸, quanto ao art. 35-G, então renumerado como art. 35-E pela MP nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001, em seus incisos I a IV, § 1º, incisos I a V, e § 2º⁸⁹. O

⁸⁷ O art. 35 e § 1º do texto originário da Lei 9.656/98 e § 2º acrescentado pela MP 1.730-7/98 diziam: “Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada ao consumidor com contrato já em curso a possibilidade de optar pelo sistema previsto nesta Lei. § 1º. No prazo de até noventa dias a partir da obtenção da autorização de funcionamento prevista no art. 19, as operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde adaptarão aos termos desta legislação todos os contratos celebrados com seus consumidores. § 2º. A adaptação dos contratos a que se refere o parágrafo anterior não implica prejuízo ao consumidor no que concerne à contagem dos períodos de carência, dos prazos para atendimento de doenças preexistentes e dos prazos de aquisição dos benefícios previstos nos arts. 30 e 31 desta Lei, observados os limites de cobertura previstos no contrato original”. Com as alterações instituídas pela MP 2.177-44/01, atualmente dizem: “Art. 35. Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei. § 1º. Sem prejuízo do disposto no art. 35-E, a adaptação dos contratos de que trata este artigo deverá ser formalizada em termo próprio, assinado pelos contratantes, de acordo com as normas a serem definidas pela ANS. § 2º. Quando a adaptação dos contratos incluir aumento de contraprestação pecuniária, a composição da base de cálculo deverá ficar restrita aos itens correspondentes ao aumento de cobertura, e ficará disponível para verificação pela ANS, que poderá determinar sua alteração quando o novo valor não estiver devidamente justificado”.

⁸⁸ “Art. 5º [...], XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁸⁹ “Art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que: I - qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade estará sujeita à autorização prévia da ANS; II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS; III - é vedada a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato individual ou familiar de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei por parte da operadora, salvo o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 13 desta Lei; IV - é vedada a interrupção de

STF ainda conheceu, em parte, da ação quanto ao pedido de inconstitucionalidade do § 2º do art. 10 da Lei nº 9.656/98, com redação dada pela MP nº 1.908-18/99⁹⁰, para suspender a eficácia apenas da expressão “atuais e” – o que a doutrina e o próprio STF chamam de interpretação conforme a constituição (neste caso, com redução de texto)⁹¹ –, e indeferiu o pedido de declaração de inconstitucionalidade dos demais dispositivos por violação ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido.

A ADI nº 1931, que foi distribuída em 10 de dezembro de 1998 e teve a decisão liminar publicada em 28 de maio de 2004, até o momento⁹² não obteve uma decisão definitiva, causando instabilidade aos interessados, especialmente operadoras e consumidores de planos e seguros saúde, quanto à validade ou não dos dispositivos legais questionados e, conseqüentemente, causando grave insegurança jurídica – para ter uma noção da insegurança, basta imaginar quantas relações jurídicas derivadas dos planos privados de assistência à saúde se formaram ao longo destes aproximadamente 15 anos que já decorreram desde a publicação da lei.

internação hospitalar em leito clínico, cirúrgico ou em centro de terapia intensiva ou similar, salvo a critério do médico assistente. § 1º. Os contratos anteriores à vigência desta Lei, que estabeleçam reajuste por mudança de faixa etária com idade inicial em sessenta anos ou mais, deverão ser adaptados, até 31 de outubro de 1999, para repactuação da cláusula de reajuste, observadas as seguintes disposições: I - a repactuação será garantida aos consumidores de que trata o parágrafo único do art. 15, para as mudanças de faixa etária ocorridas após a vigência desta Lei, e limitar-se-á à diluição da aplicação do reajuste anteriormente previsto, em reajustes parciais anuais, com adoção de percentual fixo que, aplicado a cada ano, permita atingir o reajuste integral no início do último ano da faixa etária considerada; II - para aplicação da fórmula de diluição, consideram-se de dez anos as faixas etárias que tenham sido estipuladas sem limite superior; III - a nova cláusula, contendo a fórmula de aplicação do reajuste, deverá ser encaminhada aos consumidores, juntamente com o boleto ou título de cobrança, com a demonstração do valor originalmente contratado, do valor repactuado e do percentual de reajuste anual fixo, esclarecendo, ainda, que o seu pagamento formalizará esta repactuação; IV - a cláusula original de reajuste deverá ter sido previamente submetida à ANS; V - na falta de aprovação prévia, a operadora, para que possa aplicar reajuste por faixa etária a consumidores com sessenta anos ou mais de idade e dez anos ou mais de contrato, deverá submeter à ANS as condições contratuais acompanhadas de nota técnica, para, uma vez aprovada a cláusula e o percentual de reajuste, adotar a diluição prevista neste parágrafo. § 2º. Nos contratos individuais de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, independentemente da data de sua celebração, a aplicação de cláusula de reajuste das contraprestações pecuniárias dependerá de prévia aprovação da ANS”.

⁹⁰ “Art. 10 [...] § 2º. As operadoras definidas nos incisos I e II do § 1º do art. 1º oferecerão, obrigatoriamente, o plano ou seguro-referência de que trata este artigo a todos os seus atuais e futuros consumidores”.

⁹¹ “Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a técnica da denominada *interpretação conforme* ‘só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco’, tendo salientado o Ministro Moreira Alves [no julgamento da Adin nº 1.344-1] que ‘em matéria de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, admite-se, para resguardar dos sentidos que eles podem ter por via de interpretação, o que for constitucionalmente legítimo – é a denominada interpretação conforme a Constituição’” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 12). A interpretação conforme a Constituição também tem previsão expressa no parágrafo único, do art. 28, da Lei nº 9.868/99.

⁹² Outubro de 2013.

Com a regulamentação, além da citada ADI, houve um aumento considerável de demandas propostas no judiciário, por consumidores de planos privados de assistência à saúde, visando discutir os mais variados temas, tais como: amplitude da cobertura contratual, reajustes das contraprestações pecuniárias, prazos de carências e de cobertura parcial temporária, dano moral pela recusa de cobertura e outros⁹³.

Passamos a analisar, no próximo tópico, dois exemplos de casos complexos que geram bastante discussão na área da saúde suplementar e que estão sendo frequentemente levados ao judiciário: o reajuste por mudança de faixa etária do idoso e a cobertura dos procedimentos nos planos firmados anteriormente à Lei dos Planos de Saúde.

2.3. Judicialização da saúde suplementar no Brasil: exemplos de "casos difíceis" e o entendimento do STJ

2.3.1. O reajuste por mudança de faixa etária do idoso

Como já dissemos no item 2.2, com o advento da Lei nº 9.656/98, que entrou em vigor em janeiro de 1999, houve uma grande divisão nos planos de saúde que passaram a ser classificados em duas categorias: planos não regulamentados e planos regulamentados.

Em seguida, com a criação da ANS pela Lei nº 9.961/00, os planos denominados regulamentados foram minuciosamente normatizados através das inúmeras Resoluções e Instruções Normativas emanadas da Agência Reguladora.

Esses fatores, aliados ao amadurecimento de um sistema de proteção e defesa do consumidor – com um Código vigente há mais de 20 anos – e consequente aumento de indivíduos consumidores cada vez mais esclarecidos e exigentes com relação a seus pretensos direitos, há um aumento significativo de casos levados ao judiciário que envolvem, de um lado, o beneficiário/usuário de plano de saúde e, de outro lado, a operadora/fornecedora dos serviços.

⁹³ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Os planos de saúde privados e o código do consumidor: principais questões geradoras de conflito entre planos de saúde e consumidores*. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 63-79.

Conforme a teoria de Ronald Dworkin⁹⁴, há casos que, segundo as concepções do positivismo jurídico, não podem ser submetidos a uma regra clara de direito – ou nenhuma regra regula o caso ou o caso apresenta, nos textos legais, duas ou mais respostas igualmente justificáveis. São os chamados “casos difíceis”, onde frequentemente juristas e juízes irão divergir sobre os direitos das partes.

Um exemplo bastante característico de “caso difícil” na saúde suplementar é exatamente aquele que envolve o reajuste por mudança de faixa etária a partir dos sessenta anos nos contratos de plano de saúde celebrados antes da vigência do Estatuto do Idoso. Conforme pudemos observar durante a pesquisa que sustentou a elaboração deste texto, a questão apresenta grande divergência entre juristas e juízes, especialmente nos tribunais estaduais⁹⁵, levando os casos ao STJ e ao STF por meio dos recursos especial e extraordinário.

Existem vários tipos de reajustes que podem ser previstos nos planos privados de assistência à saúde, dependendo do tipo de contratação⁹⁶. Nos contratos individuais ou

⁹⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127.

⁹⁵ Embora a análise das decisões dos tribunais estaduais não seja o objeto do presente trabalho, a título de exemplo, trazemos a ementa de dois recentes acórdãos destoantes do TJMG, onde o primeiro decide pela possibilidade do reajuste por mudança de faixa etária do idoso e o segundo considera referido reajuste prática abusiva das operadoras de planos de saúde: **Agravo de Instrumento Cv 0612545-02.2012.8.13.0000 (1), Relator Des. Leite Praça, Julgado em 19/07/2012**: EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PLANO DE SAÚDE - NOVO CONTRATO - POSTERIOR A LEI Nº 9.656/98 - REAJUSTE POR FAIXA ETÁRIA - PREVISÃO CONTRATUAL - ABUSIVIDADE - NÃO VERIFICAÇÃO - ESTATUTO DO IDOSO - COBRANÇA DIFERENCIADA - FAIXA ETÁRIA - POSSIBILIDADE - CDC - CLÁUSULA CONTRATUAL - NULIDADE - REAJUSTE - ABUSIVIDADE - NÃO CONFIGURAÇÃO - RECURSO DESPROVIDO. I. É lícito o reajuste de mensalidades de plano de saúde contratado após a edição da Lei nº 9.656/98, sobretudo se existe cláusula expressa de reajuste com base na faixa etária. II. Não fere as disposições do Estatuto do Idoso o reajuste de mensalidade do plano de saúde em função da faixa etária, respeitados os índices legais aprovados anualmente, mormente se o contratante tinha conhecimento da cláusula quando da assinatura do contrato. **Apelação Cível 0251126-75.2010.8.13.0145 (1), Relator Des. Cabral da Silva, Julgado em 09/10/2012**: EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. ESTATUTO DO IDOSO. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE ABUSIVO. DISCRIMINAÇÃO. 60 ANOS. FAIXA ETÁRIA. 1. O Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003) se aplica aos contratos de plano de saúde firmados antes de sua vigência que contêm cláusula autorizadora de reajuste de mensalidade por mudança de faixa etária. 2. O Estatuto do Idoso contém dispositivo contrário à Lei dos Planos de Saúde (Lei n. 9.656/1998), vedando a discriminação do idoso por meio de cobranças de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, § 3º). 3. O Estatuto do Idoso aplica-se de forma imediata, não sendo violação do ato jurídico perfeito a sua aplicação aos contratos pactuados antes da sua vigência.

⁹⁶ A Lei nº 9.656, de 1998, classificou o regime, ou tipo de contratação, dos planos privados de assistência à saúde em individual ou familiar, coletivo empresarial e coletivo por adesão (art. 16, VII). Por sua vez, a Resolução Normativa nº 195, de 2009, define o plano individual ou familiar como “aquele que oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar” (art. 3º), o plano coletivo empresarial como “aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária” (art. 5º) e o plano coletivo por adesão como “aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial: I – conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão; II – sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações

familiares, é normal a previsão de dois tipos de reajuste: o reajuste anual (reajuste de data base) e o reajuste em razão do implemento de determinada idade (reajuste por mudança de faixa etária). Nos contratos coletivos, ainda é usual a previsão contratual de um terceiro reajuste, denominado reajuste financeiro ou técnico, com a finalidade de manter o equilíbrio econômico-financeiro nos casos de alta sinistralidade, ou seja, quando os gastos com a utilização do plano de saúde de determinado contrato coletivo ultrapassam certo limite em relação à contraprestação pecuniária recebida pela operadora no mesmo contrato.

O art. 35-E, incluído no texto da Lei nº 9.656/98 posteriormente pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001, trata de uma tentativa do Estado de regulamentar algumas questões específicas dos planos de saúde celebrados anteriormente à vigência da nova lei de regulamentação do setor. No concernente ao reajuste da mensalidade nesses planos antigos, o art. 35-E, I, condiciona à autorização da ANS qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de sessenta anos de idade, e o §1º, do mesmo art. 35-E, determina a obrigação de adaptação para os contratos que prevejam reajuste por mudança de faixa etária a partir dos sessenta anos, a fim de estabelecer uma repactuação da cláusula de reajuste, nos moldes definidos pela ANS.

Ocorre que, conforme visto acima, o referido art. 35-E (além de outros dispositivos da Lei nº 9.656/98) foi suspenso por decisão liminar do STF na ADI 1931, que entendeu violar o direito adquirido e o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Constituição de 1988). Entende o Supremo Tribunal Federal que os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98 não são por ela atingidos.

Desta forma, podemos dizer que nos planos de saúde celebrados até 01 de janeiro de 1999 – portanto, não regulamentados pela Lei nº 9.656/98 –, seja nos contratos individuais ou familiares, seja nos contratos coletivos, os reajustes são aplicados de conformidade com as previsões contratuais, desde que estas estejam de acordo com a legislação vigente à época da celebração do instrumento contratual, geralmente o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

e confederações; III – associações profissionais legalmente constituídas; IV - cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas; V - caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução; VI - entidades previstas na Lei nº 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei nº 7.398, de 4 de novembro de 1985” (art. 9º).

Já no caso de planos de saúde cujos contratos foram firmados a partir de janeiro de 1999 (planos regulamentados), além do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, os reajustes devem ser feitos de acordo com as regras da Lei nº 9.656/98 e das Resoluções e Instruções Normativas da ANS.

Para os denominados planos regulamentados, no concernente ao reajuste de data base, o art. 16, XI da Lei nº 9656/98 diz que “dos contratos, regulamentos ou condições gerais [dos planos de saúde] devem constar dispositivos que indiquem com clareza os critérios de reajuste e revisão das contraprestações pecuniárias”.

Regulamentando o dispositivo legal, a ANS vem publicando diversas resoluções normativas, sendo a última delas, atualmente vigente, a Resolução Normativa nº 171, de 29 de abril de 2008, que “estabelece critérios para aplicação de reajuste das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência suplementar à saúde [...] contratados por pessoa física ou jurídica”. Referida resolução determina que, para os planos individuais ou familiares (contratados por pessoa física), o índice máximo do reajuste anual a ser aplicado pelas operadoras será previamente autorizado pela ANS (art. 8º). Já nos planos coletivos, há maior autonomia das partes contratantes para negociação, já que o consumidor (que neste caso é necessariamente pessoa jurídica), teoricamente teria maiores condições de discutir a forma de reajuste junto à operadora. Assim, nos planos coletivos os reajustes são livremente definidos pelas partes, devendo a operadora apenas comunicar posteriormente à ANS (art. 13).

Sobre o reajuste por mudança de faixa etária nos contratos regulamentados, dispõe o artigo 15 da Lei nº 9.656/98:

Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o *caput* para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

Como se vê, o art. 15 da Lei nº 9.656/98 acima transcrito admite expressamente a possibilidade de variação da contraprestação pecuniária em razão da mudança de idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas de idade e os percentuais

de reajustes incidentes em cada uma delas. Veda, no entanto, o reajuste por mudança de faixa etária para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que possuem plano de saúde, na mesma operadora, há mais de 10 anos.

Regulamentando o art. 15 da Lei nº 9.656/98, foi publicada a Resolução do Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) nº 06, de 03 de novembro de 1998, que dispõe sobre critérios e parâmetros de variação das faixas etárias dos consumidores para efeito de cobrança diferenciada, bem como de limite máximo de variação de valores entre as faixas etárias definidas para planos e seguros de assistência à saúde. A Resolução do CONSU nº 06/98, com redação dada pela Resolução do CONSU nº 15/99, estabelece, no art. 1º, o seguinte:

Art. 1º. Para efeito do disposto no artigo 15 de Lei nº 9.656/98, as variações das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário e de seus dependentes, obrigatoriamente, deverão ser estabelecidas nos contratos de planos ou seguros privados a assistência à saúde, observando-se as 07 (sete) faixas etárias discriminadas abaixo:

- I - 0 (zero) a 17 (dezesete) anos de idade;
- II - 18 (dezoito) a 29 (vinte e nove) anos de idade;
- III - 30 (trinta) a 39 (trinta e nove) anos de idade;
- IV - 40 (quarenta) a 49 (quarenta e nove) anos de idade;
- V - 50 (cinquenta) a 59 (cinquenta e nove) anos de idade;
- VI - 60 (sessenta) a 69 (sessenta e nove) anos de idade;
- VII - 70 (setenta) anos de idade ou mais.

Assim, os contratos de plano de saúde celebrados a partir de janeiro de 1999 (início da vigência da Lei nº 9.656/98) passaram a fazer a necessária previsão do reajuste em razão da idade e respectivos percentuais, observando as 07 faixas etárias determinadas no art. 1º da Resolução do CONSU nº 06.

Com o advento do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003), que começou a vigorar no dia 1º de janeiro de 2004, as regras referentes ao reajuste por mudança de faixa etária sofreram uma importante alteração em razão da previsão do §3º do art. 15, que diz: “é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”.

Neste sentido, considerando que idoso é pessoa com idade igual ou superior a 60 anos (art. 1º, da Lei nº 10.741/03), os reajustes por mudança de faixa etária aos 60 e 70 anos previstos na Resolução do CONSU nº 06 passaram a ser considerados ilegais frente ao § 3º, do art. 15, do Estatuto do Idoso.

A Diretoria Colegiada da ANS, levando em consideração o disposto no art. 15, da Lei nº 9.656/98, e no § 3º, do art. 15, da Lei nº 10.741/03, adotou a RN nº 63, de 22 de

dezembro de 2003, dispondo sobre novas regras para o reajuste por mudança de idade, especialmente quanto às faixas etárias, de modo a não mais permitir o reajuste ao idoso.

É o que estabelecem os artigos 1º e 2º da RN nº 63/03:

Art. 1º. A variação de preço por faixa etária estabelecida nos contratos de planos privados de assistência à saúde **firmados a partir de 1º de janeiro de 2004**, deverá observar o disposto nesta Resolução.

Art. 2º. Deverão ser adotadas dez faixas etárias, observando-se a seguinte tabela:

I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos;

II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;

III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;

IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;

V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;

VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;

VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;

VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinquenta e três) anos;

IX - 54 (cinquenta e quatro) a 58 (cinquenta e oito) anos;

X - 59 (cinquenta e nove) anos ou mais. (grifo nosso)

Como já dito acima, atualmente existe grande discussão acerca da legalidade do reajuste da mensalidade do plano de assistência à saúde em razão da mudança de faixa etária do beneficiário que possui mais de 60 anos, quando o contrato foi celebrado anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso.

Percebe-se pelo art. 1º da RN nº 63/03, que o entendimento da ANS é no sentido de que a vedação do reajuste por mudança de faixa etária do idoso só é válida para os contratos firmados a partir de 1º de janeiro de 2004, ou seja, após vigência da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso). No entanto, este não tem sido o entendimento do STJ, que tem se manifestado pela aplicação retroativa do Estatuto do Idoso aos contratos assinados anteriormente à sua entrada em vigor.

Em pesquisa realizada no sítio oficial do STJ⁹⁷, utilizando-se dos critérios de pesquisa “plano de saúde”, “reajuste”, “faixa etária” e “idoso”, foram encontrados vinte e um documentos⁹⁸ relacionados ao tema específico que trata da possibilidade ou não de as operadoras de plano privado de assistência à saúde aplicarem, ao idoso, o reajuste por mudança de faixa etária.

⁹⁷ Disponível em www.stj.jus.br: acesso em 17 de agosto de 2013.

⁹⁸ AgRg no REsp 1336758, AgRg no AREsp 79837, AgRg no AREsp 96799, AgRg no Ag 1391405, AgRg no REsp 1285591, REsp 866840, AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag 819369, AgRg nos EDcl no REsp 1113069, AgRg no REsp 325593, REsp 1098804, REsp 1106557, AgRg no AgRg no REsp 533539, AgRg no REsp 707286, REsp 989380, REsp 809329, AgRg no Ag 1382274, AgRg no EDcl no REsp 1310015, REsp 1228904, AgRg no REsp 1324344, EDcl no REsp 866840 e AgRg no AREsp 95973.

Dos vinte e um acórdãos mencionados, dezenove decidiram pela abusividade e consequente nulidade da cláusula contratual que prevê o reajuste. Os principais fundamentos por nós identificados que foram apresentados pelo Tribunal são os seguintes:

- a) para os contratos celebrados antes da Lei nº 9.656/98, qualquer variação na prestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização da ANS, conforme art. 35-E da referida lei;
- b) o próprio art. 15 da Lei nº 9.656/98, que permite o reajuste por mudança de faixa etária, em seu parágrafo único veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos;
- c) o plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, e o “interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso” exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, razão pela qual o § 3º do art. 15 da Lei nº 10.741/03, que veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade, aplica-se também aos contratos firmados anteriormente à sua vigência;
- d) Estatuto do Idoso, sendo norma de ordem pública, tem aplicação imediata, não havendo que se falar em retroatividade da lei para afastar os reajustes ocorridos antes de sua vigência, e sim em vedação à discriminação em razão da idade.

Ousamos discordar dos fundamentos apresentados pelo STJ nas decisões apontadas. Com relação ao primeiro fundamento, o Tribunal parece ter ignorado o fato de que o art. 35-E da Lei nº 9.656/98 – que condiciona os reajustes do beneficiário com mais de 60 anos, nos planos antigos, à autorização prévia da ANS – foi considerado inconstitucional pelo STF, em liminar concedida na ADI nº 1931 e, portanto, não pode servir de fundamento para qualquer decisão judicial, haja vista a regra da eficácia *erga omnes* no controle concentrado de constitucionalidade.

No segundo fundamento, a nosso ver, o Tribunal não se atenta para todo o teor do parágrafo único do art. 15 da Lei nº 9.656/98, pois, de acordo com o dispositivo legal, o reajuste por mudança de faixa etária é vedado para o idoso, desde que ele participe do plano de saúde, ou sucessores, há mais de dez anos. Tais condições, que são cumulativas e não alternativas, devem ser auferidas em cada caso. No entanto, analisando todas as decisões do Superior Tribunal de Justiça que utilizaram o mencionado fundamento, não encontramos qualquer menção – seja no relatório, seja no voto do relator ou dos vogais, seja na ementa – ao cumprimento do prazo mínimo de permanência de dez anos, além dos sessenta anos de idade do beneficiário.

Quanto ao terceiro e quarto fundamentos identificados, a aplicação (retroativa) de uma lei a contrato firmado anteriormente à sua vigência, sob o argumento subjetivo de estar

atendendo a interesse social subjacente do Estatuto do Idoso, ou ainda que o Estatuto do idoso se trata de norma de ordem pública e, por tal razão, deve ter aplicação imediata, macula a segurança jurídica – certamente, causa grande instabilidade uma regra estabelecida pelo STJ, no sentido de que as leis novas retroagem de modo a incidir sobre os contratos de trato sucessivo, por prazo indeterminado. Trata-se de direta violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito, insculpidos no art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal, passível, portanto, de Recurso Extraordinário perante o STF. A situação é diferente, obviamente, dos contratos firmados já na vigência do Estatuto do Idoso, pois as operadoras já têm conhecimento desse dever – de não aplicar reajustes a partir dos sessenta anos – de maneira explícita, “e seria razoável esperar que organizasse[m] seus negócios de forma a precaver-se contra as consequências do cumprimento do dever”⁹⁹ – como, por exemplo, adequando os valores e percentuais de reajustes para faixas etárias anteriores por meio de estudo atuarial¹⁰⁰.

Por outro lado, um dos acórdãos do STJ decidiu – por maioria, vencido o Relator Ministro Luís Felipe Salomão – pela possibilidade de aplicação do referido reajuste, entendendo que o abuso deve ser aferido caso a caso. Trata-se do Recurso Especial nº 866.840, em Ação Civil Pública proposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) contra a operadora Bradesco Saúde S/A, cuja ementa traz o seguinte teor:

DIREITO CIVIL. CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. INCREMENTO DO RISCO SUBJETIVO. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. ABUSO A SER AFERIDO CASO A CASO. CONDIÇÕES QUE DEVEM SER OBSERVADAS PARA VALIDADE DO REAJUSTE.

1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio. 2. É de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair problema que afete sua saúde. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica. 3. Atento a tal circunstância, veio o legislador a editar a Lei Federal nº 9.656/98, rompendo o silêncio que até então mantinha acerca do tema, preservando a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições e limites a tais reajustes. 4. Não se deve ignorar que o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda "a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade". Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se

⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 134.

¹⁰⁰ Essa foi, inclusive, a determinação da ANS quando publicou a RN nº 63/03, estabelecendo a redistribuição das faixas etárias de modo que o último reajuste ocorresse aos cinquenta e nove anos de idade. Na mesma resolução, a Agência também determinou que as operadoras apresentassem uma nota técnica de registro de produtos, assinada por profissional atuário devidamente habilitado.

repute abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia. 5. Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado. 6. Sempre que o consumidor segurado perceber abuso no aumento de mensalidade de seu seguro de saúde, em razão de mudança de faixa etária, poderá questionar a validade de tal medida, cabendo ao Judiciário o exame da exorbitância, caso a caso. 7. Recurso especial provido.

