XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

CELSO HIROSHI IOCOHAMA

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

LEONEL SEVERO ROCHA

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

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

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

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

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

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

D597

Filosofia do direito, hermenêutica jurídica e cátedra luís alberto warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Leonel Severo Rocha; Renata Albuquerque Lima.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-615-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica e cátedra Luís Alberto Warat. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



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

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

TEXTO DE APRESENTAÇÃO - GT FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentam-se os trabalhos exibidos, no dia 09 de dezembro de 2022, no Grupo de Trabalho (GT) de Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat do XXIX Congresso Nacional do CONPED "Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities", do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

O GT, de coordenação dos trabalhos dos Professores Doutores Renata Albuquerque Lima, Leonel Severo Rocha e Celso Hiroshi Iocohama, que envolveu vinte e dois artigos que, entre perspectivas teóricas e práticas, demonstraram a importância da visão hermenêutica nos mais variados temas da contemporaneidade. Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela atual sociedade brasileira.

O primeiro trabalho, de autoria de Ana Flávia Costa Eccard e Salesiano Durigon, apresentado pela primeira autora, é "A ARTE DE ENSINAR: CONSIDERAÇÕES SOBRE ENSINO JURÍDIUCO À LUZ DE WARAT ", que tem como proposta pesquisar o ensino como uma arte utilizando a perspectiva waratiana, perscrutando as obras Warat para uma perspectiva crítica ao ensino jurídico.

"A ATUALIDADE DA TEORIA PARA A SEMIOLOGIA JURÍDICA FILOSÓFICA DO DIREITO PROPOSTA POR LUÍS ALBERTO WARAT" é o trabalho de Angélica Cerdotes e Márcia Andrea Buhring, apresentado pela segunda autora. As pesquisadoras analisam que, para uma efetiva compreensão e interpretação do direito, a linguagem jurídica não pode possuir univocidade de significação.

Juliana Paganini apresentou o artigo "A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL X DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: BREVES REFLEXÕES TEÓRICAS", oriundo de pesquisa que tem como objetivo analisar se a discricionariedade judicial seria um obstáculo para a democratização do acesso à justiça.

"A HOMOSSEXUALIDADE ESTIGMATIZADA PELA DOENÇA: A CONSTRUÇÃO DA EPIDEMIA DA AIDS COMO CÂNCER GAY E O DIREITO A NÃO-DISCRIMINAÇÃO" é o trabalho de Gabriel Dil e Bianca Neves de Oliveira. Tal pesquisa busca analisar a estigmatização da população LGBTQIAP+ pelos meios de comunicação durante as primeiras décadas da epidemia da AIDS e a consequente violação do direito antidiscriminação.

Jaci Rene Costa Garcia apresentou "A TESE DA UNIDADE DO VALOR E A CENTRALIDADE DA QUESTÃO PARA A TEORIA DO DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE O ARRANJO TEÓRICO EM RONALD DWORKIN ", em que o referido estudo tem por finalidade investigar se a tese da unidade do valor é abrangente e permite a integridade entre direito e moral.

“ANÁLISE DA INTERPRETAÇÃO DO DESEMBARGADOR DO TJMG NA APELAÇÃO CÍVEL NO. 1.0000.22.098650-9/001: CASO ENVOLVENDO O ROMPIMENTO DA BARRAGEM NA MINA DO CÓRREGO DO FEIJÃO EM BRUMADINHO/MG”, trabalho de autoria de Fernanda Resende Severino e Lilian Mara Pinhon, apresentado pela primeira autora, tem como objetivo criticar a interpretação do desembargador relator do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), João Cancio, no caso da apelação cível nº 1.0000.22.098650-9/001, que envolve o rompimento da barragem do Córrego do Feijão, em Brumadinho/MG, bem como frisar a importância da hermenêutica jurídica no constitucionalismo. Já o segundo trabalho das citadas autoras, cujo tema é “ANÁLISE DOS RESP NO. 1.889.704-SP: DIVERGÊNCIA DAS TURMAS DO STJ ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS” tratou sobre o julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.8889.704 de São Paulo realizada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

“AS CONTRIBUIÇÕES DE CHAIM PERELMAN E THEODOR VIEWEHG PARA A COMPREENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988” é o trabalho de Bruno Almeida Maia, Guilherme Loria Leoni e Eliana Franco Neme, apresentado pelo primeiro autor. Referida pesquisa investiga as contribuições de Chaïm Perelman e Theodor Viewheg para a Jurisprudência dos Valores no contexto histórico da Europa, particularmente, na Bélgica e na Alemanha na segunda metade do século XX.