No voto vencido, o Ministro Luís Felipe Salomão invoca acórdão proferido pelo próprio STJ, no Recurso Especial nº 989.380/RN, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, onde se teria reconhecido a incidência do Estatuto do Idoso sobre todas as relações abarcando planos de saúde, inclusive aqueles firmados anteriormente à sua vigência.

Divergindo do voto do Relator, o Ministro Raul Araújo (voto vencedor) entendeu que o plano de saúde segue a mesma lógica das demais espécies de seguro, e é razoável que a mensalidade seja proporcional ao grau de probabilidade de utilização dos serviços cobertos, fato que notoriamente ocorre com as pessoas conforme o avanço da idade¹⁰¹. Segundo o Ministro, o próprio ordenamento jurídico, em especial o art. 15 da Lei nº 9.656/98, permite de forma expressa o reajuste das mensalidades do plano de saúde em razão do ingresso do beneficiário em faixa etária mais avançada, onde há um risco maior à saúde, buscando, desta maneira, manter o equilíbrio atuarial do sistema.

Embora tenha dado provimento ao Recurso Especial para julgar improcedente a Ação Civil Pública, o Ministro Raul Araújo inicialmente não tratou de forma explícita a questão da aplicabilidade ou não do Estatuto do Idoso a contratos firmados anteriormente à sua vigência, restringindo a sua motivação no fato de que a discriminação deve ser aferida em cada caso, e que o § 3º do art. 15 do Estatuto do Idoso, embora aparentemente contraditório,

¹⁰¹ Nas palavras do Ministro Raul Araújo, “o contrato de seguro saúde, embora regido por legislação específica, segue a mesma lógica, ou seja, é razoável que os valores pagos a título de prêmio ou mensalidade sejam proporcionais ao grau de probabilidade de ocorrência do risco coberto, além de outras circunstâncias relevantes normalmente já levadas em conta por ocasião da contratação inicial do seguro, como, por exemplo, o nível de qualidade da cobertura (v.g. enfermaria ou apartamento) e a abrangência da cobertura (interações hospitalares, honorários médicos e seus limites, consultas médicas etc.). Maior o risco, maior o valor do prêmio. Nesta esteira, é cediço que quanto mais avançada a idade do segurado, independentemente de ser ele enquadrado ou não como idoso, nos termos do respectivo Estatuto, maior será seu risco subjetivo, pois, normalmente, é provável que a pessoa de mais idade necessite de serviços de assistência médica com maior frequência do que a pessoa que se encontra em uma menor faixa etária. Trata-se de uma constatação natural, de um fato que se observa na vida e que pode se cientificamente confirmado”.

deve ser interpretado de uma forma que mantenha o equilíbrio com o art. 15 da Lei nº 9.656/98.

Já a Ministra Maria Isabel Gallotti, aderindo à divergência e dando provimento ao recurso, manifestou-se expressamente em seu voto no sentido de que o Estatuto do Idoso e a própria Lei nº 9.656/98 não podem retroagir a contratos em curso. Segundo a Ministra, mesmo se analisada a questão sob o prisma do Estatuto do Idoso, embora se trate de contratos anteriores a ela, a abusividade e a discriminação desproporcional devem ser demonstradas no caso concreto, não podendo ser tomada abstrata e presumidamente.

No referido Recurso Especial nº 866840, foram opostos pelo IDEC Embargos de Declaração com pedido de efeitos infringentes questionando alguns pontos do acórdão proferido pelo STJ, inclusive (na parte que interessa ao tema aqui debatido) o entendimento manifestado no voto da Ministra Maria Isabel Gallotti. Neste ponto, conforme consta do relatório do Min. Raul Araújo, o embargante IDEC alegou em suas razões de recurso que

[...]

(II) ao contrário do que entendeu a eminente Ministra Isabel Gallotti, em seu voto, "o Instituto ora Embargante demonstrou *in concreto* o abuso em cada um dos contratos impugnados e interpôs a presente demanda com o objetivo de obter a declaração judicial de abusividade e ilegalidade de cláusulas devidamente especificadas de contratos firmados pela Embargada com seus consumidores anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98 (...). Ora, a abusividade de tais cláusulas é clara, visto que, além de estarem redigidas em caracteres minúsculos nos contratos de adesão, não estipulam o percentual de reajuste incidente em cada faixa, impedindo que os consumidores saibam previamente, com a indispensável clareza, quando da assinatura do contrato, a amplitude dos futuros e eventuais aumentos nos preços das mensalidades, em flagrante ofensa ao direito à informação, previsto no artigo 6º, III, do CDC, e às regras de elaboração dos contratos de adesão, nos termos do parágrafo 3º do art. 54. Além disso, tais cláusulas permitem a variação do preço da mensalidade a critério exclusivo da empresa ora Embargada, pois a ela, e unilateralmente a ela, cabe definir a idade, bem como os valores da mensalidade em vigor quando da mudança de faixa etária do consumidor, aplicando percentuais que bem entende, tão elevados como os observados nos casos trazidos a título de exemplo, onerando demasiadamente a prestação do consumidor e colocando-o em desvantagem excessiva, afetando o equilíbrio contratual, aí ser nula de pleno direito, ante o artigo 51, IV, X, XV, parágrafo primeiro e incisos, do CDC";

(III) "se o reajuste por mudança de faixa etária é válido desde que tenha respeitado os requisitos estabelecidos pelo artigo 15 da Lei nº 9.656/98, que estabelece que o contrato deve prever as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, mostra-se contraditória a conclusão de que as cláusulas impugnadas nesta demanda não são nulas, uma vez que, conforme demonstrado no item anterior, tais cláusulas preveem apenas as faixas etárias mas não estabelecem o percentual de reajuste incidente em cada faixa";

(IV) o v. acórdão embargado é omissivo quanto ao dispositivo de lei federal violado pelo aresto do colendo Tribunal de origem para fundamentar o provimento do recurso especial. Afirma, nesse contexto, que não podem ser utilizados com motivação os arts. 14 e 15 da Lei nº 9.656/98, "por se tratar de contratos firmados anteriormente a sua vigência".

O Min. Raul Araújo, em seu voto, ratificou os fundamentos do acórdão recorrido proferido no Recurso Especial nº 866840 quanto à legalidade do reajuste por mudança de faixa etária e confirmou, ainda, que a abusividade deve ser aferida em cada caso. Porém, citando algumas decisões anteriores do próprio STJ, entendeu que caberiam, na espécie, alguns esclarecimentos, sem atribuição de efeitos infringentes aos declaratórios, no concernente à aplicação do arts. 14 e 15 da Lei nº 9.656/98 aos contratos antigos, ou seja, celebrados anteriormente à vigência da referida lei. Disse o ministro que

[n]o que se refere à aplicabilidade dos arts. 14 e 15 da Lei nº 9.656/98 aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência, tem-se que, não obstante as disposições advindas com a referida lei, dirigidas às operadoras de planos e seguros privados de saúde, tenham aplicação, em princípio, aos fatos ocorridos a partir de sua vigência, devem incidir em ajustes de trato sucessivo, ainda que tenham sido celebrados anteriormente.

Como se percebe, no mencionado acórdão o STJ entendeu pela retroatividade da Lei nº 9.656/98 aos contratos antigos.

A nosso ver, a principal problemática discutida no STJ envolvendo a possibilidade do reajuste por mudança de faixa etária do idoso está na aplicação ou não da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) a contrato firmado antes da sua vigência, e se essa aplicação implicaria em violação direta ao art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal (ato jurídico perfeito).

No dia 01/10/2010 foi distribuído perante o Supremo Tribunal Federal (STF) o Recurso Extraordinário nº 630852, interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, visando desconstituir decisão que considerou abusivo o aumento da contribuição em razão de ingresso em faixa etária diferenciada. A recorrente sustenta, justamente, que a aplicação do Estatuto do Idoso a contrato de plano de saúde firmado antes de sua entrada em vigor viola o art. 5º, XXXVI.

No mencionado Recurso Extraordinário, em acórdão publicado em 31/05/2011, o STF reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada¹⁰². O processo, que já recebeu petição requerendo o ingresso como *amicus curiae* de outra operadora, da ANS e da Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE) – o que foi deferido pela Ministra Rosa Weber, em decisão monocrática proferida em 25/04/2013 e

¹⁰² **Recurso Extraordinário 630852/RG, Relator(a) Min. ELLEN GRACIE, julgado em 07/04/2011:** Ementa: PLANO DE SAÚDE. AUMENTO DA CONTRIBUIÇÃO EM RAZÃO DE INGRESSO EM FAIXA ETÁRIA DIFERENCIADA. APLICAÇÃO DA LEI 10.741/03 (ESTATUTO DO IDOSO) A CONTRATO FIRMADO ANTES DA SUA VIGÊNCIA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

publicada em 07/05/13 –, atualmente¹⁰³ encontra-se concluso à nova relatora¹⁰⁴, restando, portanto, aguardar o posicionamento do STF sobre esta divergente e importante questão¹⁰⁵.

Ainda com relação ao reajuste por mudança de faixa etária do idoso, além da questão da retroatividade ou não da Lei nº 10.741/03, importa saber qual o melhor significado a ser atribuído à regra prevista no § 3º do art. 15 da referida lei, que estabelece que “é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Ou seja, qualquer reajuste em razão do implemento da idade, quando o beneficiário de plano ou seguro privado de assistência à saúde for idoso, é discriminatório? Ou será necessário verificar, em cada caso concreto, se o reajuste tem como intenção evitar com o que o idoso ingresse ou permaneça no plano de saúde para, aí sim, ser considerado como uma discriminação?

Conforme vimos acima, há decisões do STJ nos dois sentidos. Contudo, em termos de quantidade (dezenove acórdãos contra apenas dois), parece prevalecer a primeira das opções, ou seja, qualquer reajuste aplicado ao idoso em decorrência do implemento da idade deve ser (abstratamente) considerado discriminatório.

2.3.2. A cobertura de procedimentos nos planos antigos

Outro caso bastante debatido e que pode trazer divergências na área da saúde suplementar é o que envolve a aplicação ou não da Lei nº 9.656/98 (o que ainda está sendo discutido no STF em razão da ADI nº 1931, conforme vimos no item 2.2 deste capítulo) e atos normativos da ANS aos contratos antigos.

¹⁰³ Agosto de 2013.

¹⁰⁴ Em 19/12/2011 houve a substituição da Relatora Min. Ellen Gracie pela Min. Rosa Weber, em razão da aposentadoria daquela, conforme art. 38 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

¹⁰⁵ Ao dizer que resta aguardar o posicionamento do STF sobre a questão da aplicação (retroativa) do Estatuto do Idoso aos planos antigos, não estamos afirmando que ao STF cabe a última e definitiva palavra sobre essa (ou qualquer outra) questão constitucional, pois, a novo ver, todas as decisões judiciais, em especial da Corte Suprema, devem ser analisadas e criticadas pela doutrina que, afinal, deve exercer esse papel. Neste sentido, Dworkin afirma que “é perfeitamente compreensível insistir que nossos juízes não devem ser encarregados da interpretação final e definitiva da Constituição. Se você teme um poder judicial demasiado grande, é isso que deve dizer” (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 82). As decisões judiciais devem, obviamente, ser respeitadas e cumpridas, mas tal não significa que os juízes e tribunais (inclusive o STF) devem estar salvos de toda crítica.

Podemos dizer que um dos principais atos normativos da ANS é a resolução normativa que estabelece o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde.

Como já mencionado no item 2.2 e frisado no item 2.3.1, com o advento da Lei nº 9.656/98, que entrou em vigor em janeiro de 1999, houve uma divisão nos planos de saúde que passaram a ser classificados como planos não regulamentados (ou antigos) e planos regulamentados (ou novos). Deste modo, a questão que se coloca é: a nova regulamentação da saúde suplementar, no concernente às coberturas mínimas estabelecidas pela ANS, atinge os planos antigos ou é válida somente para os planos novos?

Desde a edição da Lei nº 9.656/98 (que regulamentou os planos de saúde) e, posteriormente, da Lei nº 9.961/98 (que criou a ANS), foram editadas quatorze resoluções¹⁰⁶ estabelecendo um novo rol de procedimento e eventos em saúde, atualizando o rol de procedimentos já existente ou dispendo sobre determinada cobertura obrigatória, sendo que, em quase todas elas, havia previsão expressa no sentido de que a respectiva norma aplicar-se-ia somente aos planos privados de assistência à saúde cujos contratos tenham sido firmados a partir de 1º de janeiro de 1999, ou seja, somente aos planos novos.

A normativa atualmente vigente, que estabelece o rol de procedimentos e eventos em saúde, é a RN nº 211, de 11 de janeiro de 2010, com alterações introduzidas pela RN nº 262, de 1º de agosto de 2011, e pela RN nº 325, de 18 de abril de 2013. Em seu art. 1º, a referida Resolução Normativa dispõe o seguinte:

Art. 1º. Esta Resolução atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência a saúde, **contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, e naqueles adaptados conforme a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998** (grifos nossos).

Diante da existência da divisão de planos de saúde em planos antigos e planos novos e que, conseqüentemente, determinados contratos seriam regulamentados (e protegidos) pela Lei nº 9.656/98 e atos normativos do CONSU e da ANS enquanto outros seriam regidos apenas pela legislação civil vigente à época de sua contratação e pelo Código de Defesa do

¹⁰⁶ Resoluções do CONSU nº 10, 11 e 12; Resoluções Normativas nº 09, 59, 82, 154, 167, 192, 211, 261, 262, 281 e 325.

Consumidor, foi adotada a Medida Provisória (MP) nº 148, de 2003, posteriormente convertida na Lei nº 10.850, de 25 de março de 2004, que

“[a]tribui competências à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e fixa as diretrizes a serem observadas na definição de normas para implantação de programas especiais de incentivo à adaptação de contratos anteriores à Lei nº 9.656/98, de 3 de junho de 1998”.

A referida legislação, por si só, demonstra que tanto o Executivo quanto o Legislativo reconhecem que as regras decorrentes da Lei nº 9.656/98 não se aplicam aos contratos firmados anteriormente à sua vigência e, desta forma, criaram meios para incentivar a adaptação¹⁰⁷ e a migração¹⁰⁸ dos planos antigos de maneira que, mantendo o equilíbrio contratual, esses consumidores passassem a ser beneficiados pela nova regulamentação do setor.

Visando dar execução à MP nº 148/03 (posteriormente convertida na Lei nº 10.850/04), a ANS editou, primeiramente, a RN nº 64, de 22 de dezembro de 2003 (alterada pela RN nº 80, de 1º de setembro de 2004) dispondo sobre o “Programa de Incentivo à Adaptação de Contratos”. Essa resolução tinha “a finalidade de estimular a adequação dos contratos de planos de assistência à saúde firmados até 2 janeiro de 1999, às regras operacionais e garantias instituídas pela Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998” e, para tanto, instituiu o referido programa de incentivo, consistente na apresentação, pelas operadoras, de propostas elaboradas na forma e prazos definidos na Resolução, “oferecendo a seus consumidores condições especiais de adaptação e migração de contrato visando a alteração simultânea e em curto prazo de todos os contratos não alcançados pela Lei nº 9.656, de 1998”.

A RN nº 64, que tinha prazo determinado para que os consumidores manifestassem sua intenção de adaptar seus contratos, não obteve o êxito desejado pelo governo, havendo poucas adesões frente ao grande número de beneficiários que ainda permaneciam com seus planos antigos. Desta maneira, a ANS editou a RN nº 254, de 5 de maio de 2011 (alterada posteriormente pela RN nº 263, de 1º de agosto de 2011), dispondo novamente sobre a “adaptação e migração para contratos celebrados até 1º de janeiro de 1999”, porém, agora de

¹⁰⁷ **Adaptação** é o “aditamento de contrato de plano privado de assistência à saúde celebrado até 1º de janeiro de 1999, para ampliar o conteúdo do contrato de origem de forma a contemplar todo o sistema previsto na Lei nº 9.656, de 1998” (art. 2º, I, da RN nº 254, de 5 de maio de 2011).

¹⁰⁸ **Migração** é a “celebração de novo contrato de plano privado de assistência à saúde ou ingresso em contrato de plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão, no âmbito da mesma operadora, referentes a produtos com registro em situação “ativo”, concomitantemente com a extinção do vínculo ou do contrato, anterior a 1º de janeiro de 1999”.

forma permanente, ou seja, sem prazo para que o consumidor manifeste seu desejo de adaptar ou migrar seu contrato antigo.

De acordo com o art. 3º da RN nº 254 (atualmente vigente), ao consumidor contratante de plano de saúde antigo é garantido o direito de adaptar o seu contrato ao sistema previsto na Lei nº 9.656/98, no mesmo tipo de contratação (plano individual ou coletivo) e na mesma segmentação (ambulatorial e/ou hospitalar, com ou sem obstetrícia), sem que haja nova contagem de carências. Fazendo a adaptação, o consumidor estará sujeito a um ajuste no preço da mensalidade, de no máximo 20,59% (a depender de nota técnica atuarial apresentada por cada operadora e aprovada pela ANS), e terá a seu favor, além das coberturas previstas no contrato antigo, todas as regras da nova regulamentação dispostas na Lei nº 9.656/98 e resoluções da ANS.

A mesma RN nº 254 estabelece, no seu art. 9º, que ao consumidor também é garantido o direito de migrar para um plano de saúde da mesma operadora, sem que haja nova contagem de carências, sendo que, neste caso, o consumidor se submeterá aos preços da tabela atualmente comercializada pela operadora.

Verificamos desta forma que, ao definir regras para incentivar a adaptação e a migração dos planos antigos, o Legislativo e o Executivo, como já dissemos, reconhecem que a nova regulamentação somente se aplica aos contratos firmados após a vigência da Lei 9.656/98. Neste sentido é, também, o entendimento da própria Agência Reguladora, que tem manifestado expressamente em seus atos normativos, inclusive na resolução normativa que trata do novo rol de procedimentos e eventos em saúde que, nos dizeres da ANS, “constitui a referência básica para cobertura mínima obrigatória da atenção à saúde nos planos privados de assistência a saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, e naqueles adaptados conforme a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998” (art. 1º, da RN nº 254/2010).

Tal como no caso dos reajustes por mudança de faixa etária do idoso, observamos durante as pesquisas que (embora neste caso a legislação pareça, num primeiro momento, mais “clara” quanto a não aplicação da nova regulamentação aos planos antigos) a questão apresenta divergências, especialmente nos tribunais estaduais¹⁰⁹, levando os casos ao STJ e ao STF.

¹⁰⁹ A título de exemplo, assim como fizemos com relação reajuste por mudança de faixa etária do idoso, trazemos a ementa de dois acórdãos do TJMG com decisões inversas, onde o primeiro decide pela aplicabilidade da Lei dos Planos de Saúde (e, conseqüentemente, do rol de procedimentos da ANS) aos planos antigos e outro

Também realizamos uma pesquisa no sítio oficial do STJ¹¹⁰ e, utilizando dos critérios “plano antigo” ou “plano não regulamentado” e “cobertura”, encontramos dois documentos¹¹¹ relacionados ao tema.

O STJ decidiu, em ambos os acórdãos, pela não retroatividade da Lei nº 9.656/98 aos planos de saúde cujos contratos foram firmados anteriormente à sua vigência. Nos dois casos, assim consta na ementa:

As disposições da Lei nº 9.656/98 só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como para os contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime. A Lei nº 9.656/98 não retroage, entretanto, para atingir o contrato celebrado por segurados que, no exercício de sua liberdade de escolha, mantiveram seus planos antigos sem qualquer adaptação.

Não obstante tenha decidido pela não incidência da Lei nº 9.656/98 aos planos antigos, o STJ manifestou entendimento no sentido de que determinadas exclusões de cobertura são violadoras do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e, portanto, ainda que não se aplique a Lei dos Planos de saúde, o beneficiário teria direito ao procedimento ou

entendendo pela irretroatividade da mesma lei: **Apelação Cível 0069057-21.2008.8.13.0024 (1), Relator(a): Des.(a) Tarcisio Martins Costa, Julgado em 10/08/2010.** EMENTA: AÇÃO COMINATÓRIA - PLANO DE SAÚDE - CUSTEIO DE CIRURGIA COM UTILIZAÇÃO DE ""STENT"" - PRESCRIÇÃO MÉDICA - NEGATIVA POR SE TRATAR DE PRÓTESE - CLÁUSULA EXCLUDENTE - NULIDADE - RELAÇÃO DE CONSUMO - RISCO DE VIDA - VIDA E SAÚDE - BENS SUPREMOS. Havendo prescrição médica para utilização de determinado procedimento cirúrgico, com o implante de stent coronariano, não pode a operadora do plano de saúde se escusar de seu custeio, ao argumento de que se trata de prótese expressamente excluída no contrato, isto porque se cuida de parte indissociável de tal procedimento, sendo, inclusive, de pacífico entendimento dos tribunais pátrios que não é uma prótese, pois não substitui a artéria coronariana, mas sim, complementa sua função. Se, por meio de contrato de adesão, o autor buscou atendimento médico hospitalar oferecido pela ré, não há dúvidas de que a relação existente entre as partes é de consumo, sujeitando-se às normas do CDC. Ademais, a Lei 9.656/98 veio reafirmar, de forma específica, o que já era direito dos consumidores, sendo certo que, após a sua vigência, as disposições nela contidas passaram a incidir também sobre os planos de saúde firmados antes de seu advento. A vida e a saúde das pessoas são bens jurídicos de valor inestimável e, por isso mesmo, tutelados pela Constituição da República (artigos 196 e seguintes), não podendo, bem por isso, submeter-se a entraves de qualquer espécie. **Apelação Cível 0138893-21.2006.8.13.0390 (1), Relator(a) Des.(a) Pereira da Silva, Julgado em 29/09/2009.** EMENTA: SEGURO. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA RESTRITIVA DE COBERTURA. REDAÇÃO CLARA. POSSIBILIDADE. CDC. IRRETROATIVIDADE DA LEI FEDERAL 9656/98 AOS PLANOS FIRMADOS ANTES DE SUA VIGÊNCIA. OPÇÃO PELA MANUTENÇÃO NO PLANO ANTIGO. VOTO VENCIDO. Não se aplica a Lei Federal nº. 9.656/98 aos contratos celebrados antes de sua entrada em vigor, ainda mais quando o usuário opta por permanecer no plano anterior. Se a cláusula restritiva de direitos do segurado foi previamente conhecida por este, quando da assinatura do contrato, e não foi redigida em letras minúsculas, sendo, ainda, de redação clara e objetiva, não maculando o objeto intrínseco do contrato, não há que se falar em abusividade e nulidade desta cláusula. Preliminar rejeitada e recurso provido. VV.: Mostra-se abusiva a cláusula contratual que nega cobertura as próteses e tratamentos de casos clínicos crônicos, inclusive tumores e suas consequências, devendo ser considerada nula de pleno direito nos termos do art. 51, inc. IV do CDC. (Des^a. Electra Benevides).

¹¹⁰ Disponível em www.stj.jus.br: acesso em 24 de agosto de 2013.

¹¹¹ REsp 1080973 e REsp 735168. Na pesquisa, também foi localizado o AgRg no Ag 1381302 em que a discussão gira em torno da possibilidade ou não da cobertura de procedimento odontológico em plano de saúde médico-hospitalar, ou seja, trata-se de assunto diferente do tema em discussão, razão pela qual não abordamos.

material pleiteado, mesmo que o plano de saúde tenha sido contratado antes do início da vigência do CDC, pois, conforme decidido no REsp 735168, para o STJ o contrato de plano de saúde tem natureza de trato sucessivo e, por isso, deve ser aplicada a legislação consumerista vigente sem que se possa falar em retroatividade da lei. Esta posição, aliás, vai na mesma direção do que vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça quando a questão colocada envolve o reajuste por mudança de faixa etária do idoso para contratos celebrados antes da Lei nº 10.741/03, que vedou o aumento discriminatório dos planos de saúde do idoso em função da idade, conforme vimos anteriormente no item 2.3.1.

Em síntese, considerando-se que a necessidade de as operadoras de plano de saúde garantirem aos seus consumidores as coberturas mínimas previstas no rol de procedimentos e eventos em saúde (elaborada pela ANS) é decorrente da própria Lei 9.656/98¹¹², o que se vê na discussão acerca da possibilidade de se exigir tais coberturas aos planos antigos (firmados antes da Lei 9.656/98) envolve a mesma questão discutida na ADI nº 1931, ou seja, a retroatividade ou não da Lei dos Planos de Saúde aos contratos firmados anteriormente à sua vigência.

Na mesma linha da decisão liminar proferida pelo STF nos autos da ADI nº 1931, vimos que o STJ tem decidido (pelo menos nos dois citados Recursos Especiais) pela irretroatividade da Lei 9.656/98 aos planos de saúde contratados anteriormente à sua vigência. Por outro lado, tem decidido pela aplicação retroativa do Estatuto do Idoso e do Código de Defesa do Consumidor.

2.3.3. A incoerência nas decisões do STJ como característica de uma discricionariedade judicial

No que se refere à aplicação da Lei nº 9.656/98 – e, conseqüentemente, do rol de procedimentos e eventos em saúde definido pela ANS aos contratos de plano de saúde firmados anteriormente à sua vigência–, o Superior Tribunal de Justiça, nas duas decisões proferidas, entendeu pela irretroatividade da referida lei, dizendo que seus dispositivos só se

¹¹² O § 4º, do art. 10, da Lei 9.656/98, diz: “A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS”.

aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como para os contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime.

Assim como o Supremo Tribunal Federal já havia decidido em liminar na ADI nº 1931 (conforme vimos no item 2.2), o Superior Tribunal de Justiça entendeu, em dois acórdãos, que a Lei nº 9.656/98 não retroage aos contratos antigos, o que violaria o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. No entanto, conforme mencionamos no item 2.3.1, quando da decisão dos Embargos de Declaração opostos no Recurso Especial nº 866840, o STJ manifestou-se pela aplicação retroativa da mesma Lei nº 9.656/98 a contratos antigos.

Já no que diz respeito ao reajuste por mudança de faixa etária do idoso, o Superior Tribunal de Justiça, na grande maioria dos casos, embora não admitindo expressamente em algumas decisões, entendeu pela retroatividade da Lei nº 10.741/03, sob argumentos vagos do tipo: o plano de assistência à saúde é contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, e o interesse público que subjaz o Estatuto do Idoso exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo; o Estatuto do Idoso é norma de ordem pública e, portanto, tem aplicação imediata, não havendo que se falar em retroatividade da lei.

O STJ mostra-se incoerente em suas decisões, na medida em que, diante do Estatuto do Idoso, que considera “norma de ordem pública”, o contrato de plano de saúde é de “trato sucessivo” e, portanto, a lei (nova) tem aplicação imediata, ou seja, retroage; diante da Lei dos Planos de Saúde, a retroatividade violaria o ato jurídico perfeito e o direito adquirido¹¹³ e, portanto, não se aplica ao mesmo contrato que, no outro caso, é chamado de “trato sucessivo”¹¹⁴. Ao que parece, o contrato de trato sucessivo, para o STJ, sofrerá a incidência da

¹¹³ É interessante anotar, aqui, o entendimento do STJ, manifestado em recentíssima decisão, de que é pacífica a orientação do Tribunal “no sentido de que os princípios contidos na Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada, apesar de previstos em norma infraconstitucional, não podem ser analisados em Recurso Especial, pois são institutos de natureza eminentemente constitucional (AgRg no AREsp 320751 / DF; Relator(a) Ministro HERMAN BENJAMIN (1132); Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 11/06/2013; Data da Publicação/Fonte: DJe 25/06/2013; Precedentes citados: AgRg no AREsp 238239-RJ, AgRg no AREsp 202888-MG, AgRg no Ag 1349674-SP, AgRg no Ag 1421813-SC, AgRg no Ag 1261612-SP). Não obstante, o próprio STJ já se manifestou, em outros casos – além daqueles acima mencionados que envolvem planos de saúde –, acerca da irretroatividade, inclusive por seu órgão especial em respeito à “cláusula de reserva de plenário” (art. 97, CR/88), como, por exemplo, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 644.736/PE.

¹¹⁴ De acordo com a doutrina civilista, nos contratos “de trato sucessivo” ou “de execução sucessiva” a obrigação permanece, ou seja, continua produzindo efeitos futuros, apesar das soluções periódicas (pagamentos) (BRASIL, Código Civil e legislação civil em vigor / Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvea; com a colaboração de Luís Guilherme Aidar Bondioli. 27 ed. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 544; e: FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 473). Segundo Sílvio de Salvo Venosa, “os contratos são de execução sucessiva quando as relações das partes desenvolvem-se por um período mais ou menos longo, devido à própria natureza da relação. É o que sucede com o contrato de locação, de trabalho, de mútuo, comodato,

lei nova quando (o contrato) estiver diante de uma “norma de ordem pública” sem que se possa falar em retroatividade ou violação ao ato jurídico perfeito; porém, estando diante de norma “privada”, não importa se o contrato é de trato sucessivo, pois a lei, não sendo de ordem pública, não terá efeito imediato, isto é, retroativo a contrato firmado anteriormente à sua vigência. No entanto, é cabível o seguinte questionamento: a quem caberá dizer quando se está diante de uma norma de ordem pública ou de ordem privada? É dizer, na atual quadra da história nem sempre tal definição é um “dado”, visto que, superada a ideia de público como estatal¹¹⁵, as fronteiras entre os Direitos Público e Privado já não são mais tão nítidas como foram no passado.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça também se mostra incoerente com a história do nosso direito e, principalmente, com as decisões do Supremo Tribunal Federal. Mormente na resolução dos casos mais complexos, é importante levar em consideração a

sociedade, seguro etc. Também será de trato sucessivo o contrato que assim se torna pela vontade das partes, como, por exemplo, numa compra e venda com pagamento a prazo. Em todos esses contratos de trato sucessivo, situa-se o campo de aplicação da teoria da imprevisão [...]”, que permite haver alterações, por meio de intervenção judicial, nas suas condições originárias, porém, justificadamente “por uma circunstância superveniente ao contratado, imprevista e imprevisível, alterando-lhe totalmente o estágio fático”. Venosa, no entanto, admite também a possibilidade de “intervenção legislativa” nos contratos de “trato sucessivo”, dizendo que existem razões de Estado que levam o legislador a “intervir, com normas emergenciais, para atender crises que afetem interesses sociais relevantes” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 433 e 480). O autor diz que os contratos de trato sucessivo podem ser afetados pela teoria da imprevisão e, neste caso, ele fala em “intervenção judicial” para restabelecer um equilíbrio (normalmente econômico) que ficou prejudicado em razão de circunstâncias supervenientes, imprevistas e imprevisíveis. Todavia, para que seja possível aplicar a teoria da imprevisão, é necessário verificar se, no caso concreto, os requisitos estão presentes, e, nos julgamentos analisados, em momento algum o STJ aponta a existência de qualquer circunstância superveniente, imprevista ou imprevisível, passível de afetar o equilíbrio contratual, nem tão pouco menciona a própria teoria da imprevisão para justificar suas decisões. Quanto à “intervenção legislativa” (que seria a aplicação de lei nova aos efeitos futuros do contrato de trato sucessivo), trata-se de uma atitude do legislador (e não do juiz), com argumento de política (interesse social relevante), o que, ainda assim, seria bastante questionável face ao argumento de princípio (irretroatividade da lei), pois, a nosso ver, afetaria direito fundamental individual ou de grupo de indivíduos, conforme veremos no item 3.3 deste trabalho. De toda sorte, o legislador não disse, em momento algum, que o § 3º do art. 15 teria aplicação imediata (ou retroativa) aos contratos de plano de saúde – nem tão pouco existe uma situação de crise emergencial para tal atitude. Pelo contrário, o Poder Executivo – por meio da Agência Reguladora que tem o papel, atribuído pela Constituição, de regulamentar o setor –, no momento da regulamentação do dispositivo legal, fez previsão expressa (pela RN nº 63/03) no sentido de que a norma do Estatuto do Idoso teria aplicação somente aos contratos firmados posteriormente à sua vigência. Já quando o legislador pretendeu aplicar a Lei nº 9.656/98 aos contratos antigos, o Supremo Tribunal Federal, exatamente em razão da proteção Constitucional ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, declarou o dispositivo inconstitucional no julgamento liminar da ADI nº 1931, como vimos no capítulo 2 deste trabalho.

¹¹⁵ Cf. Alexandre Bahia, “desde a perspectiva habermasiana, não faz sentido uma separação que coloque “público” e “privado” como contraditórios. Além do já afirmado, isto é, que ambos estão em relação de tensão, há que se não perder de vista que **até a definição** do que se tem por “**público**” e por “**privado**” **não poderá se tomada como um dado** (*a priori*); antes, dependerá das diferentes apreensões discursivas que serão feitas em cada caso. O [...] Sistema de Direitos surge da relação de **co-originalidade** entre soberania popular (autonomia pública) e direito humanos (autonomia privada). O meio institucional encontrado na Modernidade para fundar esse sistema é a **Constituição**” (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 238).

tradição da respectiva comunidade jurídica. Conforme Moreira Alves, domina na tradição jurídica brasileira a teoria subjetiva do direito adquirido. Segundo o Ex-ministro do STF, o princípio do direito adquirido "se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva"¹¹⁶.

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, concordando com tais afirmativas, em voto proferido no Agravo de Instrumento nº 667030, transcreve trecho do voto do então Ministro Moreira Alves, na Representação de Inconstitucionalidade nº 1.451:

Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada de natureza constitucional, **sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária**, não tem sentido a afirmação de muitos – apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal – de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros do ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente. (grifo nosso)

No julgamento do Agravo de Instrumento nº 99.655-9, mesmo diante de um “contrato de trato sucessivo” – no caso, tratava-se de um contrato de locação –, o STF, por votação unânime, manifestou-se igualmente pela irretroatividade da lei, sob pena de violação do ato jurídico perfeito. De acordo com o relator, Min. Moreira Alves,

[c]om efeito, ninguém nega que o contrato de locação é um **contrato de trato sucessivo**. Mas nem por isso, obviamente, deixa de ser contrato consensual, que é **ato jurídico perfeito** no momento em que ocorre o acordo de vontades entre locador e locatário, ou seja, no instante em que se constitui. Daí a lição clássica de Carlos Maximiliano (Direito Intertemporal, n. 161, pag. 190, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1946): “Não se confundam contratos em curso e contratos em curso de constituição: só estes a norma hodierna alcança, não aqueles (locador por exemplo); pois são atos jurídicos perfeitos, constituídos, que se acham em curso de efeito”. E mais adiante (n. 168, pag. 197), acrescenta: “Os efeitos de contrato em curso no dia da mudança de legislação regulam-se conforme a lei da época da constituição do mesmo; a norma anterior não os modifica, diminui ou acresce”¹¹⁷. (grifos nossos)

Segundo Gilmar Mendes, o disposto no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988, reproduz norma tradicional do direito brasileiro – desde a Constituição de 1934, com exceção da Carta de 1937, todos os textos constitucionais brasileiros têm consagrado cláusula

¹¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 493, Relator Ministro Moreira Alves, RTJ 143, p. 724.

¹¹⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI nº 99655-9, Rel. Min. Moreira Alves, DJ. 18.11.1984.

semelhante.¹¹⁸ “A dimensão constitucional que se confere ao princípio do direito adquirido não permite que se excepcionem da aplicação do princípio as chamadas regras de ordem pública”¹¹⁹⁻¹²⁰.

Além de se mostrar incoerente com as próprias decisões e com a tradição do nosso direito, o STJ, nas decisões acima relacionadas, parece não conhecer ou (propositadamente) ignorar a existência de regras específicas sobre o assunto criadas pelo poder competente – ou seja, o Executivo, por meio da Agência Nacional de Saúde Suplementar, que normatiza o setor diante da atribuição que lhe foi determinada pelo Legislativo Federal (Lei nº 9.656/98 e Lei nº 9.961/00) e pela Constituição (art. 174) –, afastando tacitamente a sua aplicação, apenas utilizando-se de termos vagos e sem uma fundamentação (principiológica) adequada.

Na maioria das decisões, conforme pudemos perceber, o STJ também se mostra indiferente ao caso concreto, especialmente quanto ao reajuste por mudança de faixa etária do idoso, passando a considerar todo e qualquer reajuste para maiores de sessenta anos como discriminatório.

Como vimos no capítulo 1, Kelsen já constatava que a interpretação do direito é evitada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista. Lançando o problema da discricionariedade, dizia que pela via da interpretação autêntica não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa e, além disso, a escolha de uma ou outra possibilidade de interpretação poderá basear-se em critérios não jurídicos.

O Superior Tribunal de Justiça, além de não mencionar a existência de regras específicas sobre o assunto (criadas pelo poder público competente que regulamentou a

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 398.

¹¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 399.

¹²⁰ Cf. Reynaldo Porchat, é inteiramente falsa a afirmativa que sustenta a retroatividade das chamadas “leis de ordem pública” ou as “leis do direito público”, pois, antes de tudo, é difícil discriminar nitidamente o que seja de ordem pública e aquilo que é de ordem privada. Para o autor, o interesse público e o interesse privado se entrelaçam de tal forma que, na maioria das vezes, não é possível separá-los. Desta forma, seria altamente perigoso proclamar como verdade que as leis de ordem pública ou de direito público têm efeito retroativo. A simples invocação de um motivo de ordem pública não basta para justificar a ofensa ao direito adquirido, cuja inviolabilidade também é um forte motivo de interesse público. “Quer se trate de direito público, quer se trate de direito privado, a lei nova não pode ter efeitos retrativos” (PORCHAT, Reynaldo. *Curso elementar de direito romano* apud MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 399-400).

matéria), ao argumentar que determinada lei tinha aplicação imediata (isto é, retroatividade) por se tratar de norma de ordem pública e, ainda, que o interesse público que subjaz a referida lei deveria prevalecer, baseou-se em critérios políticos (não jurídicos) para fundamentar suas decisões. Trata-se de decisões que, em detrimento do direito individual da irretroatividade (caracterizada pela inviolabilidade do direito adquirido e ato jurídico perfeito), foi privilegiado o chamado “interesse público coletivo”, com o intuito de controlar de forma geral e abstrata os reajustes de faixa etária do idoso, independentemente da época da celebração do contrato de plano de saúde e sem considerar o caso concreto.

Mas será que referidas decisões, na forma como proferidas, são as mais adequadas à Constituição? Decidir com base em argumentos de política (em prol da coletividade) ao invés de argumentos de princípio (que privilegiam direitos dos indivíduos) é a forma mais correta? Como compatibilizar as decisões judiciais – no nosso caso exemplificativo, do STJ envolvendo a judicialização da saúde suplementar – de modo que, sem retornar ao positivismo exegético do tipo “letra fria da lei”, torne-se possível se livrar da discricionariedade do positivismo normativista tão presente nas decisões judiciais atuais?

Torna-se necessário, para tanto, encontrar um equilíbrio, o que a nosso ver poderá ser feito através da adoção de uma teoria da decisão que possa superar, ao mesmo tempo, as duas citadas vertentes do positivismo jurídico – o exegético e o normativista.

3. A CONCEPÇÃO DO “DIREITO COMO INTEGRIDADE” CONTRA A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

3.1. A recepção da virada linguística como condição de possibilidade para uma interpretação constitucionalmente adequada

A filosofia, não obstante as variadas tentativas de desvinculação e até de desconsideração por parte dos juristas, sempre exerceu e continua a exercer uma forte influência no direito. Atualmente, com o surgimento de várias teorias jurídicas pós-positivistas, ocorre um fenômeno que Lenio Streck chama de invasão do direito pela filosofia, razão pela qual, segundo ele, torna-se mais adequado falar em filosofia *no* direito, no lugar da tradicional filosofia *do* direito¹²¹.

Pode-se dizer que a filosofia possui ao menos três grandes paradigmas¹²² ao longo da história do pensamento ocidental: a metafísica clássica, a filosofia da consciência e a filosofia da linguagem.

A metafísica clássica, apoiada em conceitos universais, foi desenvolvida por Aristóteles, através de uma releitura das teorias de seu mestre Platão. Posteriormente, foi retomada por Tomas de Aquino. Com a modernidade, a partir do século XV, a metafísica

¹²¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 163.

¹²² O sentido de paradigma aqui utilizado é aquele formulado por Thomas Kuhn, em sua obra “A estrutura das revoluções científicas” (KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 1998), bem explicado e ilustrado por Edgar Morin no livro “Ciência com consciência”, quando diz: “Kuhn (e outros autores como Feyerabend) inferiram a incomensurabilidade das teorias científicas: eles afirmaram que não se pode dizer que as teorias científicas se acumulam umas sobre as outras, sendo a nova maior, mais extensa e absorvendo a precedente. Afirmaram que há saltos ontológicos de um universo para o outro. Mudamos de universo quando passamos do universo newtoniano para o universo einsteiniano. Mudamos de universo quando passamos do universo einsteiniano para o universo da física quântica, sobretudo como ele aparece depois da experiências de Aspect. Então, em vez de vermos um tipo de racionalidade progressiva e ascensional em marcha na história, percebemos que a história da ciência, como a história das sociedades, conhece e passa por revoluções” (MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 45-46).

clássica passa a dar lugar à metafísica moderna (também denominada filosofia da consciência)¹²³.

O paradigma da filosofia da consciência, por sua vez, começou a ser superado no século XIX, segundo Gadamer, com a teoria de Humboldt¹²⁴. Posteriormente, já no século XX, a filosofia da consciência sofre seu mais duro golpe, primeiro com a virada linguística lógica, herança de Wittgenstein¹²⁵, e com a virada linguística ontológica, operada por Heidegger¹²⁶.

A noção de paradigma desenvolvida por Kuhn¹²⁷, que promove rupturas e proporciona novos olhares sobre as supostas verdades, encontra-se “intimamente vinculada aos desenvolvimentos da filosofia da linguagem, ao denominado giro linguístico, hermenêutico e pragmático”¹²⁸.

Como já percebido por Kelsen desde Teoria Pura do Direito, a norma é resultado da interpretação¹²⁹, contudo, no atual paradigma, é inaceitável que a interpretação (ou a decisão) seja um ato de vontade do intérprete (ou do julgador), pois assim estar-se-ia admitindo um retorno às origens pré-socráticas – quando os sofistas defendiam que se podia dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa¹³⁰.

A intenção deste item é demonstrar que, com a virada linguística ontológica (e conseqüente superação da metafísica em suas duas vertentes), o direito necessariamente passa por uma reformulação no que diz respeito às formas de interpretação. É necessário se dar

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 156-182.

¹²⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 637.

¹²⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 183-188

¹²⁶ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 211-229.

¹²⁷ KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

¹²⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 31.

¹²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 389-390.

¹³⁰ Conforme Lenio Streck, “[o]s sofistas – que podem ser considerados os primeiros positivistas – defendiam o convencionalismo, isto é, que entre palavras e coisas não há nenhuma ligação/relação. Claro que, com isso, a verdade deixava de ser prioritária. O discurso passava a depender de argumentos persuasivos (retórica e argumentação). Os sofistas provocaram, assim, no contexto da Grécia antiga, um *rompimento paradigmático*” (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 11-12).

conta dos ganhos decorrentes da virada linguística, principalmente no que diz respeito ao combate à discricionariedade judicial (do positivismo normativista), para que se possa conceber uma teoria “pós-positivista” do direito. Como diz Castanheira Neves,

o Direito é linguagem, e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o Direito é-o numa linguagem e como linguagem – propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é¹³¹.

Ao falar do conceito de “linguagem” ao longo da história do pensamento do mundo ocidental, em sua célebre obra *Verdade e Método*, Hans-George Gadamer faz um retorno à filosofia grega e traça algumas considerações sobre a relação entre linguagem e *logos*.

O autor inicia dizendo que:

a íntima unidade de palavra e coisa era, nos tempos primitivos, algo tão natural que o nome verdadeiro era experimentado como parte do portador desse nome, quando não, como se o representasse por procuração. É significativo que, em grego, a expressão usada para “palavra”, *onoma*, significa ao mesmo tempo “nome”, e em particular nome próprio, isto é, apelativo. A palavra é compreendida imediatamente a partir do nome. O nome é tal em virtude de alguém se chamar assim e atender por esse nome. Pertence ao seu portador. A correção do nome se confirma no fato de seu portador atender por ele. Parece, portanto, pertencer ao próprio ser¹³².

Neste sentido, afirma Gadamer que “[d]e certo modo, a filosofia grega se inicia¹³³ precisamente com o conhecimento de que palavra é *somente* nome, isto é, não representa

¹³¹ CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editores, 1993, p. 90.

¹³² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 524.

¹³³ A primeira obra da humanidade a falar de filosofia da linguagem é o escrito *Crátilo*, de Platão (388, a.C.) (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 151) – nos dizeres de Manfredo Araújo de Oliveira, é “o escrito mais tardio que a Tradição nos legou em nossa cultura ocidental como reflexão sobre a linguagem ou, para usar uma expressão de hoje, como crítica da linguagem” (OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 17). O *Crátilo*, segundo Streck, Trata-se de um tratado grego sobre a linguagem que, através de um diálogo, discute duas teses sobre a relação palavra-coisa: o naturalismo, pelo qual cada coisa tem seu nome por natureza; e o convencionalismo, pelo qual a ligação do nome com as coisas é absolutamente arbitrária e convencional, não havendo qualquer ligação (natural) das palavras com as coisas. No escrito, além do personagem Sócrates, que representava o próprio pensamento de Platão, há o personagem Hermógenes, que representa os sofistas, e Crátilo, que representa o pré-socrático Heráclito. A teoria naturalista é defendida no diálogo por Crátilo, e a convencionalista – que é uma posição sofística – é defendida por Hermógenes (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 151).

(*vertritt*) o verdadeiro ser”¹³⁴. É a partir daí que se abrem alguns questionamentos, tal como: pode-se falar da justeza dos nomes e da verdade das palavras?

Analisando o conceito de linguagem na história, Gadamer traça a relação entre linguagem e *verbum*, que se opõe ao *logos* grego. Para o autor, existe um pensamento que não é grego e que faz mais justiça ao ser da linguagem: trata-se do pensamento cristão da encarnação¹³⁵.

Enquanto no pensamento grego Deus se mostra aos homens em forma humana – “em todas as corporalizações a alma retém seu ser para si, e a liberação do corpo é uma purificação, ou seja, reconstrução de seu ser verdadeiro e autêntico”¹³⁶ – na encarnação cristã, Deus se torna homem – “a humanização de Deus [...] implica o sacrifício que o crucificado assume como filho do homem, o que constitui uma relação misteriosamente diferente”¹³⁷.

Este pensamento teológico marca uma reflexão filosófica no pensamento ocidental acerca da linguagem humana. “Isso porque, diferentemente do *logos* grego, a palavra é puro acontecer” – é o que se verifica da expressão “o verbo se faz carne”¹³⁸⁻¹³⁹.

Em resumo, até aqui, na metafísica clássica “os sentidos estavam nas coisas; as coisas tinham uma essência e por isso tinham um sentido. O sujeito estava assujeitado”¹⁴⁰. A existência de uma essência dos objetos dá origem aos conceitos gerais universais ou, se preferir, ao “sentido comum teórico” das coisas.

¹³⁴ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 524.

¹³⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 540.

¹³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 541.

¹³⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 541.

¹³⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 541.

¹³⁹ No século IV, ocorre uma aproximação do pensamento grego pelo pensamento teológico quando Santo Agostinho faz uma união entre o platonismo e os ideais cristãos, ao desenvolver a tese de que o corpo sofre a ação da alma, porém não é capaz de agir sobre ela (pois há uma hierarquia transcendental da alma sobre o corpo). Em outras palavras, isso quer dizer que “os objetos exteriores exercem uma ação contínua sobre o corpo, e este é impressionado por eles sem que, no entanto, a alma seja afetada” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 164). Para Agostinho, “a função significativa da palavra não se faz pela relação que ela possa ter com a coisa significada, mas sim pela relação que ela tem com as outras palavras”. Mais tarde, no século XIII, há um retorno à metafísica clássica, caracterizado pela recepção do pensamento aristotélico por Tomás de Aquino, seu seguidor (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 165).

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 165.

Na metafísica, a palavra é signo e, “toda vez que a palavra assume a mera função de signo, o nexó originário entre falar e pensar [...] se transforma numa relação instrumental”. Essa transformação (linguagem como instrumento) institui a base para a formação de todos os conceitos da ciência.

A partir do séc. XIV, ocorre uma forte resistência à tradição grega, o que pode ser verificado, por exemplo, com o nominalismo de Guilherme de Ockham, que representa uma antítese do pensamento aristotélico, principalmente com respeito à dicotomia universais-individuais. Com uma postura antimetafísica, Ockham valoriza sobremaneira a linguagem.

Para Ockham, as coisas denominadas pelo mesmo termo nada têm em comum, exceto a própria nomeação, ou, dito de outro modo, o que todas as cadeiras têm em comum é serem chamadas/nominadas de cadeiras. Isto porque, ao contrário dos universais aristotélicos, para Ockham só há individuais particulares. [...]

Importa referir que no mundo medieval, sustentado nas teses realistas (aristotélico-tomistas fundadas na *oísia* e no *creatum*), a razão divide comanda tudo. É nesse sentido que Ockham proporciona uma revolução, porque se assentará na vontade. A essência da lei está na decisão voluntária: o próprio sujeito, o indivíduo, torna-se legislador. É, em síntese, o triunfo da vontade humana, questão que se perceberá no contrato de Hobbes, em que é a vontade dos homens que faz com que consigam vencer a barbárie. Tais questões serão fundamentais para a evolução da filosofia do direito. Não há essência e tampouco “essência geral do justo”. Ockham inaugura, assim, uma espécie de subjetividade, com sua vontade, contra aquilo que é dado “no geral”. Isso só era possível negando os universais, propondo em seu lugar que “somente têm existência real os seres individuais”. Os universais são apenas nomes que as pessoas dão de comum acordo a objetos¹⁴¹.

É possível dizer que a teoria nominalista de Ockham (não com exclusividade) é de fundamental importância para a posterior superação do objetivismo da metafísica clássica nesta transição para o subjetivismo, que se dá com o surgimento da modernidade.

Com o advento da modernidade (séc. XV)¹⁴², o objetivismo da metafísica clássica aristotélica – entendida como a ciência primeira que fornece a todas as outras o fundamento comum¹⁴³ – deu lugar ao subjetivismo da filosofia da consciência.