Gabriela Milani Pinheiro e Helen Ramos Brum apresentaram “AUTOPOIESE E COMUNICAÇÃO EM UM CONTEXTO MULTICULTURAL: UMA OBSERVAÇÃO DO

DIREITO INDÍGENA A PARTIR DA POLICONTEXTUALIDADE", em que o referido estudo verifica a possibilidade da identificação do direito dos povos indígenas como subsistema jurídico capaz de desenvolver sua própria comunicação, de modo que viabiliza a observação do direito indígena como ordenamento autônomo no contexto multicultural latino-americano.

"CONTRIBUTOS POSSÍVEIS DA FENOMENOLOGIA DE EDITH STEIN PARA A HERMENÊUTICA JURÍDICA NO BRASIL", de autoria de Alberto Dias de Souza, Renata Albuquerque Lima e João Ricardo Holanda, representado pela segunda autora, trata sobre a integração da fenomenologia aos meios de compreensão da hermenêutica do Direito, o que, no exemplo de Edith Stein, traz contributo significativo à problematização da legitimidade de se interpretar, com amparo em critérios públicos, e não solitários do sujeito. Já o segundo artigo "OS DESAFIOS DO SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA DA INTEGRIDADE DE RONALD DWORKIN", de autoria de Renata Albuquerque Lima, conjuntamente com Francisco Victor Vasconcelos e Ana Clébia Sousa Rodrigues discorre sobre a implementação do sistema de precedentes judiciais adotado pelo Brasil no Novo Código de Processo Civil, diante da teoria de Ronald Dworkin.

Bárbara Campolina Paulino, Deilton Ribeiro Brasil e Alice Quadros Miranda são autores do trabalho "CRÍTICAS À DOMINAÇÃO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA OBRA A REVOLUÇÃO DOS BICHOS POR GEORGE ORWELL", explanado pela primeira autora, visa demonstrar a forma como regimes de dominação se inserem e moldam as sociedades, suas consequências para a sociedade alienada e os motivos que levam um indivíduo a desejar a dominação total, tendo como marco teórico principal a obra A Revolução dos Bichos (1945), escrita por George Orwell.

João Paulo Salles Pinto apresentou o tema "A INAPROPRIABILIDADE E A INOPEROSIDADE: APORTES PARA O REPENSAR DA POLÍTICA E DO DIREITO FRENTE ÀS CRISES ECOLÓGICAS GLOBAIS", em que a pesquisa foca a releitura das questões da inapropriabildiade, como colocada por Yves Charles Zarka, e das noções da inoperosidade, como colocada por Giorgio Agamben, possam sugerir contribuições e destacar a indispensabilidade de um reorientar das propostas de repensar o jurídico e o político contemporâneos em suas cisões.

O artigo "DIREITO À INFORMAÇÃO E A EXCLUSÃO DE POSTAGENS DE AGENTES POLÍTICOS EM REDES SOCIAIS: COMPREENSÃO DO TEMA A PARTIR DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA" apresentado por Higor Lameira Gasparetto, de autoria

conjunta com Rosane Leal da Silva, aborda o controle das publicações realizado pelas redes deve ser visto com reservas, especialmente quando atinge publicações de governantes, pois o bloqueio das postagens prejudica o direito constitucional à informação e distorce as narrativas.

Jacson Gross apresentou o artigo "IDEOLOGIAS POLÍTICAS E DIGNIDADE HUMANA: A CONTRIBUIÇÃO DE HÉLIO GALLARDO PARA A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS", escrito em co-autoria com Jorge Alberto de Macedo Acosta Júnior e Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori, o texto refletiu a teoria crítica dos direitos humanos, especialmente a contribuição de Helio Gallardo no campo da ideologia, da política e da dignidade humana.