Nos dizeres de Lenio Streck,

[a] superação do objetivismo (realismo filosófico) dá-se na modernidade (ou com a modernidade). Naquela ruptura histórico-filosófica, ocorre uma busca da explicação

¹⁴¹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 166.

¹⁴² RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura das ideias dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 5 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13.

sobre os fundamentos do homem. Trata-se do iluminismo (Aufklärung). O fundamento não é mais o essencialismo com uma certa presença da *illuminatio divina*. O homem não é mais sujeito às estruturas. Anuncia-se o nascimento da subjetividade. A palavra “sujeito” muda de posição. Ele passa a “assujeitar” as coisas. É o que se pode denominar de esquema sujeito-objeto, em que o mundo passa a ser explicado (e fundamentado) pela razão, circunstância que – embora tal questão não seja objeto destas reflexões – proporcionou o surgimento do Estado Moderno (aliás, não é por acaso que a obra de ruptura que fundamenta o Estado Moderno tenha sido escrita por Thomas Hobbes, um nominalista, o que faz dele o primeiro positivista da modernidade)¹⁴⁴.

No entanto, assim como na metafísica clássica, na metafísica moderna (da filosofia da consciência) a linguagem também é um mero instrumento que liga o sujeito ao objeto. A diferença é que na primeira o conhecimento estava no objeto, isto é, nas coisas, que tinham uma essência, enquanto na segunda há um descolamento do conhecimento para o sujeito, ou seja, para a razão, permanecendo a linguagem como terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e o objeto. Na filosofia da consciência, o sujeito passa a assujeitar as coisas, o que dá origem ao subjetivismo no lugar do objetivismo até então determinante.

Segundo Gadamer¹⁴⁵, Wilhelm von Humboldt (século XIX) é o criador da moderna filosofia da linguagem. “Seu ponto de partida é que as línguas são produtos da ‘força do espírito’ humano. Em todo lugar onde há linguagem está em ação a força originária de linguagem do espírito humano [...]”¹⁴⁶.

Sobre *a linguagem como experiência de mundo*, concordando com Humboldt, Gadamer afirma que

[a] linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham *mundo*, nela se representa o *mundo*. Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo. Mas este estar aí no mundo é constituído pela linguagem. Esse é o verdadeiro coração de uma frase que Humboldt exprime com uma intenção bem diferente, a saber, que as línguas são concepções de mundo. Com isso, Humboldt quer dizer que, frente ao indivíduo que pertence a uma comunidade de linguagem, a linguagem instaura uma espécie de existência autônoma, e quando este se desenvolve em seu âmbito, ela o introduz numa determinada relação e num determinado comportamento para com o mundo. Mas mais importante que isso é o que está em sua base, a saber, que, frente ao mundo que vem à fala nela, a linguagem não instaura, ela mesma, nenhuma existência autônoma. Não só o mundo é mundo apenas quando vem à linguagem, como a própria linguagem só tem sua verdadeira existência no fato de que nela se representa o mundo. A originária humanidade da linguagem significa, portanto, ao mesmo tempo, o originário caráter de linguagem do estar-no-mundo do homem.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13.

¹⁴⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 566.

¹⁴⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 567.

Precisamos seguir essa relação entre *linguagem e mundo*, para alcançarmos um horizonte adequando para o *caráter de linguagem da experiência hermenêutica*¹⁴⁷.

Depois do surgimento da filosofia da linguagem, com Humboldt, o paradigma da filosofia da consciência passou a sofrer duros golpes, no século XX, com a denominada “viragem linguística lógica”. Esse primeiro giro linguístico teve início no Círculo de Viena que, inspirado na obra de Wittgenstein (*Tractatus*), formulou o neopositivismo lógico, pensamento que buscava a construção de linguagens ideais¹⁴⁸.

Baseado na obra de Wittgenstein, Rudolf Carnap desenvolveu a ideia de uma lógica formal da linguagem que, sendo objeto da semiótica, seria questão de sintaxe ou semântica¹⁴⁹. A respeito, como diz Manfredo de Oliveira, “as reflexões de Carnap sobre a linguagem se situam em seu programa antimetafísico, isto é, como ele mesmo dizia da superação da metafísica por meio da análise lógica da linguagem”¹⁵⁰.

Após estas formulações, Kelsen, no campo do Direito, desenvolveu um novo positivismo jurídico (normativista), superando, assim, aquele positivismo primevo (exegético)¹⁵¹. Segundo Streck, para o jurista austríaco, “o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático”¹⁵², pois a norma é o resultado da interpretação do texto, sendo que o texto pode ter (e provavelmente terá) mais de um significado¹⁵³.

¹⁴⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 571-572.

¹⁴⁸ Segundo Simioni, “o positivismo lógico da primeira fase do Círculo de Viena (*Wiener Kreis*) apresentava uma característica bem precisa: um repúdio à filosofia metafísica e uma exigência bastante forte de clareza e rigor lógico na aplicação de métodos de investigação científica sobre fatos empíricos. Já o neopositivismo lógico da fase madura do Círculo de Viena apresentava as mesmas características e ideais da primeira fase, mas agora **a problemática linguística constitui um ponto fundamental de observação**, mais importante do que a própria facticidade empírica. Tanto o velho quanto o neopositivismo lógico se inserem em uma perspectiva estritamente analítica. Só que enquanto o velho positivismo analisava fatos empíricos, o neopositivismo lógico inaugurou um movimento teórico baseado na **análise da linguagem** que procura descrever e organizar o sentido daqueles fatos empíricos” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Intepretação, argumentação e decisão jurídica no neopositivismo de Hans Kelsen*. Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 10-11) (grifos nossos).

¹⁴⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 212-213.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 76-77.

¹⁵¹ Simioni afirma que “com base nessa concepção neopositivista de ciência [neopositivismo lógico da segunda fase do Círculo de Viena], Kelsen vai procurar fundar uma ciência genuinamente jurídica, isto é, uma ciência do direito diferenciada da sociologia, da filosofia e da política jurídica” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Intepretação, argumentação e decisão jurídica no neopositivismo de Hans Kelsen*. FDSM, 2012, p. 10-11).

¹⁵² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

¹⁵³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 389-390.

Enquanto que no positivismo exegético o problema da interpretação do direito é uma questão de análise sintática, no (neo)positivismo normativista temos uma ênfase na semântica¹⁵⁴.

Após Kelsen, começam a aparecer várias teorias (auto)denominadas pós-positivistas com propostas de superação do positivismo jurídico, tais como procedimentalismo, substancialismo, pragmatismo, concepções sistêmicas, hermenêutica, comunitarismo, jurisprudencialismo, estruturalismo, institucionalismo e outras¹⁵⁵. O fato é que todas as teorias pós-positivistas partem (ou deveriam partir) de um mesmo pressuposto para resolver o problema do subjetivismo da filosofia da consciência sem retornar ao objetivismo da metafísica clássica: “a virada ontológica linguística” operada por Martin Heidegger¹⁵⁶ e posteriormente trabalhada por Hans-George Gadamer¹⁵⁷, onde a linguagem deixa de ser mero instrumento que liga o sujeito ao objeto, passando a “condição de ser no mundo” – afinal, como diz Gadamer: “o ser que pode ser compreendido é linguagem”¹⁵⁸. Nas palavras de Flávio Quinaud Pedron, a “linguagem, então, é compreendida não apenas como mecanismo para transmissão de informações, mas antes, como condição de acesso ao mundo”¹⁵⁹.

É importante salientar que, desde Gadamer, todas as normas, como espécies que são de textos em geral, sempre “precisam” ser interpretadas, porque essa é a nossa “condição no mundo”. Não há como aplicar algo sem, ao mesmo tempo, compreender e interpretar. Para Gadamer, estes três momentos (aplicação, compreensão e interpretação) formam um processo unitário. A aplicação está contida em toda interpretação¹⁶⁰, e a “interpretação não é um ato posterior e oportunamente complementar à compreensão, porém, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão”¹⁶¹. Afirma o autor que “a unidade interna de compreensão e interpretação se confirma precisamente no

¹⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 32-33.

¹⁵⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Decisão jurídica e autonomia do direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia*. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 142.

¹⁵⁶ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

¹⁵⁷ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. V. I. 3 ed. Petrópolis. Vozes, 1999.

¹⁵⁸ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. V. I. 3 ed. Petrópolis. Vozes, 1999, p. 685.

¹⁵⁹ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 144.

¹⁶⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. V. I. 3 ed. Petrópolis. Vozes, 1999, p. 458.

¹⁶¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. V. I. 3 ed. Petrópolis. Vozes, 1999, p. 459.

fato de que a interpretação, que desenvolve as implicações de sentido de um texto e as torna expressas linguisticamente, face ao texto dado, parece uma criação nova, mas não afirma uma existência própria ao lado da compreensão”¹⁶².

Segundo Alexandre Bahia, a percepção desse processo unitário, envolvendo aplicação, compreensão e interpretação,

[...] representa um ganho imenso para a prática jurídica, pois agora denota-se que não é possível, *e.g.*, aplicar uma norma sem, ao mesmo tempo, compreendê-la e interpretá-la. Não é que o juiz *escolha* interpretar (e compreender) a norma, mas que é impossível que ele tente aplicá-la sem, ao mesmo tempo, fazer incidir um juízo sobre a mesma¹⁶³.

Conforme Rafael Lazzarotto Simioni,

[...] somente com a virada linguística da filosofia hermenêutica de Heidegger tornou-se possível superar [aquela] cisão entre teoria e prática ou entre razão pura e razão prática. Essa é uma longa história que não cabe aqui contá-la. O importante é ter presente que o mundo prático é a dimensão da experiência humana e social na qual são articulados todos aqueles valores éticos e convicções morais que constituem o sentido da integração social e – se assim se quiser – o sentido da humanidade do homem. É precisamente o resgate desse mundo prático que constituiu a tarefa pós-positivista da decisão jurídica. Mas como ter acesso a ele sem se deixar contaminar por todas as ideologias e diferenças culturais nele presentes? Queremos destacar sucintamente apenas duas entre as várias concepções que atualmente existem de acesso ao mundo prático. E justificamos esse corte epistemológico no fato de essas duas concepções serem as mais originais e as fontes de quase todas as discussões relevantes que atualmente são estabelecidas sobre esse problema do acesso cognitivo ao mundo prático. Uma é a hermenêutica, da linha filosófica de Heidegger e Gadamer, desenvolvida no direito por Lenio Streck e também, de modo mais ou menos implícito, pelo substancialismo de Ronald Dworkin. A outra é a procedimentalista de Habermas, que inspirou uma boa parte dos demais procedimentalistas como Alexy, como também inspirou uns pontos de divergência entre a herança sistêmica de Luhmann e a concepção sistêmica de Günther Teubner¹⁶⁴.

Habermas afirma que, com o giro linguístico, o significado das orações, e a compreensão do significado de uma oração, não podem separar-se da relação interna que a linguagem guarda com a validade dos enunciados. Falante e ouvinte só entendem o

¹⁶² GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. V. I. 3 ed. Petrópolis. Vozes, 1999, p. 685.

¹⁶³ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2258, 6 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3588/interpretacao-juridica-no-marco-do-estado-democratico-de-direito/2>>. Acesso em: 09 de novembro de 2013

¹⁶⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Decisão jurídica e autonomia do direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia*. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 156-157.

significado de uma oração quando sabem em que condições essa oração é verdadeira¹⁶⁵. Esse “entendimento pode tanto significar que os participantes se põem de acordo sobre a validade de seus atos de fala quanto até que simplesmente têm presentes os desacordos que constataam”¹⁶⁶. A virada ontológica, assim como a virada lógica, chega à conclusão de que o conhecimento está na linguagem, porém, de forma mais sofisticada, pois a essência está no “ser”, e não no “ente”¹⁶⁷, o que afasta qualquer forma de interpretação baseada puramente em métodos. A partir da passagem do paradigma da filosofia da consciência para o paradigma da filosofia da linguagem,

os sinais linguísticos, que serviam apenas como instrumento e equipamento das representações, adquirem, como reino intermediário dos significados linguísticos, uma dignidade própria. As relações entre linguagem e mundo, entre proposição e estados de coisas, substituem as relações sujeito-objeto. O trabalho de constituição do mundo deixa de ser uma tarefa da subjetividade transcendental para se transformar em estruturas gramaticais. O trabalho reconstrutivo dos linguistas entra no lugar de uma introspecção de difícil controle. Pois, as regras, segundo as quais os signos são encadeados, as frases formadas e os enunciados produzidos, podem ser deduzidas de formações linguísticas que se apresentam como algo já existente. Deste modo, não somente a filosofia analítica e o estruturalismo constroem para si uma nova base metódica; a partir da teoria russerliana do significado constroem-se pontes em direção à semântica formal. A própria Teoria Crítica é surpreendida no final pela guinada linguística!¹⁶⁸

A partir daí, as teorias que pretendem enfrentar o problema da interpretação do direito passam a adotar cada qual uma postura que, sob seus próprios argumentos (como, por exemplo, Dworkin¹⁶⁹, Habermas¹⁷⁰ e Alexy¹⁷¹), tentam mostrar a maneira de se buscar a resposta correta ou mais adequada para os casos que dependem de uma decisão jurídica, e esta resposta – que não poderá ser nem objetivista e nem subjetivista, ou se preferir, nem exegética (por simples subsunção) e nem discricionária (arbitrária) – deve compatibilizar a autonomia

¹⁶⁵ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. 4 ed. Madri: Editorial Trotta, 2010, p. 321.

¹⁶⁶ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *O direito e as formas de integração social desde a teoria do discurso de J. Habermas: pequeno estudo do capítulo I de facticidade e validade..* Texto disponível em: http://www.fmd.pucminas.br/virtuajus/virtuajus_inicio.html, acesso em 28/07/2013 (Produção docente, ano 5, número 2).

¹⁶⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

¹⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 15.

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

¹⁷⁰ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 6 ed. Madri: Editorial Trotta, 2010.

¹⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

do direito com as razões do mundo prático¹⁷² e, para tanto, deverá o intérprete perceber a sua inserção no mundo, ou seja, que ele é um ser com os outros (intersubjetividade).

Neste sentido, em consonância com o pensamento que teve origem em Heidegger (ser no mundo), Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, ao relacionar o giro linguístico e a necessidade de uma Teoria da Constituição que supere os dualismos presentes nas filosofias anteriores (como, por exemplo, mundo real-mundo ideal), mencionando as afirmações de Dworkin¹⁷³, diz que

[o] Direito [...] é uma prática social, interpretativa e argumentativa, de tal modo que não há como compreendê-lo da perspectiva de um observador externo que não leva a sério o ponto de vista normativo dos implicados, das pretensões jurídicas levantadas pelos próprios participantes dessa prática. A realidade social é uma construção dinâmica, hermenêutica, histórica, social, da qual o Direito faz parte. O Direito não está pairando estaticamente sobre uma sociedade estática. E, como tal, deve lidar, inclusive, com o risco próprio a ele mesmo de ser descumprido a todo e qualquer momento¹⁷⁴.

A intersubjetividade provocada pela virada ontológica linguística, na medida em que exige que se faça, no interior da própria linguagem, um controle hermenêutico, não permite que se fale qualquer coisa sobre qualquer coisa. Ao contrário, deve-se levar o texto a sério, circunstância que, nas palavras de Streck, “se coaduna perfeitamente com as Constituições na segunda metade do século XX e confere especificidade à interpretação do direito, em face do vetor de sentido assumido pelo texto constitucional, além de reafirmar a autonomia do direito”¹⁷⁵.

Levando-se em conta que “[a] Constituição é o Direito em seu sentido mais alto”¹⁷⁶, podemos afirmar que a compreensão adequada dos direitos fundamentais é essencial para que se torne possível superar a problemática do “caráter estruturalmente aberto e indeterminado

¹⁷² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Decisão jurídica e autonomia do direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia*. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 160.

¹⁷³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 145.

¹⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 403-404.

¹⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 82.

das normas gerais e abstratas características do direito (positivo) moderno”¹⁷⁷ e, assim, resolver a (consequente) questão da discricionariedade judicial. Pode-se dizer, aliás, que essa necessária compreensão, quando falamos do Brasil, é uma exigência institucionalmente estabelecida pela própria Constituição da República, que carrega consigo toda uma carga principiológica que já se manifestava praticamente no seio de nossa comunidade¹⁷⁸ – o que, aliás, torna nossa Constituição materialmente legítima e constitui o nosso país num Estado Democrático de Direito.

Nos dizeres de Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti,

[u]ma compreensão normativamente consistente dos direitos fundamentais na ordem constitucional de 1988 requer que se leve a sério o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição da República, ou seja, que o leitor, enquanto intérprete e cidadão que é, seja capaz de alterar sua postura diante dela, a assumir como sua uma **perspectiva de quem operou o giro linguístico** (hermenêutico/pragmático) no campo da teoria constitucional (grifos nossos).

A questão deixa de ser “o que é uma Constituição?”. A abordagem do tema passa agora a ser determinada pela postura de um participante interno que tem como foco central a indagação acerca do que ela constitui, ou seja, **a comunidade de pessoas que se reconhecem reciprocamente como livres e iguais na concretude de suas vivências cotidianas**, em suma: uma determinada comunidade de princípios que se assume como sujeito constitucional, capaz de reconstruir permanentemente de forma crítica e reflexiva a eticidade que recebe como legado das gerações anteriores, precisamente restritos àqueles usos, costumes e tradições que, naquele momento histórico constitucional, acredita que possam passar pelo crivo do que entende ser o conteúdo da exigência inegociável dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, ou seja, a igualdade e a autonomia ou liberdade reciprocamente reconhecidas a todos os membros da comunidade, passam a ser compreendidos, portanto, como princípios, a um só tempo, opostos e complementares entre si. Por isso mesmo, aptos a gerar tensões produtivas e a, assim, instaurar socialmente uma eticidade reflexiva capaz de se voltar criticamente sobre si própria, colocando em xeque tanto preconceitos e tradições naturalizados quanto a própria crença no papel não principiológico e meramente convencional das normas jurídicas. A complexidade da tarefa interpretativa de aplicação desse Direito geral e abstrato de natureza estruturalmente indeterminada requer a superação tanto da crença irracional de que textos racionalmente elaborados pudessem por si só reduzir a complexidade social a ponto de tornar esse trabalho de interpretação e aplicação do Direito uma tarefa mecânica e automatizada, quanto do ceticismo decisionista que retira dos direitos fundamentais seu papel “barreira de fogo” inegociável¹⁷⁹. (grifos nossos)

Corroborando a adoção, como pano de fundo, da teoria de Dworkin, os autores afirmam que “é a integridade do Direito a exigir atenção permanente às especificidades únicas

¹⁷⁷ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 13.

¹⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 541.

¹⁷⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 14-15.

e irrepitíveis dos casos concretos” (grifos nossos), ou seja, é somente através do “exame reconstrutivo e criterioso da unicidade irrepitível de cada caso concreto que venha a se apresentar” que será possível promover, simultaneamente, as “pretensões à justiça (*Justice*) e à segurança jurídica (*fairness*)”, e permitirá, a um só tempo, “que nos libertemos do mito da possibilidade de decisão padrão capaz de se autoaplicar a todos os casos semelhantes”¹⁸⁰.

Assim, para tornar possível a propositura de uma teoria da decisão judicial (pós-positivista) adequada, é mister que o intérprete se localize no paradigma da filosofia da linguagem, tendo consciência do giro ontológico-linguístico operado por Martin Heidegger, sem mencionar a necessária (pré)compreensão da diferença entre o positivismo exegético e o positivismo normativista kelseniano. Essa teoria deve, sobretudo, compatibilizando os princípios morais da comunidade política com a autonomia do direito, proporcionar condições para se alcançar a resposta mais adequada à Constituição, com a devida fundamentação, o que somente se faz possível em cada caso concreto (mundo prático) – o que vai ao encontro da (anteriormente mencionada) concepção dworkiniana do “direito como integridade”.

3.2. A integridade do direito em Ronald Dworkin.

Um dos grandes problemas vividos pelo direito brasileiro na atualidade é a chamada crise de representatividade. Os órgãos representantes da vontade da maioria (Legislativo e Executivo) não cumprem a rigor seu papel democrático constitucional, principalmente quando se trata de efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Na omissão do poder público – que não consegue implementar políticas públicas para dar efetividade às normas da Constituição que visam garantir os direitos sociais mais básicos ao cidadão (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados – art. 6º) –, resta a quem se sentir lesado buscar o Judiciário para fazer valer os seus direitos.

Todos os assuntos de relevância para a sociedade que não são resolvidos na esfera política passam, então, a ser levados à justiça que, necessariamente, deve proferir uma decisão

¹⁸⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 15-16.

(art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988). A judicialização, portanto, é um fato, que geralmente decorre da ineficiência dos demais poderes.

Este problema da judicialização se agrava quando falta, na cultura jurídica do país, uma teoria de controle da decisão judicial, principalmente quando advogados e juízes acreditam que a discricionariedade do órgão julgador é comum e aceitável, por ser parte do sistema jurídico como solução na inexistência de normas aplicáveis aos casos ou na falta de clareza quanto à definição da norma (casos difíceis).

O presente trabalho tenta demonstrar, de forma sucinta, que a discricionariedade judicial é herança do positivismo normativista (ou neopositivismo) de Kelsen, e que este normativismo não se confunde com aquele positivismo primitivo da Escola da Exegese, que conhecemos como positivismo exegetico. Esta discricionariedade, oriunda do positivismo jurídico kelseniano, está diretamente relacionada ao ativismo judicial, na medida em que os juízes entendem que, principalmente nos casos difíceis, a escolha do melhor direito a ser aplicado é um simples ato de vontade que decorre de suas concepções pessoais.

O problema do ativismo judicial se agrava nos ordenamentos jurídicos onde ainda vigora no imaginário dos operadores jurídicos que a discricionariedade é parte integrante do ato decisório, uma vez que acredita que a decisão é um ato de vontade do órgão julgador. Diante deste cenário, torna-se ainda mais necessário chamar a atenção para a necessidade de se estabelecer uma teoria da decisão (pós-positivista do direito) capaz de controlar esse subjetivismo do positivismo normativista sem retornar ao objetivismo do positivismo exegetico.

Após as teorias positivistas, começam a surgir concepções pós-positivistas, que têm como um dos objetivos estabelecer um controle das decisões judiciais. Uma dessas concepções é a de Ronald Dworkin, para quem as teorias positivistas são teorias semânticas, que veem o direito como simples questão de fato, uma afirmação sobre as regras básicas da linguística que todos devem observar para se fazerem entender. Para o autor, o ataque às teorias semânticas deve se dar através da adoção de uma atitude interpretativa para com o direito, e essa interpretação deve ser construtiva¹⁸¹, “o que significa afirmar que o direito deve constituir-se na melhor justificativa possível das práticas jurídicas”, ou seja,

¹⁸¹ DWORKIN. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

“o direito não é algo restrito a um espaço estatal, como um Tribunal ou um órgão legislativo, ao contrário, ele se faz presente constantemente na vida em sociedade, do nascimento até depois da morte das pessoas, estabelecendo o sentido do que seja ser cidadão, empregado, proprietário, cônjuge etc.”¹⁸².

A proposta hermenêutica trazida por Dworkin, especialmente em sua obra “O império do direito”, tem como ponto principal a crítica à discricionariedade judicial. Para combater este problema, propõe uma teoria: a concepção do “direito como integridade”.

Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti, na introdução de sua obra “Os direitos fundamentais e a (In)certeza do Direito”, afirmam que

Ronald Dworkin, ao suceder Hart na cátedra de Teoria do Direito em Oxford, **retoma a questão da interpretação precisamente ali onde Kelsen termina, mas da perspectiva oposta.** A sua afirmação de uma única decisão correta para o caso assenta-se na unicidade e irrepitibilidade que marca cada caso. Ressalta aqui a complexidade do modelo de um ordenamento de princípios (mesmo as regras aqui devem ser principiologicamente lidas), que se apresenta por inteiro e, a um só tempo, composto por princípios opostos em produtiva tensão reciprocamente constitutiva e igualmente válidos que dependem do caso concreto para que seja possível discernir a pretensão abusiva da correta que com base neles são levantadas. Por isso mesmo, o caso em sua concretude e irrepitibilidade deve ser reconstruído de todas as perspectivas possíveis, consoante as próprias pretensões a direito levantadas, no sentido de se alcançar a norma adequada, a única capaz de produzir justiça naquele caso específico. Essas reflexões de Dworkin marcam o emergir de um novo paradigma que vem, enquanto tal, de forma cada vez mais difundida e internalizada se afirmando através da constituição de um novo sendo comum social, de um novo pano de fundo para a comunicação social, no qual são gestadas pretensões e expectativas muito mais complexas, profundas e rigorosas no que respeita ao projeto de reencantamento com o Direito, seja como ordenamento ou esfera própria da ação comunicativa, do reconhecimento e do entendimento mútuo dos cidadãos para o estabelecimento e a implementação da normativa que deve reger sua vida em comum, seja como simples âmbito específico de conhecimento e exercício profissional. É esse novo paradigma que tem sido denominado pela Doutrina “Estado Democrático de Direito” e que, no Brasil, foi inclusive constitucionalmente consagrado¹⁸³. (grifo nosso)

Ainda segundo os mencionados autores, o positivismo jurídico se verifica não só como marco teórico explícito, mas muito mais como pano de fundo tacitamente acolhido que chegou e ainda continua a conformar de maneira difusa e eficaz a prática dos vários operadores jurídicos e a reprodução desta prática ao determinar decisivamente o processo de

¹⁸² PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 164.

¹⁸³ CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 32-34..

aprendizagem e de formação do profissional do direito com base nesta perspectiva positivista¹⁸⁴.

Com sua teoria, Dworkin propõe a superação do positivismo jurídico por meio do abandono da visão do direito como questão de semântica de textos jurídicos e a substituição por uma visão do direito como integridade em relação a princípios de moralidade política importantes na comunidade¹⁸⁵.

Segundo o autor, as teorias positivistas “sustentam o ponto de vista do direito como simples questão de fato, aquele segundo o qual a verdadeira divergência sobre a natureza do direito deve ser uma divergência empírica sobre a história das instituições jurídicas”¹⁸⁶ e que, para o positivismo, “não existem respostas certas, mas apenas repostas diferentes a difíceis questões jurídicas; que em última análise o discernimento é subjetivo; que é apenas o que parece certo, seja o que for, a um determinado juiz em um determinado momento”¹⁸⁷. Para Dworkin, somente na armadilha semântica do positivismo jurídico (“agulhão semântico”) é possível justificar esse subjetivismo, ou seja, aquela discricionariedade da decisão jurídica dentro da moldura do ordenamento jurídico apresentada por Kelsen¹⁸⁸.

Conforme Flávio Quinaud Pedron¹⁸⁹, Dworkin traz em sua obra “O império do direito” a teoria do “direito como integridade” como uma proposta hermenêutica em contraposição às concepções convencionalistas e pragmáticas sobre o direito. Segundo ele, o ponto principal de Dworkin é a crítica à discricionariedade judicial.

¹⁸⁴ CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 34.

¹⁸⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Intepretação, argumentação e decisão jurídica em Ronald Dworkin*, Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 3.

¹⁸⁶ DWORKIN. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 41.

¹⁸⁷ DWORKIN. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 14.

¹⁸⁸ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Intepretação, argumentação e decisão jurídica em Ronald Dworkin*, Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 3

¹⁸⁹ PEDRON, Flávio Quinaud. *A proposta de integridade para o direito de Ronald Dworkin: como casos podem ser decididos à luz de uma resposta correta*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/23808/a-proposta-de-integridade-para-o-direito-de-ronald-dworkin>. Acesso em: 25/02/2013.

No início da referida obra, Dworkin combate as teorias semânticas do direito, onde localiza as teorias do positivismo jurídico¹⁹⁰. Para ele, o positivismo jurídico, em todas as suas versões, parece trazer um núcleo comum, identificado em três partes essenciais:

Para essas teorias: (1) o Direito é formado exclusivamente por um conjunto de regras, que podem ser diferenciadas das demais regras – por exemplo, as regras de natureza moral – por meio de um critério que, ironicamente, pode ser chamado de teste de pedigree da regra; (2) o conjunto de regras deve abranger, na maior medida possível, as relações jurídicas existentes em uma sociedade, mas no caso de lacuna – isto é, quando se está diante de um caso difícil –, o magistrado fica autorizado a decidir com base discricionária, inclusive indo além do Direito na busca desse novo padrão de orientação; e (3) na ausência de regra jurídica válida, compreende-se que não há obrigação jurídica; logo, quando o magistrado, no exercício de sua discricionariedade, decide um caso difícil, ele não está fazendo valer um direito correspondente à matéria controversa; ele está, sim, criando normas jurídicas¹⁹¹.

Dworkin dedica boa parte de sua obra para criticar o “positivismo moderado” de Herbert. L. A. Hart, que apresenta o mesmo problema¹⁹² quanto à discricionariedade judicial

¹⁹⁰ Ao combater as teorias semânticas do direito, em especial o positivismo jurídico, Dworkin trata de duas versões positivistas que, segundo o autor, têm sido particularmente importantes na doutrina britânica: a teoria de John Austin e a teoria de H. L. A. Hart. Para Austin (século XIX), uma proposição jurídica só é verdadeira no interior de uma determinada sociedade política se transmitir, corretamente, o comando precedente de alguma pessoa ou grupo (que ocupe uma posição soberana em tal sociedade), “cujas ordens costumam ser obedecidas e que não tenha o costume de obedecer a ninguém”. Austin compreende o direito como um produto de decisões históricas tomadas por quem detém o poder político e, inexistindo regra expressa, o soberano confere poder aos juízes para que criem normas dentro de uma margem de discricionariedade (PEDRON, Flávio Quinaud. *A proposta de integridade para o direito de Ronald Dworkin: como casos podem ser decididos à luz de uma resposta correta*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/23808/a-proposta-de-integridade-para-o-direito-de-ronald-dworkin>. Acesso em: 25/02/2013). Segundo Dworkin, a mais importante e fundamental reformulação dessa ideia de Austin foi feita por Hart, na obra “O conceito do direito”, onde o autor refutava a opinião de que “a autoridade jurídica era um fato puramente físico de comando e obediência habituais. Afirmava que os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra-mestra fundamental (que ele chamou de ‘regra de reconhecimento’) que atribui a pessoas ou grupos de pessoas a autoridade de criar leis”. Assim, as proposições jurídicas são verdadeiras em virtude de convenções sociais que representam a aceitação, pela comunidade, de um sistema de regras que outorga a tais indivíduos ou grupos o poder de criar leis válidas, e não apenas em virtude da autoridade de pessoas que costumam ser obedecidas como afirmava Austin. Mas as teorias de Austin e Hart, citadas e explicadas por Dworkin em sua obra, como ele próprio diz, são apenas exemplificações populares da tradição do positivismo jurídico (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 41-42).

¹⁹¹ PEDRON, Flávio Quinaud. *A proposta de integridade para o direito de Ronald Dworkin: como casos podem ser decididos à luz de uma resposta correta*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/23808/a-proposta-de-integridade-para-o-direito-de-ronald-dworkin>. Acesso em: 25/02/2013.

¹⁹² Conforme Habermas, “os teóricos Hans Kelsen e H. L. A. Hart elaboram o sentido normativo próprio das proposições jurídicas e a construção sistemática de um sistema de regras destinado a garantir a consistência de decisões ligadas a regras e tornar o direito independente da política [...]. A legitimação da ordem jurídica em sua totalidade é transportada para o início, isto é, para uma regra fundamental ou regra de reconhecimento, a qual legitima tudo, sem ser, porém, passível de justificação racional; ela tem que ser assimilada faticamente como parte de uma vida histórica, portanto, conforme o costume. Hart procura explicar isso utilizando-se do conceito ‘jogo de linguagem’, de Wittgenstein. Do mesmo modo que a gramática de um jogo de linguagem, a regra do conhecimento está enraizada numa prática descrita a partir de fora como fato, a qual, porém, ‘é aceita’ como auto-evidência cultural ‘e suposta como válida’ pelos próprios participantes. A ligação da validade do direito à sua gênese não permite uma solução simétrica do problema da racionalidade. A razão ou a moral são, de certo

verificado no positivismo normativista de Kelsen no tratamento dos “casos difíceis” ou, como o próprio Hart diz, naqueles “casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nesta conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto”. Nestes casos, segundo Hart,

“[...] se o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de [...] se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu *poder discricionário* e *criar* direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito¹⁹³.”

Além das teorias positivistas, Dworkin¹⁹⁴ aponta outros dois grupos de teorias semânticas, geralmente tidas como rivais das primeiras: as teorias da escola do direito natural, onde há várias teorias agrupadas que, embora diferentes em vários pontos, têm em comum o fato de sustentarem que os juristas seguem critérios que não são inteiramente factuais, mas, pelo menos até certo ponto, morais, para decidirem que proposições jurídicas são verdadeiras; e as teorias do realismo jurídico, que afirmam que as regras linguísticas seguidas pelos advogados tornam as proposições jurídicas adjuvantes e prenunciativas, ou seja, auxiliam na previsão do mais provável curso a ser seguido pelo direito na esfera geral de sua decisão. Na sua versão mais radical, chegam a dizer que o direito não existe, sendo apenas diferentes tipos de previsões.

O ataque de Dworkin às teorias semânticas e, conseqüentemente, a abordagem do direito como “simples fato” vem através de, “primeiramente, sua importante ideia de entendimento interpretativo dos fenômenos sociais em geral e, em seguida, aplicando essa

modo, subordinadas à história. Por isso, a interpretação positivista da prática de decisão judicial faz com que, no final das contas, a garantia da segurança jurídica eclipse a garantia da correção. **A precedência da segurança jurídica revela-se no modo como o positivismo trata os ‘casos difíceis’ (*hard cases*).** Em tais casos, se revela de modo bastante claro o problema hermenêutico fundamental: como fundamentar a adequação de decisões seletivas inevitáveis? O positivismo aborda superficialmente esse problema e analisa suas conseqüências como sintomas de uma imprecisão inevitável de formulação da linguagem coloquial. **Hart pensa que a carência interpretacional das normas jurídicas é resultado da estrutura aberta das linguagens naturais e chega a uma conclusão decisionista. Na proporção em que o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas, o juiz deve decidir conforme seu próprio arbítrio.** O juiz preenche o seu espaço de arbítrio através de preferências não fundamentáveis juridicamente e às vezes orienta suas decisões por padrões morais, que não são mais cobertos pela autoridade do direito.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Rio de Janeiro, 1997, p. 250-252). (grifos nossos).

¹⁹³ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 335.

¹⁹⁴ DWORKIN. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 44-45.

ideia ao caso do direito. A interpretação do direito, para ele, significa ver o direito como um corpo de doutrina integrado e coerente”¹⁹⁵.

Dworkin parte do modelo das “regras de cortesia”, onde, por exemplo, os camponeses devem tirar seus chapéus quando estiverem diante dos nobres. Inicialmente, essa regra seria compreendida como um tabu e, portanto, imutável e indiscutível; em seguida, no entanto, pode ser observado o início de uma atitude interpretativa quando parte dos membros daquela comunidade tem a compreensão de que não apenas a regra existe, mas que apresenta uma finalidade para, posteriormente, compreenderem que essas regras devem se adaptar a essa finalidade; assim, as regras se tornam mutáveis e interpretáveis, pondo fim ao processo de aplicação mecânica dessas regras de cortesia. Com isso, conclui-se que não é possível dissociar as práticas sociais de uma atitude interpretativa, embora possam existir diversas formas de interpretação como, por exemplo, a conversacional, a científica e a artística¹⁹⁶.

“A interpretação conversacional é intencional, e não causal em sentido mais mecânico [...]. Atribui significados a partir dos supostos motivos, intenções e preocupações do orador, e apresenta suas conclusões como afirmações sobre a ‘intenção’ deste ao dizer o que disse”. A interpretação científica, por sua vez, é causal, “um cientista começa por coletar dados, para depois interpretá-los”. Já na interpretação artística, “os críticos interpretam poemas, peças e pinturas a fim de justificar algum ponto de vista acerca de seu significado, tema ou propósito”¹⁹⁷.

Para Dworkin, a interpretação artística é semelhante à interpretação de uma prática social no sentido de que “ambas pretendem interpretar algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta delas, e não o que as pessoas dizem, como na interpretação da conversação, ou fatos não criados pelas pessoas, como na interpretação científica”. Ele atribui à interpretação artística e à interpretação de uma prática social a designação de formas de interpretação “criativa”, e afirma que a interpretação criativa não é conversacional, mas “construtiva”¹⁹⁸.

¹⁹⁵ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 27.

¹⁹⁶ PEDRON, Flávio Quinaud. *A proposta de integridade para o direito de Ronald Dworkin: como casos podem ser decididos à luz de uma resposta correta*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/23808/a-proposta-de-integridade-para-o-direito-de-ronald-dworkin>. Acesso em: 25/02/2013.

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 61.

¹⁹⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 61

Visando tornar a interpretação construtiva instrumento apropriado ao estudo do direito enquanto prática social, Dworkin estabelece três etapas de interpretação: (1) “uma etapa ‘pré-interpretativa’, na qual são identificadas as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática” – ressalva Dworkin que mesmo na etapa pré-interpretativa algum tipo de interpretação se faz necessário –; (2) “uma etapa ‘interpretativa’ em que o intérprete se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na pré-interpretativa”, consistindo numa argumentação sobre a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral; e (3) “uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajusta sua ideia daquilo que a prática ‘realmente’ requer para melhor servir à justificativa aceita na etapa interpretativa”¹⁹⁹.

Para melhor compreender as etapas de interpretação, Flávio Quinaud Pedron traz o exemplo dado por Stephen Guest²⁰⁰ de uma regra de cortesia (semelhante ao outro exemplo, apresentado por Dworkin):

Ele partirá de uma sociedade fictícia que tem como prática social a exigência de que os homens se curvem diante das mulheres. Aqui, não se apresenta qualquer valor ou mesmo sentido a tal prática, de modo que os seus membros a aceitam sem questionar. Mas isso não significa que essa prática seja um hábito, existindo, sim, uma regra de convivência. A etapa pré-interpretativa permite identificar a existência da regra apenas, sem tecer qualquer consideração acerca do seu sentido. A etapa interpretativa acontece quando, após algum tempo, as pessoas se questionam sobre essa prática e porque procedem daquela maneira. É de se imaginar, portanto, que, a partir disso, muitos irão divergir quanto ao entendimento dessa prática, e poderão começar a discutir se devem ou não respeitá-la. Logo, na etapa interpretativa, buscase, primeiro, o sentido da prática e, em um momento posterior, as situações de aplicação da regra a situações particulares. Nota-se que o intérprete interpretará a prática e não inventará uma nova. Finalmente, passa-se a uma fase pós-interpretativa, na qual o intérprete pode reformular a prática social a partir da ideia daquilo que tal prática realmente exige das pessoas²⁰¹.

Essa prática interpretativa, é importante destacar, não se coaduna com qualquer leitura que possa conduzir a interpretação das práticas sociais e do direito a um campo de subjetivismo, no qual qualquer proferimento é válido²⁰², afastando, assim, qualquer tipo de atitude decisionista. Ao contrário, Dworkin afirma a importância de alcançar a resposta

¹⁹⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 81-82.

²⁰⁰ GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

²⁰¹ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 173-174.

²⁰² PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 174.

correta²⁰³, o que, segundo ele, somente será possível por meio da interpretação construtiva²⁰⁴ – análise do caso concreto, do próprio texto, das decisões anteriores, da tradição do direito daquela comunidade, da aplicação coerente de tais decisões e da compatibilidade de todas as situações com a Constituição. Admitir que o sujeito possua preferências pessoais, intuições e valores – o que é inerente ao modo próprio de ser-no-mundo de cada pessoa – não quer dizer que não possa haver condições de verificação da veracidade acerca de cada decisão desse sujeito, ou seja, da verificação da resposta correta²⁰⁵.

À ideia de direito como interpretação construtiva, Dworkin acrescenta em complementação a noção de paradigmas²⁰⁶ jurídicos, que de certa forma e até certo ponto fixam as interpretações:

Os paradigmas serão tratados como exemplos concretos aos quais qualquer interpretação plausível deve ajustar-se, e os argumentos contra uma interpretação consistirão, sempre que possível, em demonstrar que ela é incapaz de incluir ou explicar um caso paradigmático.

Em decorrência desse papel especial, a relação entre a instituição e os paradigmas da época será estreito a ponto de estabelecer um novo tipo de atributo conceitual. Quem rejeitar um paradigma dará a impressão de estar cometendo um erro extraordinário. Uma vez mais, porém, há uma importante diferença entre esses paradigmas de verdade interpretativa e os casos em que, como dizem os filósofos, um conceito se sustenta “por definição”, assim como celibato se sustenta graças aos homens que não se casam²⁰⁷.

Toda comunidade tem seus paradigmas de direito, uma espécie de acordo e desacordo sobre as proposições jurídicas que na prática não podem ser contestadas sem

²⁰³ Cf. Lenio Streck, “é preciso compreender que, do mesmo modo que Gadamer, em seu *Wahrheit und method*, Dworkin não defende qualquer forma de solipsismo (a resposta correta que defende não é produto de uma atitude de um *Selbstsüchtiger*). É preciso entender que Dworkin superou – e de forma decisiva – a filosofia da consciência” (STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 400).

²⁰⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 61.

²⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 396.

²⁰⁶ Conforme Edgar Morin, “Thomas Kuhn (autor de *La Structure des revolutions scientifiques/A estrutura das revoluções científicas*) trouxe uma coisa muito importante que ele chama de paradigma. O paradigma também é alguma coisa que não resulta das observações. De alguma forma, o paradigma é aquilo que está no princípio da construção das teorias, é o núcleo obscuro que orienta os discursos teóricos neste ou naquele sentido. Para Kuhn, existem paradigmas que dominam o conhecimento numa certa época e as grandes mudanças de uma revolução científica acontecem quando um paradigma cede seu lugar a um novo paradigma, isto é, há uma ruptura das concepções do mundo de uma teoria para outra. Às vezes, basta uma simples mudança, uma simples troca, como a troca entre o Sol e a Terra, para derrubar toda a concepção de mundo (MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005, p. 45).

²⁰⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 88-89.

sugerir corrupção ou ignorância²⁰⁸. Seriam uma espécie de consenso inicial no sentido de se estabelecer quais práticas sociais são consideradas conforme ao direito.

Mas Dworkin alerta para o fato de que “os paradigmas fixam as interpretações, mas nenhum paradigma está a salvo de contestação por uma nova interpretação que considere melhor outros paradigmas e deixe aquele de lado, por considerá-lo um equívoco”²⁰⁹. Esse acordo e desacordo sobre as proposições é temporário e, de repente, o que parecia incontestável passa a ser contestado, “uma nova interpretação – ou mesmo uma interpretação radical – de uma parte importante da aplicação do direito é desenvolvida por alguém em seu gabinete de trabalho, vendo-se logo aceita por uma minoria ‘progressista’. Os paradigmas são rompidos e surgem novos paradigmas”²¹⁰.

De acordo com Dworkin, há três concepções antagônicas do direito que são novas no seguinte sentido: não pretendem rivalizar com as “escolas” doutrinárias descritas anteriormente (positivismo jurídico, escola do direito natural e realismo jurídico) e captam, cada uma delas, “temas e ideias importantes nessa literatura, agora organizados como afirmações interpretativas, não semânticas, sendo o debate delas mais esclarecedor do que as velhas batalhas dos textos”. Ele chama essas concepções de “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “direito como integridade”²¹¹.

Conforme salienta Rafael Simioni,

por meio da distinção entre moralidade pessoal e moralidade política, a perspectiva do direito como integridade parece ser a melhor estratégia teórica para estabelecer um equilíbrio adequado entre os ideais do constitucionalismo e da democracia.

Esse problema tangencia, também, a questão da alternativa entre ativismo ou passivismo judicial, já que a decisão jurídica que adota uma convicção convencionalista ou pragmatista já está optando, também, por uma atitude passivista ou ativista, que coloca a questão da legitimidade democrática da decisão jurídica.

Para Dworkin, três concepções de interpretação abstrata das práticas influenciam com muita força a escolha das convicções morais que permitem descobrir a resposta correta do direito. Tais concepções constituem um complexo de convicções importantes para a justificação de nossas práticas jurídicas. São elas: o convencionalismo de Hart, o pragmatismo jurídico de Richard Posner e a concepção de direito como integridade de Ronald Dworkin.

Segundo a concepção de Dworkin, a primeira é mais vulnerável, a segunda é mais poderosa e a terceira, a mais adequada. Todas têm como pano de fundo a necessidade de conciliação entre a previsibilidade e a flexibilidade do direito; a

²⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 110.

²⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 89.

²¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 112.

²¹¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 118.

previsibilidade como ideal de segurança jurídica, de um lado, e a flexibilidade como ideal de adequação para decisões mais justas ou mais corretas, de outro²¹².

A tese central do convencionalismo pode ser resumida na afirmação de que

a força coletiva só deve ser usada contra o indivíduo quando alguma decisão política do passado assim autorizou explicitamente, de tal modo que advogados e juízes competentes estarão todos de acordo sobre qual foi a decisão, não importa quais sejam suas divergências em moral e política²¹³.

Nessa concepção, “o Direito é dependente de convenções sociais que irão determinar quais instituições gozam do poder de elaborar as leis e como elas podem fazer isso”. Mas referida teoria reconhece que o direito não será completo, capaz de abranger todas as situações da vida social, uma vez que reconhecem a possibilidade de novos problemas aparecerem. E aqui reside o grande problema – também presente nas teorias neopositivistas²¹⁴ –, pois a solução apresentada pela concepção convencionalista “passa pela afirmação da discricionariedade do magistrado no momento de aplicação jurídica”. Se o único direito existente é aquele previamente fixado em convenções sociais, há casos em que não haverá direito, e o juiz deve achar uma outra justificativa para a solução, fora do direito, utilizando-se de padrões extrajurídicos para fazer o que consideram ser um novo direito. “Ao decidirem discricionariamente, os juízes convencionalistas criam novo direito aplicável de forma retroativa às partes envolvidas no caso”²¹⁵. Segundo Pedron, a discricionariedade judicial, endossada pelos próprios convencionalistas, significa o marco destrutivo de toda a segurança jurídica – previsibilidade – que a teoria convencionalista tanto valoriza²¹⁶.

Além da problemática relacionada à questão da discricionariedade do juiz convencionalista, essa concepção fracassa como interpretação da prática jurídica em função

²¹² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *O convencionalismo de Hart e o pragmatismo de Posner na perspectiva do direito como integridade de Dworkin*. Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco, n. 10, ano 5, jul./dez. 2011, p. 120-121.

²¹³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 141.

²¹⁴ A diferença do convencionalismo em relação às teorias semântico-positivistas é que, por ser uma teoria interpretativa, não faz uso de um critério linguístico ou lógico para identificar o que é o Direito (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 144).

²¹⁵ PEDRON, Flávio Quinaud. *A proposta de integridade para o direito de Ronald Dworkin: como casos podem ser decididos à luz de uma resposta correta*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/23808/a-proposta-de-integridade-para-o-direito-de-ronald-dworkin>. Acesso em: 25/02/2013.

²¹⁶ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 177.

do seu aspecto negativo, ou seja, quando afirma que não existe direito a não ser aquele previamente fixado por convenções sociais²¹⁷.

O pragmatismo jurídico é uma teoria interpretativa que não guarda qualquer traço de semelhança com as teorias semânticas. Trata-se de uma concepção cética²¹⁸ do direito uma vez que nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para a exigência de determinado comportamento. Ao contrário do que ocorre no convencionalismo, onde o juiz deve ter os olhos voltados para o passado, preocupando-se com as convenções sociais previamente estabelecidas, no pragmatismo jurídico o juiz se remete ao futuro, podendo, para tanto, deixar de respeitar a coerência de princípio com aquilo que outras autoridades públicas fizeram ou farão – neste caso, o juiz, ao decidir, o fará sem levar em consideração o passado, mas sim aquilo que lhe pareça melhor para o futuro da comunidade, segundo seus próprios pontos de vista, inclusive podendo aplicar direito novo, que ele mesmo criou²¹⁹.

Em contraposição às teorias do convencionalismo e do pragmatismo jurídico, Dworkin apresenta a concepção do “direito como integridade”, traçando a distinção entre as

²¹⁷ PEDRON, Flávio Quinaud. *A proposta de integridade para o direito de Ronald Dworkin: como casos podem ser decididos à luz de uma resposta correta*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/23808/a-proposta-de-integridade-para-o-direito-de-ronald-dworkin>. Acesso em: 25/02/2013.

²¹⁸ Cf. Pedron, “Dworkin afirma a possibilidade e a importância de uma *resposta correta*. Sendo assim, ele combate tanto o *ceticismo interior* quanto o *ceticismo exterior* (DWORKIN, 2011, p. 30-31): ‘O cético interior apresenta-se como uma posição dentro da atividade interpretativa, mas autônoma em relação à melhor interpretação de algo. Seu interesse é a própria substância das afirmações que contesta. Ele acredita que é possível interpretar; o problema é que ele objeta contra todas as demais interpretações que possam ser oferecidas sobre um objeto. Ninguém pode estar *realmente* certo sobre uma questão de direito, uma vez que não existem padrões objetivos de imparcialidade e justiça. Os vários ramos do direito são tão cheios de contradições intratáveis que não é possível dizer que, num caso concreto, aquela seja a resposta correta. Há tantos e diferentes princípios num ordenamento jurídico que não podemos esperar coerência alguma deles, nem almejar uma única resposta correta’ (MEYER, 2008, p. 325, grifos no original). Por sua vez, chama-se de *ceticismo exterior* aquele voltado para a atividade interpretativa, buscando aniquilá-la. Dworkin considera que as afirmações não podem ser comprovadas, e, com isso, ele nega que uma interpretação possa ter fundamentos (DWORKIN, 1999, p. 98) e validade objetivos. Dworkin (2011, p. 31) chama também de *arquimediano* essa expressão do ceticismo, de modo que o arquimediano coloca-se como um observador externo à prática (Direito, Moral, Política etc.), e analisa sob tal condição, esquecendo-se – ou pretendendo ignorar, mais possivelmente – que tais práticas sociais éticas somente podem ser realmente apreendidas – ensina a hermenêutica de Gadamer – através de um olhar do participante. Como consequência, os céticos externos afirmam a possibilidade de desenvolverem uma leitura das práticas sociais livres de valores pessoais ou culturais do observador (DWORKIN, 2011, p. 32; 1999, p. 98). Diante da suposta falta de parâmetros, esses céticos afirmam que não poderá nunca haver uma resposta correta, mas apenas a resposta que aquele responsável pela decisão quiser” (PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 174-175).