O trabalho intitulado "JUSTIÇA E ALTERIDADE EM EMMANUEL LEVINAS: UMA PROPOSTA PARA AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA POR VIDEOCONFERÊNCIA", apresentado por Renan Posella Mandarino, em co-autoria com Fernando de Brito Alves, se propõe a demonstrar a efetivação da ética da alteridade nas audiências de custódia realizadas por videoconferência.

Thiago Passos Tavares apresentou o trabalho com a seguinte temática "MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO: O CAMINHO DAS PEDRAS DE UM PROCESSO SELETIVO STRICTO SENSU", cujo objeto de pesquisa aborda a importância do estudo de métodos e técnicas que podem auxiliar o acadêmico e/ou pesquisador que busca seguir carreira docente através do ingresso de um mestrado acadêmico em Direito. Já o segundo artigo de Thiago Passos Tavares, cujo tema é "O MACROPRINCÍPIO DA FRATERNIDADE JURÍDICA COMO CLÁUSULA PÉTREA CONSTITUCIONAL", em co-autoria com Carlos Augusto Alcântara Machado, visa demonstrar que, apesar de não estar expresso no rol das cláusulas pétreas, o macroprincípio da fraternidade jurídica não é passível de ser suprimido do texto constitucional.

"O CONCEITO DE DIREITO", este foi o trabalho apresentado por Etildes Yuri Pereira Queirós, em co-autoria com Júlia Simões Neris. Com a referida pesquisa, observou-se traçar um panorama possível dos elementos constitutivos do Direito, para, através destes, ensaiar uma efetiva caracterização do que seja o signo Direito.

Cleide Calgaro apresentou o artigo "O CUIDADO COM O MEIO AMBIENTE NATURAL POR MEIO DE UMA POLÍTICA COLETIVA E DE UM PROCESSO POLÍTICO-EDUCACIONAL EXPOSTO POR LUÍS ALBERTO WARAT", em co-autoria com Angélica Cerdotes, que visa analisar a educação ecológica e o cuidado do meio ambiente

natural na perspectiva de Luís Alberto Warat, no viés do amor como dimensão política, social e coletivo.

“PRESSUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS E EVOLUÇÃO DA TEORIA PURA DO DIREITO DE HANS KELSEN”, trabalho este apresentado pelos autores Ariel Augusto Lira de Moura, Bernardo Leandro Carvalho Costa e Leonel Severo Rocha. Tal pesquisa visa investigar as transformações dos pressupostos epistemológicos nas duas edições da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

Finalmente, o trabalho “UMA ABORDAGEM HERMENÊUTICA SOBRE O DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO NA ERA DIGITAL” de autoria de Frederico Antônio Lima de Oliveira e Ailine da Silva Rodrigues, apresentado pelos dois autores. Trata-se de uma pesquisa que aborda os limites do direito fundamental à liberdade de pensamento, sob a ótica da hermenêutica constitucional, analisando sobre a necessidade de regulamentação expressa desses limites.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima – UNICHRISTUS

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. Celso Hiroshi Iocohama – UNIPAR

ANÁLISE DOS ERESP Nº 1.889.704-SP: DIVERGÊNCIA DAS TURMAS DO STJ ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS

ANALYSIS OF ERESP NO. 1.889.704-SP: DIVERGENCE OF THE STJ CLASS ABOUT THE TAXATION OR NOT OF THE LIST OF HEALTH PROCEDURES AND EVENTS PREPARED BY ANS

Fernanda Resende Severino [1]
Lilian Mara Pinhon [2]

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar o julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.8889.704 de São Paulo realizada pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ), bem como frisar a hermenêutica no constitucionalismo. O papel da hermenêutica é central na tentativa de buscar alternativas para as eventuais ausências de efetividade dos direitos fundamentais. O estudo se faz necessário tendo em vista que o constitucionalismo possibilitou aos ministros do STJ interpretarem as normas constitucionais, logo é essencial que a melhor interpretação seja utilizada pelos intérpretes brasileiros. A metodologia utilizada foi a bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Superior tribunal de justiça, Hermenêutica, Constitucionalismo, Embargos de divergência em recurso especial, Transtorno do espectro autista