²¹⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 185-186

referidas teorias e demonstrando por que a integridade deve ser adotada como a mais adequada.

Segundo Dworkin, a despeito da popularidade das teorias por ele denominadas de convencionalismo e pragmatismo, “o direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais, voltados para o passado, ou programas instrumentais, voltados para o futuro”²²⁰.

Assim como no convencionalismo (e diferentemente do pragmatismo jurídico), o direito como integridade valoriza a coerência entre as decisões judiciais e as pretensões juridicamente asseguradas por decisões políticas do passado, mas diferentemente daquela concepção, o direito como integridade, além de respeitar as convenções políticas e precedentes anteriores, também exige que sejam observados os princípios de moralidade política na justificação das decisões. Enquanto o convencionalismo “rejeita a coerência de princípio como uma fonte de direitos”, o direito como integridade “supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções”²²¹.

Não obstante as divergências existentes em vários aspectos, as teorias políticas em geral compartilham de três virtudes: a equanimidade (estrutura política imparcial), justiça (distribuição de recursos e oportunidade) e devido processo legal (processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem). Além dessas três virtudes – com exceção da teoria política de um Estado utópico, onde não seria necessária uma virtude política distinta das anteriores, já que a “coerência estaria garantida porque as autoridades fariam sempre o que é perfeitamente justo e imparcial”²²² –, há uma quarta: a virtude da coerência ou da integridade política, que exige que casos semelhantes sejam tratados da mesma forma, e que as decisões sejam tomadas de modo coerente e fundamentadas em princípios igualmente coerentes²²³.

²²⁰ MEYER, Emilio Peluso Neder. *et al. Interpretação do direito e legitimidade das decisões judiciais: uma análise do papel do Supremo Tribunal Federal na edição da súmula vinculante nº 05*, p. 7. Disponível em <http://www.domtotal.com/direito/uploads/pdf>. Acesso em: 27/10/2013.

²²¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 164.

²²² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 213-214.

²²³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 199-203.

A integridade é mais uma virtude política, ao lado das citadas virtudes tradicionais da equanimidade, da justiça e do devido processo legal. Ela não é superior, nem inferior, mas uma quarta virtude. “É uma virtude que disciplina a leitura moral do direito, impedindo que os juízes interpretem o direito de qualquer jeito, sem um comprometimento substancial com a integridade dos princípios da moralidade política”²²⁴. Os juízes

não podem pensar que os dispositivos morais abstratos expressem um juízo moral particular qualquer, por mais que esse juízo lhe pareça correto, a menos que tal juízo seja coerente, em princípio, com o desenho industrial da Constituição como um todo e também com a linha de interpretação constitucional predominantemente seguida por outros juízes no passado²²⁵.

Dworkin divide a integridade em dois princípios: um princípio de integridade na legislação e um princípio de integridade na aplicação do direito. No primeiro, exige que os legisladores mantenham o direito em coerência com o sistema de princípios que essas decisões políticas pressupõem e endossam. No segundo, exige que os juízes, responsáveis por decidir o direito, concebam-no como um todo, e não uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma²²⁶.

Conforme salienta Flávio Pedron,

A integridade se apresenta, então, sob a forma de um princípio dúplice, de modo que é possível falar em um princípio de integridade na legislação (*legislative principle*), que irá pedir aos que criam o Direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios; e um princípio de integridade na aplicação judicial do Direito (*adjudicative principle*), que irá pedir aos magistrados que vejam o Direito e façam-no cumprir como sendo coerente nesse sentido²²⁷.

Em resumo, “[p]ara o Direito como integridade, as afirmações jurídicas são, ao mesmo tempo, posições interpretativas voltadas tanto para o passado quanto para o futuro”²²⁸.

Conforme Dworkin,

²²⁴ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Interpretação, argumentação e decisão jurídica em Ronald Dworkin*. Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 51.

²²⁵ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15.

²²⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 203.

²²⁷ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 178-179.

²²⁸ PEDRON, Flávio Quinaud. *A proposta de integridade para o direito de Ronald Dworkin: como casos podem ser decididos à luz de uma resposta correta*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/23808/a-proposta-de-integridade-para-o-direito-de-ronald-dworkin>. Acesso em: 25/02/2013.

[o] direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram [...] em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘relativismo’. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. Quando um juiz declara que um determinado princípio está imbuído no direito, sua opinião não reflete uma afirmação ingênua sobre os motivos dos estadistas do passado, uma afirmação que um bom cínico poderia refutar facilmente, mas sim uma proposta interpretativa: o princípio se ajusta a alguma parte complexa da prática jurídica e a justifica; oferece uma maneira atraente de ver, na estrutura dessa prática, a coerência de princípio que a integridade requer²²⁹.

Pedron ensina que a ideia de uma integridade na legislação traz uma importante transformação sobre o significado da atividade legiferante, “já que se converte em uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, bem como sobre que concepções de equanimidade, justiça e devido processo legal adjetivo devem pressupor”²³⁰ – os direitos e os deveres dos membros dessa comunidade não ficam restritos às decisões particulares tomadas pelas instituições, mas dependerão do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam²³¹.

Falando mais especificamente da integridade na aplicação judicial do direito, conforme já mencionamos, Dworkin diz que há casos, segundo as teorias do positivismo jurídico, que não podem ser submetidos a uma regra clara de direito – ou nenhuma regra regula o caso (lacuna) ou o caso apresenta, nos textos legais, duas ou mais respostas igualmente justificáveis. São os casos difíceis, onde frequentemente juristas e juízes irão divergir sobre os direitos das partes²³². Contrariando as demais concepções do direito, Dworkin defende, com base na integridade, a existência de uma única resposta correta para todos os casos, mesmo sabendo que se trata de uma visão bastante impopular²³³. A teoria da única resposta correta baseada na integridade do direito para os casos difíceis reforça o

²²⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 274.

²³⁰ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 180.

²³¹ PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 180.

²³² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 127.

²³³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 175.

combate ao convencionalismo, ao pragmatismo jurídico e às teorias semântico-jurídicas, especialmente no que diz respeito à discricionariedade das decisões judiciais.

Fazendo uso da noção de interpretação construtiva, Dworkin utiliza-se de uma metáfora: “o romance em cadeia”, onde os juízes são comparados a um grupo de romancistas que escrevem um romance em série, em que cada um é responsável por redigir um capítulo de uma obra já iniciada. Ao escrever, o romancista deve preocupar-se com a ligação do seu capítulo com o que já foi escrito e, ao mesmo tempo, garantir uma abertura para que o escritor seguinte possa dar continuidade ao projeto²³⁴. Neste sentido, ao proferir uma decisão, o juiz deve ao mesmo tempo observar a legislação vigente e os precedentes existentes, mantendo uma linearidade com relação às decisões do passado e, ao mesmo tempo, sem comprometer o projeto estabelecido para o futuro.

Para se chegar à única resposta correta, a interpretação realizada pela decisão jurídica deve considerar não só a substância das decisões precedentes, mas também o modo como essas decisões foram tomadas, destacando a autoridade que as realizou e as circunstâncias. Em termos metódicos, esta complexa atividade intuitiva pode ser organizada em quatro etapas a serem realizadas por um juiz criterioso e metódico: (1) “selecionar diversas hipóteses para a melhor interpretação dos casos precedentes, mesmo antes de tê-los lido”; (2) “verificar cada hipótese dessa seleção perguntando se os juízes dos casos precedentes poderiam ter dado aqueles se estivessem, coerente e conscientemente, aplicando os princípios subjacentes a cada interpretação”; (3) “perguntar [...] se alguma das [...] hipótese restantes deve ser excluída por incompatibilidade com a totalidade da prática jurídica mais geral”; e (4) “colocar à prova as hipóteses de interpretação levando em consideração a coerência da decisão como parte de uma teoria geral coerente, capaz de justificar” as decisões precedentes sobre o assunto e “do melhor modo a própria ‘rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando se ela poderia formar parte de uma teoria coerente capaz de justificar a rede como um todo’”.²³⁵ No entanto, Dworkin sabe que “nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua

²³⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 275-276.

²³⁵ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Intepretação, argumentação e decisão jurídica em Ronald Dworkin*. Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 63-65.

comunidade” e, por isso, imagina um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor – a metáfora do “Juiz Hércules”²³⁶,

um magistrado que, ao mesmo tempo, conhece todos os princípios e vê os elementos do direito vigente ligados por "fios argumentativos". Desde essa perspectiva, os juízes são, ao mesmo tempo, autores (porque acrescentam algo ao Direito) e críticos (porque o interpretam). Por isso a analogia que faz entre a atividade interpretativa do juiz e um romance escrito em cadeia, onde cada autor escreve um capítulo da história (e para isso tem de ler os antecedentes)²³⁷.

Como diz Lenio Streck, uma leitura apressada de Dworkin dá a falsa impressão de que Hércules é um juiz solipsista, portador de uma “subjetividade assujeitadora”. Mas as referidas críticas dispensadas ao autor norte-americano não se sustentam, pois com sua teoria do respeito à integridade e da coerência do direito mantem sempre uma postura antirrelativista e de combate ao subjetivismo e à discricionariedade judicial, ou seja, mantem uma postura exatamente contrária à atitude solipsista de que é acusado²³⁸. Para ele, o juiz, a partir de sua responsabilidade política, está obrigado a obedecer em suas decisões à integridade do direito, evitando que as decisões se baseiem em raciocínios *ad hoc* extrajurídicos como, por exemplo, teleológicos, políticos ou de sua moral pessoal²³⁹.

Em todas as etapas, “a decisão jurídica deve procurar avaliar a adequação da interpretação em relação aos princípios da moral política da comunidade, para poder justificar a escolha da interpretação que cumpra com a exigência de integridade”²⁴⁰. Então, para tornar completa a teoria dworkiniana do direito como integridade, é fundamental a ideia de uma comunidade de princípios e que o juiz, ao decidir, deve lançar mão de argumentos de princípio, e não argumentos de política.

Dworkin traça três modelos de comunidades possíveis com base nas relações humanas que, necessariamente, pressupõem-se como relações sociais: (1) a comunidade por

²³⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 294.

²³⁷ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2258, 6 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3588/interpretacao-juridica-no-marco-do-estado-democratico-de-direito/2>>. Acesso em: 09 de novembro de 2013.

²³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 400-404.

²³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 167.

²⁴⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Interpretação, argumentação e decisão jurídica em Ronald Dworkin*. Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, 2012, p. 66.

acidente, onde os membros convivem por necessidade como, por exemplo, por razões ecológicas, geográficas ou decorrentes de fatos históricos; (2) a comunidade de regras, onde os membros obedecem a regras estabelecidas por essa comunidade por meio de um acordo político, fruto de negociações entre interesses antagônicos como, por exemplo, um contrato; (3) a comunidade de princípios, onde os membros compartilham fundamentos e convicções comuns, onde os direitos e deveres políticos não estão ligados apenas às decisões particulares tomadas no passado, mas são dependentes de um sistema de princípios (da moralidade política) que essas decisões pressupõem e endossam²⁴¹.

É importante mencionar a relação que Dworkin traça entre regras e princípios. Para ele, numa concepção positivista, regras são as normas jurídicas (do direito positivo) que obrigam, proíbem ou facultam algo, cuja aplicação seria uma questão de tudo ou nada – ou a regra é válida ou não é, ou se aplica ou não se aplica, ou é violada ou não é violada, não existe meio termo – esta situação seria característica de uma comunidade de regras. Já os princípios, são normas jurídicas decorrentes dos padrões morais e políticos que as decisões jurídicas recorrem para resolver os casos que não são suficientemente solucionados pelas regras do direito positivo e, ainda, mostram razões que conduzem a decisão para determinado sentido²⁴². Na concepção dworkiana, não é possível, em qualquer caso, a aplicação das regras aos fatos por simples subsunção, pois sempre haverá uma atitude interpretativa, e os princípios nortearão a aplicação das regras aos casos concretos²⁴³.

Dworkin ainda estabelece uma distinção entre duas categorias de princípios que constituem argumentos bastante recorrentes na prática das decisões judiciais: princípios morais e políticas públicas. Para ele, decisões judiciais são frequentemente tomadas ou com base nos princípios morais da comunidade (argumentos de princípio) – que reforçam os direitos individuais e coletivos, tais como a igualdade e a liberdade –, ou na conformidade com os objetivos das políticas públicas do governo (argumentos de política) – como, por exemplo, estimular o desenvolvimento de um determinado setor da economia.

Conforme Vera Karam de Chueiri,

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 251-255.

²⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 35-46.

²⁴³ Cf. Streck, entre regras e princípios há diferença, e não cisão. Segundo o autor, “as regras não acontecem sem os princípios. Os princípios sempre atuam como determinantes para concretização do direito e, em todo caso concreto, eles devem conduzir para determinação da resposta adequada” (STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 562).

No primeiro caso (princípio em oposição à política), tem-se que toda decisão jurídica cujo argumento seja baseado em princípios atenderá a um direito individual; entretanto, se o mesmo for baseado em políticas, atenderá a um fim coletivo, tendo em vista o bem-estar geral da comunidade. [...] É na atividade judicial que o binômio princípios/políticas ganha relevância ao determinar a compreensão e consecução de uma nova teoria das decisões judiciais, a qual constrói um espaço democrático de interação entre a filosofia, a política e o direito²⁴⁴.

No entanto, há determinados casos (casos difíceis) em que pode haver uma colisão entre argumentos de princípio (princípios morais da comunidade) e argumentos de política (políticas públicas governamentais). Nestes casos, embora os argumentos de política possam justificar de forma convincente determinada decisão jurídica, os argumentos de princípio, segundo Dworkin, constituirão os melhores fundamentos, devendo sempre prevalecer²⁴⁵.

Dworkin defende “a tese de que as decisões judiciais nos casos civis, mesmo em casos difíceis [...], são e devem ser, de maneira característica, gerados por princípios, e não por políticas”²⁴⁶.

O juiz Hércules, como membro inserido na comunidade e compartilhando dos mesmos fundamentos e convicções, tem o dever de observar em primeiro lugar os princípios morais da comunidade política que devem guiar a sua decisão (interpretação) em busca da única resposta correta.

3.3. Argumentos de princípio *versus* argumentos de política e as decisões judiciais sobre os exemplos de “casos difíceis” envolvendo planos privados de assistência à saúde.

Conforme Dworkin, “as teorias da decisão judicial tornaram-se mais sofisticadas, mas as mais conhecidas ainda colocam o julgamento à sombra da legislação”²⁴⁷. De acordo com tais teorias, os juízes não devem criar um novo direito, e sim aplicar o direito criado por outras instituições²⁴⁸⁻²⁴⁹.

²⁴⁴ CHUEIRI, Vera Karan de. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995.

²⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 128-132.

²⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 132.

²⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 128.

²⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 128.

Dworkin diz que, por diversas razões, este ideal não pode ser plenamente concretizado na prática²⁵⁰. Além da impossibilidade de previsão nas regras de todos os casos possíveis de acontecer futuramente, Kelsen já havia constatado que também não é possível a aplicação automática – por simples subsunção, como defendia o positivismo exegético – da lei aos casos concretos, uma vez que a norma é o resultado da interpretação do texto e o texto pode ter (e provavelmente terá) mais de um significado²⁵¹. Nestes casos, segundo Dworkin²⁵², algumas teorias admitem que os juízes devam às vezes criar um novo direito, agindo como se fossem delegados do poder legislativo ou legisladores segundos, promulgando as leis que, em sua opinião, os legisladores promulgariam caso se vissem diante do problema da vagueza ou da falta de regra.

Dworkin²⁵³ critica de forma veemente esta postura, e afirma que os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além de decisões políticas já tomadas por outras pessoas, pois este pressuposto não leva em consideração a importância da distinção fundamental entre princípios morais e políticas públicas (argumentos de princípio e argumentos de política).

²⁴⁹ Entendemos que, se partirmos da perspectiva do direito como integridade e da interpretação construtiva defendida por Dworkin, a afirmativa do autor no sentido de que os juízes são, ao mesmo tempo, autores (porque acrescentam algo ao Direito) e críticos (porque o interpretam) não significa dizer que os juízes criam direito novo neste sentido apontado pelas teorias mencionadas por ele. Com efeito, o magistrado, ao decidir, acrescenta algo ao Direito com sua atitude interpretativa, colaborando para construção do Direito futuro, pois passará, a partir do seu proferimento, a fazer parte da história do Direito daquela comunidade. Cf. Rafael Simioni, “para Dworkin, a interpretação correta é um exercício de **descoberta**. Mas não no sentido metafísico, de que a resposta já estaria pronta em algum lugar mais além, mais abstrato, mais transcendental, a partir do qual caberia à decisão apenas encontrar essa resposta para aplicá-la aos casos concretos. A descoberta refere-se às convicções morais importantes, que melhor se ajustam à avaliação das nossas práticas comuns. Não se trata simplesmente de fundamentar concepções morais para dar luz à interpretação do direito, mas sim de fundamentar a concepção moral política que melhor permite compreender e julgar nossas práticas comuns” (SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *O convencionalismo de Hart e o pragmatismo de Posner na perspectiva do direito como integridade de Dworkin*. Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco, n. 10, ano 5, jul./dez. 2011, p. 131) (grifo nosso).

²⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 128.

²⁵¹ Cf. Alexandre Bahia, é importante salientar que, desde Gadamer, todas as normas, como espécies que são de textos em geral, sempre “precisam” ser interpretadas, porque essa é a nossa “condição no mundo”. Não há como aplicar algo sem, ao mesmo tempo, compreender e interpretar. É um processo unitário (BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2258, 6 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3588/interpretacao-juridica-no-marco-do-estado-democratico-de-direito/2>>. Acesso em: 09 de novembro de 2013).

²⁵² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 128-129.

²⁵³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 129.

Os argumentos de política, explica o nosso autor, “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”²⁵⁴. Já “os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”²⁵⁵. Esses dois tipos de argumentos, embora não esgotem a argumentação política, são os argumentos essenciais de sua justificação.

A justificação de um programa legislativo vai normalmente exigir os dois tipos de argumento. Mesmo um programa que seja basicamente uma questão de política, poderá exigir elementos de princípios para justificar sua formulação específica e não tornar a norma injusta²⁵⁶, desconsiderando as desigualdades existentes entre os destinatários por exemplo.

Seria o caso da legislação da saúde suplementar que, visando melhorar o atendimento ao público consumidor de planos de saúde, fixa determinadas regras para manutenção e funcionamento de Ouvidoria de observância obrigatória pelas operadoras em geral, mas isenta algumas delas, de menor porte, do cumprimento de parte das regras, para não torná-las inviáveis financeiramente, já que não disponibilizam das mesmas condições e recursos das operadoras de médio e grande porte²⁵⁷. Ao estabelecer regras gerais tendo por objetivo a melhoria das condições de atendimento a todos os consumidores (efetivos ou potenciais) de planos de saúde, o legislador age baseado em argumento de política, pois visa à melhoria do atendimento à coletividade, aprimorando o acesso de todos aos serviços de saúde suplementar. Por outro lado, ao eximir as operadoras de pequeno porte de observar parte das regras estabelecidas em razão da desigualdade existente para com as demais operadoras, de médio e grande porte, o legislador (neste caso, o Executivo no uso do seu poder normativo) fundamenta sua ação com argumento de princípio.

É da competência do poder legislativo e do executivo aderir a argumentos de política e adotar programas gerados por tais argumentos. Mesmo quando as decisões judiciais aplicam aos casos concretos regras criadas pelo legislativo com base em argumentos de política, no momento do proferimento, tais decisões são sempre justificadas pelos argumentos de

²⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 130.

²⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 130.

²⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 130.

²⁵⁷ Resolução Normativa (RN) nº 323, de 3 de abril de 2013, que dispõe sobre a instituição de unidade organizacional específica de ouvidoria pelas operadoras de planos privados de assistência saúde.

princípios, mesmo que a lei em si tenha sido gerada por uma política²⁵⁸. Em outras palavras, cabe ao legislador e ao governo fomentar e proteger os objetivos coletivos da comunidade como um todo e, para tanto, suas decisões políticas são baseadas em argumentos de política. O julgador, quando aplicar num determinado caso a decisão política tomada pelo legislador estará baseando-se em argumento de princípio, e não de política, pois estará confirmando uma decisão política anteriormente já tomada, o que constitui o respeito ou garantia de um direito de um indivíduo ou de um grupo anteriormente estabelecido, desde que a decisão política, previamente estabelecida, não esteja em desacordo com a Constituição, pois assim estaria em confronto com questão de princípio, e como já dissemos, na concepção do “direito como integridade”, entre argumento de política e argumento de princípio, este último deve sempre prevalecer.

Na visão de Dworkin,

o Tribunal deve tomar decisões de princípios, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais²⁵⁹.

A interpretação jurídica, feita por um juiz ou tribunal, não substitui o legislador ou o governo em assuntos de política pública, mas intervém em questões de princípio e de moralidade política. Nas políticas públicas, em que as questões são de estratégia para atingir objetivos políticos, a decisão jurídica deve ser a respeito de questões de princípios, e não sobre as escolhas democráticas a respeito de prioridades políticas²⁶⁰.

No caso das normas da saúde suplementar aplicáveis às operadoras, por exemplo, uma decisão judicial que garanta um dos direitos ali estabelecidos a um beneficiário de plano de saúde estará garantindo direito a um indivíduo e, desta forma, estará justificada por argumento de princípio, pois a lei transformou o seu direito em questão de princípio, mesmo que a norma em si tenha como objetivo garantir e proteger direitos coletivos, da comunidade.

Há casos (difíceis), no entanto, em que pode parecer que uma decisão judicial apropriada possa ser gerada por políticas, pois os argumentos de política se mostram bastante

²⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 130-131.

²⁵⁹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101.

²⁶⁰ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *O convencionalismo de Hart e o pragmatismo de Posner na perspectiva do direito como integridade de Dworkin*. Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco, n. 10, ano 5, jul./dez. 2011, p. 132.

convincentes. Podemos encaixar nesta hipótese os casos que foram decididos pelo Superior Tribunal de Justiça, analisados no capítulo 2 deste trabalho, que entenderam pela aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, de modo a proibir todo e qualquer reajuste em razão do implemento da idade do consumidor idoso, mesmo havendo resoluções normativas emanadas da Agência Reguladora afirmando que a proibição do reajuste de faixa etária a partir de 60 anos valeria somente para contratos celebrados a partir de janeiro de 2004 (data de início da vigência do Estatuto do Idoso).

Analisando os principais fundamentos apresentados pelo STJ nas referidas decisões – de que a Lei nº 10.741/03 é norma de ordem pública e de que há um interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso –, podemos observar que os argumentos utilizados foram de política, e não de princípio.

Se os tribunais forem legisladores segundos, como afirmam algumas teorias, eles também devem ser competentes para fazer o mesmo que os legisladores, ou seja, suas decisões poderão basear-se em argumentos de política. No entanto, como bem defende Dworkin, mesmo nos casos difíceis, as decisões judiciais devem ser geradas por princípios²⁶¹.

Para contrapor os argumentos de política apresentados pelo Superior Tribunal de Justiça em suas decisões sobre os planos de saúde que, segundo afirmam, justificavam a aplicação imediata da Lei nº 9.656/98 e da Lei nº 10.741/03 aos contratos (de trato sucessivo) firmados anteriormente, procuraremos demonstrar, no item seguinte, que a irretroatividade, representada positivamente pelas garantias constitucionalmente estabelecidas do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada, trata-se de questão de princípio e que, portanto, deverá prevalecer sobre aquelas questões de política.

3.3.1. A irretroatividade como questão de princípio

Ao falar sobre a questão dos argumentos de política e argumentos de princípios, Dworkin, em sua “tese dos direitos”, traça uma correlação entre princípios e democracia, e aponta duas importantes objeções que se aplicam mais às decisões judiciais geradas por políticas do que às geradas por princípios. Segundo o autor,

²⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 130-132.

[a] conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior partes, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato. Estes dois argumentos se combinam para sustentar o ideal tradicional de que a decisão judicial deve ser o menos original possível²⁶².

Quanto ao primeiro argumento, o que se pretende dizer é que o direito, quando pensado como política, ou seja, como um compromisso entre objetivos e finalidades em busca do bem-estar da comunidade como um todo, tradicionalmente (e também, a exemplo do Brasil, por expressa determinação constitucional) deve ser criado por autoridades eleitas e responsáveis. As decisões políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração. Neste aspecto, conforme defende Dworkin, o sistema político da democracia representativa, muito embora possa apresentar falhas, funcionará melhor do que um sistema que permite que juízes, que não são eleitos e, portanto, não estão submetidos às pressões e cobranças do eleitorado, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrentes em suas salas de audiências²⁶³.

Já com o segundo argumento, Dworkin reforça a seriedade com que deve ser tratada a questão da irretroatividade, ou seja, o direito de não ser surpreendido com a aplicação de um direito novo, criado posteriormente à ocorrência do fato. “Todos nós concordamos que é errado sacrificar os direitos de um homem inocente em nome de algum novo dever, criado depois do fato; portanto, parece errado tomar os bens de um indivíduo e dá-los a outro, apenas para melhorar a eficiência econômica global”²⁶⁴.