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to analyze the judgment of the Embargoes of Divergence in Special Appeal nº 1.8889.704 of São Paulo carried out by the Ministers of the Superior Court of Justice (STJ), as well as to emphasize the hermeneutics in constitutionalism. The role of hermeneutics is central in the attempt to seek alternatives to the eventual absence of effectiveness of fundamental rights. The study is necessary considering that constitutionalism made it possible for the ministers of the STJ to interpret the constitutional norms, so it is essential that the best interpretation is used by Brazilian interpreters. The methodology used was bibliographic and documentary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Superior court of justice, Hermeneutics, Constitutionalism, Seizures of divergence in special appeal, Autism spectrum disorder

[1] Mestra em Proteção dos Direitos Fundamentais. Especialista em Direito Público e em Formação de Professores. Especializando em Docência. Pesquisadora. Advogada. Currículo lattes: http://lattes.cnpq.br /0705404933469657.

[2] Mestra em Proteção dos Direitos Fundamentais, pela Universidade de Itaúna, MG. Pós-graduada lato sensu pela Universidade Candido Mendes, em Direito Processual Civil e Processo Cautelar, RJ. Advogada. Currículo lattes: https://lattes.cnpq.br/37196630002088.

1. INTRODUÇÃO

Em 2022, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou um processo bastante debatido pelos meios de comunicação: os Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.8889.704 de São Paulo (EREsp nº 1.8889.704/SP). As turmas do STJ divergiam a respeito da taxatividade ou não do rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Após o STJ decidir que o rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar deve ser taxativo, o legislativo acabou com a omissão, uma vez que criou o projeto de Lei nº 2.033 e já existe a Lei nº 14.454 de 2022.

O objetivo-geral é analisar o julgamento do STJ nos EREsp nº 1.8889.704/SP, bem como criticar os ministros que decidiram que o rol de procedimentos e eventos em saúde elaborados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar deve ser taxativo. Além do mais, é essencial demonstrar a relevância de uma única interpretação pelos ministros do STJ, dado que o constitucionalismo possibilita ao Poder Judiciário, por meio da hermenêutica, interpretar as normas jurídicas, e cabe aos ministros aplicar a norma mais favorável ao indivíduo vulnerável.

O problema que surge em face dessa temática é que falta uma única interpretação a ser utilizada pelos ministros do STJ para que a parte mais vulnerável consiga um resultado positivo como a possibilidade de um tratamento mesmo não constando no rol da ANS.

A relevância do tema aqui desenvolvido é que, no caso do julgamento dos EREsp nº 1.8889.704/SP, os ministros deixaram claro que não existe uma hermenêutica predominante para realmente preservar e efetivar os direitos fundamentais da parte mais vulnerável. Logo, é essencial colocar em evidência uma interpretação *pro homine* em conjunto com o diálogo das fontes para ser seguida pelo Poder Judiciário.

A justificativa do presente artigo é frisar que cabe aos ministros do STJ dar uma única interpretação quando envolver conflitos de normas para que a parte mais vulnerável no processo tenha garantido os direitos fundamentais elencados na legislação brasileira.

A fim de se atingir os objetivos da presente pesquisa, o presente artigo foi dividido em cinco tópicos, a começar por esta introdução. O segundo tópico discorre sobre o constitucionalismo, constatando-se que, com o Estado Democrático de Direito brasileiro, foi possível, a partir da Constituição da República Federativa, ao Poder Judiciário interpretar as normas. Posteriormente, o terceiro tópico aborda sobre a hermenêutica jurídica, no intuito de destacar a melhor interpretação para ser utilizada pelos ministros do STJ, para que a parte mais vulnerável em um processo não perca os respectivos direitos elencados na Constituição. Mais adiante, no quarto tópico, ocorre a análise crítica do julgamento do EREsp nº 1.8889.704/SP.

De modo final, concluir-se-á que o constitucionalismo possibilitou ao Poder Judiciário interpretar as normas, uma vez que a hermenêutica é essencial para preservar os direitos fundamentais das pessoas; no caso específico, o fato de que o direito de uma criança autista que necessita de tratamento multidisciplinar deva prevalecer. Logo, uma interpretação *pro homine*, em conjunto com o diálogo das fontes, deve ser utilizada para proteger a parte mais vulnerável.

Utilizou-se a pesquisa bibliográfica com o emprego da doutrina, de textos e de artigos científicos sobre o tema, bem como a pesquisa documental, uma vez que se utilizou também as legislações brasileiras tais como a Constituição da República Federativa do Brasil, a Lei nº 14.454/2022 e os Embargos de Divergência nº 1.8889.704 de São Paulo. A metodologia dedutiva foi empregada no intuito da utilização desse método para a construção de posicionamento pertinente ao tema.

2. O CONSTITUCIONALISMO E O DIREITO A SAÚDE

Foi com a Independência de Portugal e com a outorga da Constituição de 1824 que o processo de constitucionalização se iniciou no Brasil. Nesse sentido, o País passou por sucessivas constituições e um demorado caminho de vivências políticas em torno do projeto constituinte de um Estado de Direito (MOREIRA; PAULA, 2017, p. 94).

Das primeiras investigações sobre constituição, decorre a palavra constitucionalismo (BARACHO, 1986, p. 5). E, dessa forma, a evolução do constitucionalismo no Brasil está ligada ao Estado Democrático de Direito brasileiro.

Nessa direção, uma nova visão constitucional foi estabelecida com o constitucionalismo contemporâneo, direcionado no bem viver, no pluralismo jurídico e no direito ao desenvolvimento sustentável. Logo, o constitucionalismo contemporâneo expõe traços que o diferenciam daquele surgido no bojo dos processos revolucionários do século XVIII (SABIO; SILVA, 2021, p. 32).

Com o constitucionalismo, o Poder Judiciário brasileiro, desde a Constituição de 1988, passou a interpretar as normas constitucionais, tendo em vista que os valores axiológicos foram introduzidos; e, aos intérpretes brasileiros, cabe analisarem um caso concreto em conformidade com o direito vigente. O constitucionalismo atual é o produto de um demorado processo em que se concentram esforços de muitos povos e doutrinadores (BARACHO, 1986, p. 26). Streck (2014, p. 347) destaca que "[...] o Constitucionalismo Contemporâneo resgata a "realidade perdida", trazendo para dentro do direito os conflitos sociais e todos os demais elementos que não faziam parte, até então, das "preocupações do positivismo"."

Os instrumentos que estabilizam o direito são as constituições (BARACHO, 1986, p. 9). Canotilho (1998, p. 239) dispõe que o direito é um meio de ordenação racional e vinculativa de uma sociedade organizada. E, para que haja um cumprimento dessa função ordenadora, o direito prescreve regras e medidas, determina formas e procedimentos, além de criar instituições.

O aparecimento da constituição escrita deu começo a uma importante fase do constitucionalismo (BARACHO, 1986, p. 11). O texto da Constituição Brasileira de 1988 passou a ter força normativa e a garantir os direitos fundamentais a favor da prevalência do ser humano.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) garante a todos o direito à saúde, dentre os direitos sociais, conforme artigo 6º, *caput*. Nos termos do artigo 199 da CRFB/1988, a "assistência à saúde é livre à iniciativa privada", sendo que está disposto no § 1º do art. 199 da Constituição que "as instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos".

Apesar de a Constituição brasileira vigente garantir o direito à saúde, este tem sido um dos maiores desafios do século. Inclusive, pode-se destacar que o próprio judiciário, por intermédio do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recente caso envolvendo o direito à saúde, como nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.8889.704 de São Paulo (EREsp nº 1.8889.704/SP), vem deixando de garantir o direito fundamental à saúde.

O Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito brasileiro, deve ser para os cidadãos como um concretizador dos direitos sociais não realizados. Consequentemente, tem um papel fundamental em propiciar que os direitos fundamentais sejam satisfeitos às pessoas que procuram o judiciário, para evitar um retrocesso dos direitos conquistados e que estão dispostos na constituição brasileira.