O ponto está, certamente, no fato de **que se o dever tivesse sido criado por lei, o réu teria tomado conhecimento desse dever de maneira muito mais explícita, e seria razoável esperar que organizasse seus negócios de forma a precaver-se contra as consequências do cumprimento do dever**. Mas um argumento de princípio nos leva considerar, sob uma nova luz, a reivindicação do réu de que é injusto surpreendê-lo com a decisão²⁶⁵. (grifo nosso)

²⁶² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 132.

²⁶³ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 133.

²⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 133.

²⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 134.

A respeito da crítica que Dworkin faz à relação da atividade judicial com a legislação, Vera Karan de Chueiri diz:

[...] nos casos em que não cabe estender o alcance ou reinterpretar as regras existentes e em que os juízes criam nova regra, ocorre, pois, um duplo grau de subordinação: os juízes agem não só como delegados para a legislatura, mas como legisladores delegados. *This deeper subordination in thus conceptual as well political*, além de depor contra a originalidade nas decisões judiciais.

A contrapartida desta subordinação seria a legitimidade de uma decisão tomada por alguém que detém um mandato popular, bem como a supressão do risco de que uma decisão original – para além da legislação – ferisse o **princípio da irretroatividade**²⁶⁶. (grifo nosso)

As operadoras de plano de saúde, quando elaboram seus contratos (de adesão) para comercialização, tanto nas regras sobre cobertura de procedimentos, quanto na de reajustes por mudança de faixa etária, fazem seus cálculos aturais, com amparo em nota técnica profissional, e, baseando-se na legislação vigente, procuram fixar seus preços de modo a manter um equilíbrio econômico-financeiro e, conseqüentemente, a viabilidade do negócio que, afinal de contas, tem finalidade econômica.

Diante destes argumentos, parece-nos incoerente (no sentido dado por Dworkin sobre a integridade no Direito) que uma nova lei mude a regra no meio do jogo, ou seja, atingindo contratos firmados anteriormente à sua vigência, surpreendendo as operadoras que haviam se organizado para estabelecer um preço que fosse, ao mesmo tempo, atrativo para o consumidor e suficiente para não perder o equilíbrio contratual, mantendo o negócio sustentável.

Portanto, se a irretroatividade é uma questão de princípio e, inclusive, foi prevista positivamente pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental (art. 5º, XXXVI)²⁶⁷, uma decisão judicial que determina a aplicação de uma lei nova a contratos

²⁶⁶ CHUEIRI, Vera Karan de. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995.

²⁶⁷ Neste ponto, torna-se importante lembrarmos da distinção – que abordamos no item 2.1 deste trabalho – entre o sistema público (de acesso universal e gratuito) e o privado (de caráter supletivo) estabelecida pela Constituição. Não há dúvida de que o direito à saúde é, também, um direito fundamental (art. 6º, da CR/88). Entretanto, estabelece o art. 196 da CR/88 que “a saúde é direito de todos e **dever do Estado**, garantido mediante **políticas sociais e econômicas** que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (grifo nosso). Portanto, o serviço público de saúde é um dever do Estado, que o realiza por meio de políticas públicas, organizadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS) (art. 198, CR/88), podendo haver ou não a participação da comunidade na forma da lei (Lei nº 8.142/90) e da iniciativa privada, em caráter complementar, por meio da celebração de contrato ou convênio administrativo (Lei nº 8.080/90). Por outro lado, a Constituição prevê, no art. 199, que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”. Tal dispositivo constitui o fundamento da saúde privada, em que se dá a atividade das operadoras e seguradoras de saúde, estando elas, no entanto, submetidas à regulamentação e

firmados anteriormente à sua vigência, sob argumentos de política, mostra-se constitucionalmente inadequada, sobretudo se analisada sob o prisma da concepção do “direito como integridade” de Ronald Dworkin.

O Superior Tribunal de Justiça, em várias das decisões apresentadas e discutidas neste trabalho, não obstante existir legislação e regulamentação específicas sobre o assunto, ou criam direito novo, não previsto em lei, regulamento ou contrato (como, por exemplo, a cobertura de procedimentos tais como fornecimento de medicamentos para uso domiciliar e o *home care*), ou determinam a aplicação retroativa de uma lei nova a contrato firmado anteriormente à sua vigência (como, por exemplo, do Estatuto do Idoso, proibindo reajustes de faixa etária a partir dos sessenta anos de idade).

Além da problemática acerca do uso, pelo STJ, de argumentos de política em detrimento de argumentos de princípio, pudemos perceber que o Tribunal, na maioria dos casos envolvendo planos privados de assistência à saúde, decidiu de forma genérica e abstrata – sem analisar as especificidades do caso concreto –, especialmente quando manifestou entendimento no sentido de que todo e qualquer reajuste por mudança de faixa etária do idoso é abusivo e discriminatório por violação do § 3º do art. 15 do Estatuto do Idoso – ainda que o contrato, prevendo o reajuste em razão da idade, tenha sido firmado anteriormente ao início da vigência da referida lei.

Contudo, na perspectiva do “direito como integridade”, para que o juiz ou tribunal tome a decisão correta (constitucionalmente adequada), é necessário sempre considerar o caso concreto, inserindo-se, o julgador, no mundo prático.

3.4. A cobertura de procedimentos nos plano antigos, o reajuste por mudança de faixa etária do idoso e a necessidade de se analisar e julgar o caso concreto

Como vimos no item 3.1 deste capítulo, a virada linguística ontológica nos permite dizer que “somente a situação concreta é que serve de parâmetro para a resposta correta

fiscalização do próprio poder público (art. 174, CR/88). Em suma, a saúde também é direito fundamental – tal como a irretroatividade das leis – mas, conforme dispõe a Constituição, sua concretização é dever do Estado, que deverá realizá-la mediante políticas públicas, não podendo repassar tal atribuição ao setor privado além dos limites estabelecidos pela própria Constituição.

(adequada à Constituição)²⁶⁸. A interpretação não se dá em abstrato, havendo, sempre, um processo de concreção.

Em outras palavras, não há interpretação sem relação social, pois é no caso concreto que se dará o sentido, que é único, irrepitível²⁶⁹. É necessário abandonar a ideia de cisão entre questão de fato e questão de direito e, conseqüentemente, superar aquela crença de que é possível auto aplicar uma decisão padrão a todos os casos semelhantes²⁷⁰⁻²⁷¹. O julgador, desde a perspectiva da filosofia da linguagem e do giro ontológico-linguístico, deve buscar a resposta mais adequada à Constituição, com a devida fundamentação, por meio de sua inserção no mundo prático (ser-no-mundo).

Cada caso (não, necessariamente, cada processo) é único e irrepitível; logo, *não há respostas tão perfeitas e definitivas que possam, resolvendo um caso, determinar a solução de todos os outros (atuais ou futuros)*, a interpretação é (sempre) construtiva: ao mesmo tempo em que fornece uma resposta para um caso, isso apenas é possível dada a complexidade do evento posto à decisão, que o torna único; se ele é único, a respectiva decisão não pode ser a criação de um *standard* que determine, *a priori* a solução de qualquer outro caso, ainda que “semelhante” – ainda que, justamente porque pretende ser a solução correta para o caso possa, de alguma forma, ao servir à construção do Direito, auxiliar na solução de casos futuros²⁷².

Todavia, não parece ser este o entendimento predominante dos nossos tribunais superiores, em especial o STF e o STJ, que cada vez mais apresentam dificuldades na admissão dos recursos extraordinário e especial²⁷³, limitando-se a julgar teses e evitando analisar os casos concretos.

²⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 179.

²⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 288.

²⁷⁰ CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 15-16.

²⁷¹ Cf. Streck, na *questão de fato* está a *questão de direito*, pela incindibilidade entre *ser* e *ente* (Heidegger) e, também, na superação do esquema *sujeito-objeto* fica nítida a cooriginalidade entre *questão de fato* e *questão de direito* e a impossibilidade de sua cisão (STRECK. Lenio. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 479).

²⁷² BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 218.

²⁷³ Veja-se, por exemplo, o requisito do **prequestionamento** (Súmula 282 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”, e Súmula 211 do STJ: “inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciado pelo tribunal a quo”), e o requisito da **repercussão geral** (art. 102, § 3º, da Constituição Federal, com redação dada pela E.C. nº 45/2004: “no recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei [vide art. 543-A, do Código de Processo

Alexandre Bahia, em abordagem crítica acerca da cisão “questão de fato e questão de direito”, diz o seguinte:

Correlato à doutrina segundo a qual os Recursos Extraordinários têm por finalidade a proteção da Constituição, da lei federal e, conseqüentemente, do *interesse público*, está a afirmação de que neles não se tratam de **questões de fato**, mas apenas questões de direito. [...]

Esse entendimento é reforçado pela Súmula 279 do STF: “*Para simples reexame da prova não cabe recurso extraordinário*” (a Súmula 7 do STJ tem redação equivalente).

Dessa forma, como os Recursos Extraordinários apenas teriam como objeto a questão constitucional ou a questão federal. O Supremo Tribunal Federal e o STJ fariam como que um *juízo abstrato* (objetivo) no interior de um processo subjetivo. [...]

Essa compreensão do Recurso Extraordinário, segundo percebemos, torna-se problemática se se entender que àqueles Tribunais não caberia decidir tendo em mira o caso. Em oposição a isso, Alcides de M. Lima: “*a preservação da ‘unidade ou incolumidade do direito objetivo’ não se resolve em simples discussão teórica dentro dos pretórios, mas, sempre tem como mira primacial defender a parte atingida pela errônea ou defeituosa interpretação e aplicação do texto legal respectivo*”²⁷⁴. (grifos do original)

E complementa o autor, mais adiante, que

A discussão em torno das questões de fato e de direito possui desdobramentos, inclusive sobre a delimitação de qual seria a *causa petendi* própria aos Recursos Extraordinários – ponto fundamental para determinar a identidade da ação, ou seja, o objeto do processo (a partir do que se pode compreender, por exemplo, a litispendência e os limites da coisa julgada). Segundo José R. Cruz e Tucci, a questão constitucional e a questão federal constituem a *causa petendi*, respectivamente, do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial. Em ambos os casos, ainda que o conteúdo da discussão seja uma questão de direito (a contrariedade à Constituição ou à lei federal/tratado, divergência de jurisprudência), o fundamento invocado ao recurso é, em si, a **situação fática** (*o fato constitutivo do direito do recorrente*), que torna o recurso admissível (logo, uma questão de fato).

A partir do exposto por Cruz e Tucci, José J. Cazetta Júnior procura ultrapassar o critério da separação entre questões de fato e de direito. Entende que não é possível separa-se, numa demanda, questões de fato e de direito, haja visto que “*em toda demanda há uma implicação recíproca entre o fato e o direito que, com base nele, é declarado. Daí a lúcida advertência de Salvatore Satta: ‘Non esiste giudizio di diritto che non sia giudizio di fatto e viceversa’*”.

Ele (Cazetta Junior) admite que no Recurso Extraordinário não é cabível um juízo quanto à verdade, ou à existência dos fatos (isto já foi feito nas instâncias ordinárias). Mas isso não transforma o Supremo Tribunal Federal em **comentarista oficial da Constituição**²⁷⁵. (grifos do original)

Civil, acrescentado pela Lei nº 11.418, de 2006], a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”).

²⁷⁴ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 182-183.

²⁷⁵ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 185-186.

A proteção da Constituição e da Lei Federal pelo STF e pelo STJ somente se farão efetivamente possíveis quando houver o julgamento do caso concreto, aplicando-se a norma em análise dentro do contexto apresentado. Não significa dizer que, para tanto, o STF e o STJ deverão reavaliar todas as provas apresentadas nos autos, mas sim aproveitar aquilo que já foi levado ao processo e avaliado pelas instâncias inferiores.

Conforme vimos no item 2.2, o Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1931, entendeu pela não aplicabilidade da Lei nº 9.656/98 aos planos privados de assistência à saúde firmados anteriormente à sua vigência, sob pena de violação ao direito adquirido e ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988). Por se tratar de decisão em controle concentrado de constitucionalidade, referida decisão não analisou qualquer caso concreto, mas sim a compatibilidade, em tese, de dispositivos de uma lei federal com o texto constitucional.

Vimos também, no item 2.3.2, que o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar determinadas ações envolvendo a aplicabilidade ou não da Lei nº 9.656/98 aos planos de saúde antigos, na mesma linha do STF decidiu, em síntese, que as disposições da Lei nº 9.656/98 não retroagem e só se aplicam aos contratos celebrados a partir de sua vigência e aos contratos que, celebrados anteriormente, foram adaptados para seu regime.

Entretanto, em que pese ter decidido pela irretroatividade da Lei nº 9.656/98 aos contratos antigos, o STJ, nestes casos analisando os casos concretos, entendeu que a exclusão contratual dos procedimentos requeridos, diante da cobertura contratual prevista para determinada doença, caracterizava violação ao Código de Defesa do Consumidor, ainda que o contrato tenha sido celebrado antes do CDC.

Com exceção do argumento no sentido de que o plano de saúde é contrato de trato sucessivo e que assim não se falaria em irretroatividade do Código de Defesa do Consumidor, entendemos que a decisão do STJ no Recurso Especial nº 735168 foi acertada na medida em que, analisando o caso concreto, entendeu que, se a doença tem cobertura pelo contrato (levado aos autos pelas partes), não poderia determinado procedimento, indicado para cura ou mitigação da doença, ser excluído contratualmente. Ou seja, não há necessidade de o STJ, por meio de argumentos de política, abstratamente considerar que, por se tratar de norma de ordem pública e contrato de trato sucessivo, o CDC deverá retroagir e, desta forma, atingir contratos mais antigos de modo a garantir as coberturas mínimas, ainda que excluídas pelo plano.

Não se trata de retroatividade ou não da legislação consumerista, mas sim de uma decisão que, sem as amarras do positivismo jurídico e inserida no caso concreto, deveria observar que a interpretação mais adequada seria no sentido de se estabelecer a cobertura, pois inerente ao próprio contrato, já que este contrato (de plano de saúde, diga-se de passagem) tinha cobertura expressa para a doença que se procurava tratar com o procedimento específico indicado pelo médico assistente²⁷⁶.

Neste caso, em que se discutia a aplicação ou não da Lei nº 9.656/98 e os novos procedimentos aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, entendemos que o julgamento foi acertado quando o STJ (embora com alguns argumentos a nosso ver equivocados) decidiu pela irretroatividade da lei e, analisando o caso concreto, determinou a cobertura de procedimento e material que, embora excluídos do contrato, eram necessários para o tratamento da doença que, naquele caso específico, tinham cobertura expressa pelo plano.

Já no pertinente à aplicação do Estatuto do Idoso aos contratos anteriormente celebrados, entendemos que, das decisões do STJ acima apresentadas, uma delas está mais adequada à Constituição, na medida em que realmente analisa o caso concreto e procede a uma reconstrução do ordenamento que privilegia a integridade do direito, exceto no ponto em que, julgando os Embargos de Declaração, entende pela aplicação retroativa da Lei nº 9.656/98 aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, para justificar a possibilidade de as operadoras aplicarem o reajuste por mudança de faixa etária, já que previsto no art. 15 da referida lei.

Nos vinte e um julgamentos trazidos à análise, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o Estatuto do Idoso, por ser norma de ordem pública, tem aplicação imediata aos contratos de plano de saúde, que são instrumentos de trato sucessivo. Assim, entendemos que o STJ decidiu (embora não de maneira expressa) pela aplicação retroativa da Lei Federal nº

²⁷⁶ Neste caso, o beneficiário, que precisou realizar o procedimento de angioplastia coronariana, tinha direito contratual para realização de cirurgias cardíacas, porém, o contrato do plano de saúde excluía expressamente as próteses. O paciente se submeteu à referida cirurgia e pagou pelas próteses (*stents*), tendo sido recusado pela operadora o reembolso das despesas. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que “o direito subjetivo assegurado em contrato não pode ser exercido de forma a subtrair do negócio sua finalidade precípua. Assim, se determinado procedimento cirúrgico está incluído na cobertura securitária, não é legítimo exigir que o segurado se submeta a ele, mas não instale as próteses necessárias para a plena recuperação de sua saúde. É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de ‘*stent*’, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde” (RECURSO ESPECIAL Nº 735.168 – RJ, Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI, Órgão Julgador: T3 - TERCEIRA TURMA, Data do Julgamento: 11/03/2008, Data da Publicação/Fonte: DJe 26/03/2008).

10.741/03. Com exceção de um julgado apenas (confirmado depois nos Embargos de Declaração), o STJ decidiu, de forma abstrata e objetiva, que todo e qualquer reajuste em razão da idade, a partir dos sessenta, é ilegal e discriminatório, por violação ao § 3º do art. 15 do Estatuto do Idoso, que diz: “É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”.

Entretanto, em um dos julgados (Recurso Especial nº 866.840, apresentado no item 2.3.1), o STJ entendeu pela possibilidade de aplicação do reajuste por mudança de faixa etária do idoso, devendo o abuso ser aferido caso a caso. Embora o Tribunal tenha mantido o entendimento no sentido de que os contratos de plano de saúde são de “trato sucessivo” e, por isso, se submetem às disposições da nova legislação, decidiu que nos referidos contratos “os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto” – quanto “maior o risco, maior o valor do prêmio, sendo “de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair problema que afete sua saúde”, havendo “uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica”.

O STJ, nesta mesma decisão, ainda diz que “a Lei Federal nº 9.656/98, rompendo o silêncio que até então mantinha acerca do tema”, preservou “a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições e limites a tais reajustes”. No referido acórdão, o Superior Tribunal de Justiça lembra que “o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”, mas ressalta que “a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se repute abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso”, e completa dizendo que “somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia”, cabendo ao Judiciário, quando provocado, “o exame da exorbitância, caso a caso”. Assim sendo, nesta decisão o STJ acertou quanto à análise do caso concreto e suas peculiaridades, mas errou ao admitir a retroatividade da lei aos contratos firmados anteriormente à sua vigência, contrariando, inclusive, a decisão do Supremo

Tribunal Federal na ADI nº 1931. Vale destacar que a decisão em sede de ADI, inclusive em medida cautelar²⁷⁷, tem eficácia *erga omnes* e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal (art. 11 e art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99).

3.5. Conclusões acerca da decisão mais adequada à Constituição quanto à cobertura dos procedimentos nos planos antigos e quanto à possibilidade de reajuste por mudança de faixa etária do beneficiário idoso

No capítulo 2 deste trabalho, analisamos a regulamentação da saúde suplementar e a ADI nº 1931, onde o STF entendeu, liminarmente, pela irretroatividade da Lei nº 9.656/98 aos planos de saúde firmados anteriormente à sua vigência.

Posteriormente, na sequência comentamos as decisões do STJ a respeito da aplicação da mesma Lei nº 9.656/98 e, conseqüentemente, do rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela ANS aos planos antigos, onde ficou demonstrado que, segundo entendimento do Tribunal (pelo menos nas duas decisões até o momento proferidas), a Lei nº 9.656/98 não incide sobre os planos antigos, muito embora tenha se manifestado pela retroatividade no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 866840.

Comentamos, também, as decisões do STJ quanto à possibilidade do reajuste por mudança de faixa etária do idoso nos planos privados de assistência à saúde, em especial quanto à retroatividade ou não da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) aos contratos firmados anteriormente à sua vigência. Ao final, fizemos o seguinte questionamento: qualquer reajuste em razão do implemento da idade, quando o beneficiário de plano ou seguro privado de assistência à saúde for idoso, é discriminatório? Ou será necessário verificar, em cada caso concreto, se o reajuste tem como intenção evitar com o que o idoso permaneça no plano de saúde para, aí sim, ser considerado como uma discriminação?

No mesmo capítulo 2, mais especificamente no item 2.3.3, criticamos os argumentos (e não o resultado propriamente) apresentados pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos respectivos casos, onde procuramos tentar demonstrar o grau de

²⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1215.

discricionariedade presente nas decisões, fazendo uma relação com o positivismo normativista kelseniano.

Começamos a responder àqueles questionamentos no item 3.3 deste capítulo, quando dissemos que as decisões do STJ se utilizam de argumentos de política em detrimento de questões de princípio (ou seja, a irretroatividade da norma) e, no item 3.4, quando também criticamos decisões do STJ que, independentemente do caso concreto, entenderam, na maioria das vezes, pela proibição do reajuste de forma abstrata, por considerá-lo discriminatório por si só.

Não obstante as críticas quanto aos argumentos, conforme acima mencionamos, entendemos que algumas decisões do STJ foram acertadas no que diz respeito à parte dispositiva do acórdão, na medida em que analisaram o caso concreto e suas particularidades.

Tendo como pano de fundo a concepção do “direito como integridade”, de Ronald Dworkin, em termos conclusivos, fazemos parte de uma comunidade política em que as respostas mais adequadas constitucionalmente seriam, resumidamente, as seguintes:

- a) a Lei nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde) e a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) não podem ser aplicadas aos contratos de plano privado de assistência à saúde firmados anteriormente à sua vigência, sob pena de violação ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido previstos no art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 1988. Ainda que não houvesse previsão expressa na Constituição das referidas garantias, temos que a retroatividade das referidas leis (ou de qualquer outra) fere o princípio democrático que tem implícita a regra (constitucional) de que os indivíduos devem se submeter somente às leis que, criadas legitimamente, já estavam vigentes ao tempo do fato – ou seja, os indivíduos têm o direito de não serem surpreendidos por uma lei nova, criada posteriormente ao fato que pretende regular. A retroatividade de uma lei vai de encontro, também, à tradição dos nossos Tribunais que, ao longo dos anos, tem se manifestado pela preservação da segurança jurídica. Portanto, deve vigorar, nesta discussão, o argumento da irretroatividade da lei (questão de princípio), ainda que existam, na outra ponta, argumentos de política bastante convincentes, como, por exemplo, a proteção da vida e da dignidade da pessoa humana através de um acesso mais amplo à saúde. Cabe ao Legislativo e ao Executivo, por meio de políticas públicas eficazes, promover o acesso universal e igualitário aos serviços de assistência à saúde, o que, neste caso, deverá ser feito pela saúde pública – isto é,

pelo Sistema Único de Saúde (SUS) –, conforme determina a própria Constituição Federal de 1988 (artigos 196 a 198), cabendo à saúde privada a participação de forma suplementar, sujeita à autorização e fiscalização do poder público competente (art. 170) – neste caso, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) –, observada a livre iniciativa, de acordo com o disposto no art. 199;

- b) com relação à questão das coberturas contratuais nos planos antigos, afirmar a irretroatividade da Lei dos Planos de Saúde e, conseqüentemente, a inaplicabilidade das garantias mínimas de cobertura previstas rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela ANS não significa dizer que toda e qualquer restrição contratual deve ser observada indistintamente. Deverá o julgador analisar, no caso concreto, se o contrato (firmado anteriormente à Lei nº 9.656/98) está de acordo com a Constituição Federal e com a legislação vigente à época da sua assinatura, especialmente o Código de Defesa do Consumidor, que traz regras bastante rígidas de proteção aos consumidores em geral, o que deve ser aplicado, obviamente, também aos beneficiários de planos privados de assistência à saúde²⁷⁸ – é o caso, por exemplo, de verificar se as cláusulas que implicam limitação de direito do beneficiário foram redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão (§ 4º, do art. 54) e, ainda que a cláusula restritiva de procedimentos médico-hospitalares tenha observado esta condição, deverá ser declarada nula se tal restrição atingir direito ou obrigação fundamental inerente à natureza do contrato, de tal modo, a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual (§ 1º, I, do art. 51). O exemplo se enquadra na hipótese da restrição à quantidade de dias de internação por ano contratual, o que, aliás, já é assunto praticamente pacificado na jurisprudência no sentido que se trata de cláusula abusiva. Mesmo que se trate de contrato de plano de saúde celebrado anteriormente à vigência do Código de Defesa do Consumidor, a proteção do beneficiário contra os abusos dos fornecedores deverá ser garantida, sem que, para tanto, se fale em retroatividade da lei, pois a “defesa do consumidor” é princípio geral da atividade econômica, o que foi, inclusive, previsto expressamente no art. 170, V, da Constituição Federal de 1988;

²⁷⁸ Neste sentido, dispõe a súmula 469 do STJ: “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde”.

c) no que diz respeito ao reajuste por mudança de faixa etária, há necessidade de fazermos alguns esclarecimentos pontuais, decorrentes de três situações específicas diferentes, a depender da época da contratação do plano de saúde: 1) como vimos acima, o Estatuto do Idoso estabelece, no § 3º do art. 15, que “é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade” e que, de acordo com a decisão do STJ proferida no Recurso Especial nº 866.840, independentemente da data da assinatura do contrato (se antes ou depois do início de vigência do Estatuto do Idoso), a discriminação não pode ser considerada abstratamente, para todo e qualquer reajuste de faixa etária, pois o abuso deverá ser aferido em cada caso. De fato, esta seria, a nosso ver, a melhor interpretação do dispositivo legal, pois a referida lei não diz que qualquer reajuste é vedado, mas somente o reajuste que configura discriminação. No entanto, como também vimos acima, o mencionado § 3º do art. 15 foi regulamentado pela Resolução Normativa nº 63, de 2003, da ANS, que determinou quais os reajustes por mudança de faixa etária as operadoras de plano de saúde poderão aplicar para os contratos firmados a partir de janeiro de 2004 (data de início da vigência do Estatuto do Idoso) e, dentre as faixas possíveis, a última prevista é com 59 anos de idade, do que se conclui pela impossibilidade de aplicação de reajuste por mudança de faixa etária do idoso que firmou contrato a partir de janeiro de 2004, ou seja, dentro da vigência do Estatuto do Idoso, por expressa vedação da Agência Reguladora, órgão que detém a competência (legal e constitucional) para normatizar e fiscalizar os planos de saúde; 2) para os beneficiários que firmaram o contrato de plano de saúde anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso (janeiro de 2004), porém, já sob a égide da Lei dos Planos de Saúde (janeiro de 1999), seria permitido o reajuste por mudança de faixa etária após os sessenta anos de idade, pois o reajuste estaria, com algumas condições e restrições, permitido por expressa previsão do art. 15 da Lei nº 9.656/98, que diz: “as variações das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos [...], em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS [...], sendo, no entanto, “vedada a variação para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem” dos planos de saúde previstos na lei, ou sucessores, há mais de dez anos. Regulamentando o dispositivo legal, como já vimos no capítulo 2 deste

trabalho, o CONSU elaborou a Resolução nº 06, de 1998, estabelecendo as faixas etárias de reajustes, sendo possível sua incidência até os setenta anos de idade, ressalvando-se que, caso o beneficiário, a partir dos sessenta anos, tenha plano de saúde, regulamentado pela lei, há mais de dez anos, não poderá sofrer o referido reajuste. Estas regras são constitucionalmente adequadas, pois foram elaboradas pelo poder público competente (Legislativo e Executivo, nos limites do seu poder normativo), desde que aplicadas a contratos firmados posteriormente à sua vigência – dando-se oportunidade para que as pessoas afetadas (*in caso*, as operadoras de plano de saúde) possam se adequar às novas regras, organizando seus negócios de modo a precaver-se contra as consequências do descumprimento²⁷⁹ – privilegiando a segurança jurídica, também garantida pela Constituição; 3) para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/98, os reajustes por mudança de faixa seriam admitidos, inclusive para os consumidores com mais de sessenta anos de idade, desde que houvesse expressa previsão contratual, uma vez que não há qualquer norma proibitiva neste sentido. Entretanto, em todas as hipóteses, independentemente da data da assinatura do contrato, o reajuste por mudanças de faixa etária poderá ser analisados no caso concreto e, verificando-se o abuso, deverá ser considerado nulo de pleno direito – tal como ocorre com as cláusulas que vedam procedimentos inerentes à prestação dos serviços de saúde, como vimos na alínea “b” acima, pois tal prática violaria o Código de Defesa do Consumidor e a própria Constituição Federal.

²⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 134.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer deste trabalho, procuramos expor a problemática da discricionariedade judicial dentro do contexto da judicialização da saúde suplementar no Brasil e apresentar, como contribuição para solução da questão, uma teoria da decisão judicial que se mostrasse mais adequada às pretensões de correção e legitimidade.

Durante a pesquisa, observamos que muitos operadores jurídicos no Brasil acreditam que ter uma atitude positivista quer dizer tão somente aplicar a “letra fria da lei”, isto é, que o positivismo prega que o direito deve ser aplicado por simples subsunção, sem que haja necessidade de interpretação. Muitas vezes, ignoram o fato de que este positivismo a que se referem – ou seja, da aplicação por subsunção da lei aos fatos – trata-se de uma vertente do positivismo, o positivismo exegético, da Escola da Exegese. O mais grave é que, com a justificativa de que estão superando o positivismo jurídico, admitem que os julgadores possam agir com certa discricionariedade diante de determinados casos, especialmente perante as chamadas “lacunas” do direito e os casos mais complexos, sem se dar conta de que a discricionariedade é decorrente de outra vertente do positivismo jurídico, o positivismo normativista.

Vimos, também, que o positivismo exegético foi superado por Kelsen que, desde o seu Teoria Pura do Direito, já havia constatado que a lei não é clara e fatalmente poderá apresentar mais de um sentido, cabendo sempre uma atividade interpretativa. Kelsen, no entanto, se deu por vencido quando admitiu que, diante da indeterminação das normas, caberia ao julgador o poder discricionário de determinar qual norma a ser aplicada dentre as várias possibilidades. A discricionariedade judicial, portanto, tem suas raízes no positivismo jurídico normativista de matriz kelseniana, sendo que essa problemática se repete (como um núcleo comum) nas mais variadas vertentes do neopositivismo jurídico (a partir de Kelsen), como, por exemplo, no positivismo de Hart.

Depois da exposição do problema da discricionariedade judicial e a identificação de sua origem no positivismo normativista, passamos a abordar a questão da judicialização, diferenciando-a dos termos ativismo e passivismo judicial. Vimos que a judicialização é um fenômeno contingencial, onde algumas questões de larga repercussão política ou social estão

sendo decididas pelo Judiciário ao invés de pelas instâncias políticas tradicionais, ou seja, o Legislativo e o Executivo. No contexto brasileiro, embora outras razões possam ser apontadas, a judicialização tem como motivo principal a crise da democracia representativa, caracterizada por uma assimetria entre a vontade manifestada pelo Parlamento e a vontade do povo, pela omissão no tratamento de questões polêmicas e divergentes e pela inércia ou ineficiência da realização de políticas públicas pelo Governo. Observamos que o problema da judicialização se agrava diante da atitude ativista de juízes e tribunais, pois resulta numa mais ampla e intensa participação do Judiciário na tentativa de concretização dos objetivos que, pela Constituição e pela nossa tradição, são atribuições dos demais poderes (Legislativo e Executivo), e que deveriam ser realizados mediante políticas públicas. A partir daí, já se tornou possível concluir pela necessidade de uma teoria da decisão judicial que pudesse romper com o positivismo jurídico, superando o problema da discricionariedade judicial, sem, contudo, precisar retornar ao antigo problema, não menos grave, da aplicação exegética da lei.

No capítulo 2, dedicamo-nos a tratar da normatização e da judicialização da saúde suplementar no Brasil, através da análise das normas aplicáveis aos planos de saúde e de alguns julgamentos de casos mais complexos realizados pelo Superior Tribunal de Justiça. Vimos que na Constituição Federal de 1988 são identificados dois sistemas de saúde em nossa ordem jurídica: o sistema público, de acesso universal e gratuito, e o sistema privado, de caráter supletivo.

O sistema público de saúde é decorrente do art. 196 da CR/88, que estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, e deve ser garantida mediante a realização de políticas públicas. Vimos também que, por expressa disposição constitucional (art. 197), o serviço público de saúde deve ser prestado diretamente pelo Estado, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS) (art. 198), podendo haver, no entanto, a participação da comunidade, o que se dá na forma da Lei nº 8.142/90, ou através da celebração de contrato ou convênio com o poder público, nos termos da Lei nº 8.080/90.

O sistema privado de saúde, por sua vez, tem como fundamento o art. 199 da CR/88, que diz, expressamente, ser a assistência à saúde livre à iniciativa privada. No mencionado artigo podem se enquadrar os serviços privados de assistência à saúde, tais como consultórios médicos, clínicas, laboratórios e hospitais da rede privada, que realizam atendimentos particulares geralmente mediante contraprestação pecuniária. Também é com base no art. 199 da Constituição que as operadoras de planos privados de assistência à saúde realizam suas

atividades econômicas e, como tal, estão submetidas ao controle e fiscalização de um agente normativo e regulador, como determina a própria Constituição no art. 174, cabendo, portanto, ao Estado, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Este agente normativo e regulador determinado pela Constituição, a quem compete as referidas funções de fiscalização, incentivo e planejamento na área da saúde suplementar é a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), criada no ano de 2000, pela Lei nº 9.961/00.

Antes da criação da ANS, entretanto, foi editada a Lei nº 9.656/98, com vigência a partir de janeiro de 1999. Esta lei, como vimos, veio regulamentar o setor de saúde suplementar, traçando regras importantes acerca da relação entre as operadoras e consumidores de planos de saúde. Esta legislação (tanto a Lei nº 9.656/98 quanto a Lei nº 9.961/00) significou o marco regulatório da área da saúde suplementar no Brasil e, partir daí, se intensificaram as discussões a respeito da disciplina dos planos de saúde, sendo uma das principais divergências a que envolve a aplicação da nova lei aos planos antigos, ou seja, firmados anteriormente à sua vigência, principalmente porque a própria Lei dos Planos de Saúde tinha dispositivo expresso no sentido de que a nova regulamentação aplicar-se-ia aos contratos atuais e futuros. Diante da controvérsia, no ano de 1999 foi proposta a ADI nº 1931, e o Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar proferida em maio de 2004, decidiu à unanimidade que diversos dispositivos da nova lei eram inconstitucionais por violação ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido – até o momento não houve julgamento definitivo da ADI nº 1931, no entanto, trata-se de um importante julgado que, inclusive, tem efeito vinculante e eficácia *erga omnes*.

Após a abordagem acerca da regulamentação dos planos de saúde e da decisão do STF na ADI nº 1931, passamos a analisar dois casos complexos envolvendo o setor a partir dos julgamentos do STJ: o reajuste por mudança de faixa etária do idoso (que não se confunde com o reajuste anual, de data base) e a cobertura de procedimentos nos planos antigos.

No primeiro caso – do reajuste por mudança de faixa etária –, percebemos que a própria Lei nº 9.656/98 trouxe disposição expressa (art. 15) no sentido da possibilidade do aumento dos preços em razão do implemento de determinada idade do consumidor. Esse tipo de reajuste (que antes tinha sua legalidade questionada por alguns), portanto, passou a ser considerado legal, desde que observados alguns requisitos, tais como a previsão contratual expressa da idade e do índice de reajuste, e desde que o beneficiário não tivesse plano de saúde, na mesma operadora, há mais de dez anos e com mais de sessenta anos de idade.

Vimos, também, que o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU), regulamentando a matéria, editou uma Resolução Normativa prevendo as faixas etárias (até setenta anos) e estabelecendo algumas regras específicas a serem atendidas pelas operadoras.

Entretanto, a problemática envolvendo a questão do reajuste por mudança de faixa etária se intensificou quando do advento da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso), em razão do § 3º, do art. 15, que assim dispõe: “é vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Diante da nova norma, a ANS editou outra Resolução Normativa, dizendo que, para os contratos de plano de saúde firmados a partir de janeiro de 2004, os reajustes por faixa etária poderiam ser aplicados ao consumidor até cinquenta e nove anos de idade, respeitadas as demais disposições da normativa. Contudo, vários juízes e tribunais divergiam acerca da interpretação da norma do Estatuto do Idoso, sendo que alguns entendiam pela aplicação a todos os contratos de planos de saúde, vedando qualquer reajuste em razão da idade para maiores de sessenta anos, e outros entendiam pela incidência da norma somente sobre os planos firmados posteriormente à vigência da nova lei. Diante da controvérsia instaurada perante os juízes de primeira instância e os Tribunais estaduais, o assunto foi parar no STJ, em diversos Recursos Especiais, tendo o referido Tribunal, na maioria dos julgamentos, entendido pela proibição genérica e abstrata do reajuste de faixa etária do idoso, independentemente da data da assinatura do contrato de plano de saúde, sob o argumento de que o Estatuto do Idoso, sendo norma de ordem pública, tem aplicação imediata sobre os contratos de plano de saúde, que por serem contratos de trato sucessivo, seus efeitos futuros sofrem a incidência da nova lei, não havendo que se falar em retroatividade ou violação ao ato jurídico perfeito.

No segundo caso – envolvendo a cobertura dos procedimentos nos planos antigos –, pudemos perceber que nos Tribunais estaduais ainda há certa divergência quanto à aplicação ou não da Lei nº 9.656/98 aos contratos celebrados anteriormente à sua vigência, mas, diante da decisão do STF na ADI nº 1931, a questão ficou praticamente superada. Ora, o próprio Superior Tribunal de Justiça, em quase todas as ações que observamos, decidiu pela irretroatividade da lei dos planos de saúde, em observância às garantias constitucionais do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, o que já havia sido decidido anteriormente pelo STF, na citada ação direta de inconstitucionalidade.

No capítulo 3, passamos a abordar a teoria de Dworkin. Antes, porém, no primeiro item do capítulo, procuramos mostrar a necessidade da recepção, pelo intérprete/julgador, do

giro linguístico ontológico como condição de possibilidade para uma/um interpretação/julgamento constitucionalmente adequada/o. Trata-se da superação do paradigma (na concepção de Thomas Kuhn) da filosofia da consciência – onde o conhecimento está na razão do sujeito pensante que, portanto, é capaz de “assujeitar” os objetos, admitindo, assim, subjetivismos tal como a discricionariedade judicial – pelo paradigma da filosofia da linguagem, passando a relação sujeito-objeto para uma relação intersubjetiva. A partir de então, a linguagem, que antes era mero instrumento de ligação entre sujeito e objeto, passou a ser, conforme Gadamer, condição de ser no mundo. A virada linguística ontológica nos permite dizer que a interpretação somente se dá diante de uma situação concreta, não sendo mais possível estabelecer *standards* interpretativos capazes de, abstratamente, abranger todas as situações. Pudemos perceber também que, desde Gadamer, todas as normas, como espécies que são de textos, sempre precisam ser interpretadas, porque essa é a nossa condição de ser no mundo, não havendo como aplicar algo (uma lei a um caso concreto, por exemplo), sem ao mesmo tempo compreender e interpretar. Essas afirmações, que representaram um ganho imenso para a prática jurídica, são incompatíveis com qualquer forma de subjetivismo e, a partir dessa perspectiva, não se pode admitir decisões judiciais discricionárias.

Observamos que essas formulações de Gadamer estão presentes (ainda que implicitamente) na teoria de Dworkin, que tem como ponto principal a crítica à discricionariedade judicial. Dworkin retoma a questão da interpretação onde Kelsen parou, porém, da perspectiva oposta. Enquanto Kelsen admite que, diante da indeterminação da norma, há diversas respostas corretas, cabendo ao intérprete/julgador escolher discricionariamente qual delas irá aplicar, Dworkin defende a existência da única resposta correta que, a nosso entender, será sempre a resposta mais adequada à Constituição. Para o nosso autor, somente será possível alcançar a resposta correta por meio da interpretação construtiva, que se dá através da análise, não só do próprio texto posto em discussão, mas também da tradição do direito daquela comunidade, das decisões já anteriormente proferidas, da aplicação coerente de tais decisões e da compatibilidade de todas as situações com a Constituição. É a virtude da coerência ou da integridade política que assegura que casos semelhantes sejam tratados da mesma forma e, portanto, as decisões sejam tomadas de modo coerente e fundamentadas em princípios igualmente coerentes.

Deste modo, para a aplicação da teoria de Dworkin, é importante compreender a distinção que o autor faz entre regras – normas jurídicas do direito positivo que obrigam, proíbem ou facultam algo, cuja aplicação é uma questão de tudo ou nada – e princípios – normas jurídicas decorrentes dos padrões morais e políticos que mostram razões que conduzem as decisões para determinado sentido – e a distinção entre duas categorias de princípios, que constituem argumentos bastante recorrentes da prática das decisões judiciais: princípios morais da comunidade – argumentos de princípios, que justifica uma decisão que respeita ou garante um direito a um indivíduo ou grupo – e políticas públicas – argumentos de política, que justificam uma decisão que fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. Nos “casos difíceis”, em que pode haver uma colisão entre argumentos de princípio e argumentos de política, embora estes possam justificar de forma convincente determinada decisão, aqueles deverão sempre prevalecer, pois constituem os melhores argumentos.

Adotando como pano de fundo a tese de Dworkin, procuramos demonstrar que a irretroatividade, além de representar as garantias constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, como princípio de moralidade política que é, deverá prevalecer naquelas decisões judiciais que envolvem a aplicação retroativa da Lei dos Planos de Saúde e do Estatuto do Idoso aos contratos firmados anteriormente às suas respectivas vigências, por mais convincentes que sejam os argumentos de política apresentados na outra ponta.

Decidir, no entanto, pela irretroatividade das leis, não quer dizer que todas as restrições de cobertura de procedimentos e todas as formas de reajustes sejam intocáveis pelo Judiciário. Pelo contrário, havendo restrições a procedimentos e reajustes abusivos ou discriminatórios, o consumidor beneficiário de plano de saúde poderá ter acesso à justiça, devendo os juízes e tribunais, analisando os casos concretos, verificar os abusos, discriminações e violações ao direito, mas sempre caso a caso, tendo como foco principal o respeito e a garantia da Constituição.

A concepção do “direito como integridade” de Ronald Dworkin, portanto, mostra-se como uma hipótese (de teoria da decisão judicial) viável e, acima de tudo, constitucionalmente adequada para superar a problemática da discricionariedade judicial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2 ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esboço de sua configuração e identidade*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Os planos de saúde privados e o código do consumidor: principais questões geradoras de conflito entre planos de saúde e consumidores. In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 63-79.

ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATONNI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 301-357.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A regra não é clara. A atualidade do quadro de interpretações possíveis de Hans Kelsen*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2258, 6 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13467>>. Acesso em: 22 jul. 2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. As súmulas vinculantes e a nova escola da exegese. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 206, p. 359-379, abr. 2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Fundamentos de teoria da constituição: a dinâmica constitucional no estado democrático de direito brasileiro. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 101-125.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Interpretação jurídica no marco do Estado Democrático de Direito: um estudo a partir do sistema de controle difuso de constitucionalidade no Brasil*. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2258, 6 set. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3588/interpretacao-juridica-no-marco-do-estado-democratico-de-direito/2>>. Acesso em: 09 de novembro de 2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *O direito e as formas de integração social desde a teoria do discurso de J. Habermas: pequeno estudo do capítulo I de facticidade e validade*. Belo Horizonte, Produção docente, ano 5, número 2. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/virtuajus/virtuajus_inicio.html>. Acesso em 28/07/2013.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. Crise na democracia representativa: a infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, São Paulo, n. 100, p. 57-83, jan./jun. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 275-290.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. RN nº 211, de 11 de janeiro de 2010. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, fixa as diretrizes de atenção à saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de jan. 2010.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. RN nº 254, de 05 de maio de 2011. Dispõe sobre a adaptação e migração para os contratos celebrados até 1º de janeiro de 1999 e altera as Resoluções Normativas nº 63, de 22 de dezembro de 2003, que define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004; e nº 124, de 30 de março de 2006, que dispõe sobre a aplicação de penalidades para as infrações à legislação dos planos privados de assistência à saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 de mai. 2011.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. RN nº 323, de 3 de abril de 2013. Dispõe sobre a instituição de unidade organizacional específica de ouvidoria pelas operadoras de planos privados de assistência saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 de abr. 2013.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. RN nº 63, de 22 de dezembro de 2003. Define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23.12.2003.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. RN nº 64, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre o Programa de Incentivo à Adaptação de Contratos de que trata a Medida Provisória nº 148, de 15 de dezembro de 2003. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 de dez. 2003.

BRASIL. Código Civil e legislação civil em vigor / Theotonio Negrão, José Roberto F. Gouvea; com a colaboração de Luís Guilherme Aídar Bondioli. 27 ed. São Paulo: Saraiva: 2008.

BRASIL. Conselho de Saúde Suplementar. Resolução CONSU nº 6, de 3 de novembro de 1998. Dispõe sobre critérios e parâmetros de variação das faixas etárias dos consumidores para efeito de cobrança diferenciada, bem como de limite máximo de variação de valores entre as faixas etárias definidas para planos e seguros de assistência à saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 de nov. 1998.

BRASIL. Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001. Dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 de fev. 2001, Seção 1, p. 3.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03 de out. 2003, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei nº 10.850, de 25 de março de 2004. Atribui competências à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e fixa as diretrizes a serem observadas na definição de normas para implantação de programas especiais de incentivo à adaptação de contratos anteriores à Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 de mar. 2004, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de set. 1990, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 20 de set. 1990, Seção 1, p. 18055.

BRASIL. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 de dez. 1990, Seção 1, p. 25694.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 04 de jun. 1998, Seção 1, p. 1.

BRASIL. Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 de jan. 2000, Seção 1, p. 5.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag nº 1382274, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe 03.12.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag nº 1391405, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 01/03/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AgRg no REsp nº 533539, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJe 08.03.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no EDcl no REsp nº 1113069, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 29.03.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no EDcl no REsp nº 1310015, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 17.12.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1285591, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 02.12.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1324344, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 01.04.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1336758, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 04.12.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 325593, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. convocado do TJ/RS), DJe 16.12.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 707286, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 18.12.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 79837, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 03.05.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 95973, Rel. Min. Paulo de Tarson Sanseverino, DJe 12.08.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 96799, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 03.04.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl nos EDcl no Ag nº 819369, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 06.05.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no REsp nº 866840, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 11.06.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1098804, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 27.03.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1106557, Rel. Min. Nancy Andrigui, DJe 21.10.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1228904, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 08.03.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 735168, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 26.03.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 809329, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 11.04.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 866840, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe 17.08.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 989380, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 20.11.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1931, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ. 28.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 493, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ 143, p. 724.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 99655-9, Rel. Min. Moreira Alves, DJ. 18.11.1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 630852, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 31.05.2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editores, 1993.

CATONNI DE OLIVEIRA, Marcelo A. (coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CHUEIRI, Vera Karan de. *Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos*. Curitiba: J.M., 1995.

COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUNHA, Paulo César Melo da. *A regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. *Direito a saúde e teoria da argumentação: em busca da legitimidade dos discursos jurisdicionais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 10 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Vol. I. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: RT, 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. 1. Rio de Janeiro, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. 6 ed. Madri: Editorial Trotta, 2010.
- HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. 4 ed. Madri: Editorial Trotta, 2010.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 6 ed. Petrópolis: Vozes, 2012.
- HESPANHA, Antônio Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. Portugal: Publicações Europa-América, 2003.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Mira-Sintra/Men-Martins: Publicações Europa-América, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- LIMA, Iara Menezes. Escola da exegese. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. nº 97. Belo Horizonte: UFMG, jan-jun de 2008, p. 105-122.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. Como levar Dworkin a sério ou como fotografar um porco espinho em movimento. In.: GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, apresentação.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEYER, Emilio Peluso Neder. et al. *Interpretação do direito e legitimidade das decisões judiciais: uma análise do papel do Supremo Tribunal Federal na edição da súmula vinculante nº 05*. Disponível em <http://www.domtotal.com/direito/uploads/pdf>. Acesso em: 27/10/2013.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0612545-02.2012.8.13.0000 (1), Rel. Des. Leite Praça, Julgado em: 19/07/2012.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0069057-21.2008.8.13.0024 (1), Relator(a): Des.(a) Tarcisio Martins Costa, Julgado em 10/08/2010.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0138893-21.2006.8.13.0390 (1), Relator(a) Des.(a) Pereira da Silva, Julgado em 29/09/2009.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0251126-75.2010.8.13.0145 (1), Rel. Des. Cabral da Silva, Julgado em: 09/10/2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 8 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

NOBRE, Milton Augusto de Brito. Da denominada judicialização da saúde: pontos e contrapontos. In.: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 353-366.

NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Comentários à lei de plano e seguro-saúde*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PEDRON, Flávio Quinaud. *A proposta de integridade para o direito de Ronald Dworkin: como casos podem ser decididos à luz de uma resposta correta*. Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/23808/a-proposta-de-integridade-para-o-direito-de-ronald-dworkin>. Acesso em: 25/02/2013.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

RUSSEL, Bertrand. *História do pensamento ocidental: a aventura das ideias dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 5 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz dos exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In.: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 117-147.

SCAFF, Fernando Facury. Direito à saúde e os tribunais. In.: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 73-135.

SILVA JUNIOR, Aluísio Gomes da; GOUVEIA, Maria Thereza Carolina de Souza. Saúde suplementar: regulação e jurisdição. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (org.). *Direito sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 224-252.

SILVA, Diogo Bacha e. *Ativismo no controle de constitucionalidade: a transcendência dos motivos determinantes e a (i)legítima apropriação do discurso de justificação pelo Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão jurídica e autonomia do direito: a legitimidade da decisão para além do constitucionalismo e democracia. In: FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de (Coords.). *Constitucionalismo e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 141-163.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Intepretação, argumentação e decisão jurídica em Ronald Dworkin*, Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Intepretação, argumentação e decisão jurídica no neopositivismo de Hans Kelsen*. Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Intepretação, argumentação e decisão jurídica no positivismo clássico*. Material disponibilizado durante as aulas do mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2012.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O convencionalismo de Hart e o pragmatismo de Posner na perspectiva do direito como integridade de Dworkin. In: *Revista Jurídica da Faculdade de Direito Dom Bosco*, Curitiba, n. 10, p. 119-134, jul./dez. 2011.

STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 153-172.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>, acesso em 19/09/2013.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK. O panprincipiologismo e a refundação positivista. In: COUTINHO, Jacinto Miranda; FRAGALE, Roberto; LOBÃO, Ronaldo (Orgs.). *Constituição e ativismo judicial: limites e responsabilidades da norma constitucional e da decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 221-242.

THEORODO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama da aplicação no direito brasileiro – análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. In: *Revista de Processo*. São Paulo, n. 189, p. 09-52, nov. 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.