Nos EREsp nº 1.8889.704/SP, com o julgamento finalizado em junho de 2022, ficou estabelecido pela Segunda Seção do STJ, por maioria, a tese de que o rol de procedimentos e eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo. Foi negado provimento aos embargos. Contudo, o menor RDF, embargado e diagnosticado com o Transtorno do Espectro Autista, perdeu o direito de ter o tratamento multidisciplinar pelo método da Análise Comportamental Aplicada (ABA) atendido pelo plano de saúde, uma vez que o plano não dispunha de profissionais especialistas em ABA e por existir outro tipo de tratamento, segundo a tese

firmada pelo STJ, a operadora de saúde não seria obrigada a disponibilizar profissionais especialistas em ABA.

O número de casos de pessoas sendo diagnosticados com o Transtorno do Espectro Autista cresceu, tendo em vista que os médicos e demais interventores têm maior conhecimento sobre o transtorno invasivo do desenvolvimento.

O método ABA, que provém do behaviorismo de Skinner, ajuda às pessoas diagnosticadas com autismo, uma vez que o referido método tem como objetivo eliminar comportamentos inadequados e potencializar comportamentos adequados (PINHON, SEVERINO, 2022, p. 171). Em uma intervenção precoce, as crianças diagnosticadas, por uma equipe multidisciplinar, com o Transtorno do Espectro Autista é essencial.

Percebe-se que, mesmo em um Estado Democrático de Direito, em que o Poder Judiciário brasileiro tem o dever de assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, ocorreu um retrocesso do direito de uma pessoa dentro do espectro autista ter assegurado o direito à saúde, à igualdade e à justiça com o fim do julgamento dos EREsp nº 1.8889.704/SP. Logo, percebe-se a importância das explanações de Streck (2014, p. 411-412) quando informa que:

> Em tempos de enfrentamento entre Constitucionalismo e positivismo (e os vários positivismos), é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se interpreta, como se aplica e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta correta (constitucionalmente adequada), diante da (inexorabilidade da) indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países periféricos (que prefiro chamar de "países de modernidade tardia", em que se destaca o Brasil) em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, a partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo, de um lado, exegético-normativista, e, de outro, fortemente decisionista e arbitrário, produto de uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: o arraigamento ao esquema sujeito-objeto.

Comungamos do mesmo posicionamento de Carvalho Netto (2004, p. 27) quando informa que o judiciário ocupa um papel central na difícil tarefa de promover não apenas a segurança jurídica, mas também a crença no próprio Direito, na justiça.

Em suma, a partir do constitucionalismo, o judiciário tem o poder de interpretar o texto constitucional, e o direito à saúde está disposto na Constituição de 1988. Por meio das interpretações dos ministros do STJ, foi negado o direito à saúde das pessoas com o espectro

do transtorno nos EREsp nº 1.8889.704/SP. Portanto, fica claro a necessidade de uma hermenêutica que propicie à parte mais vulnerável o efetivo direito fundamental à saúde. Logo, é essencial estudar no tópico a seguir a hermenêutica jurídica.

3. HERMENÊUTICA JURÍDICA

Ao longo de muitas lutas, os direitos fundamentais do ser humano foram construídos. Em que pese a Constituição de 1988 possibilitar ao Poder Judiciário a interpretação das normas, pode-se afirmar que, no Brasil, não há uma única hermenêutica a ser utilizada pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para garantir os direitos das pessoas mais vulneráveis, como nos casos das pessoas com o Transtorno do Espectro Autista. Portanto, é essencial um estudo sobre a hermenêutica jurídica. "A palavra hermenêutica deriva do grego hermenêutica, adquirindo vários significados no curso da história. Por ela, busca-se traduzir uma linguagem acessível aquilo que não é compreensível" (STRECK, 2017, p. 89). Streck (2017, p. 89) continua, quando informa que:

> Na história moderna, tanto na hermenêutica teológica como na hermenêutica jurídica, a expressão tem sido entendida como arte ou técnica (método), com efeito diretivo sobre a lei divina e a lei humana. O ponto comum entre a hermenêutica jurídica e a hermenêutica teológica reside no fato de que, ambas, sempre houve uma tensão entre o texto proposto e o sentido que alcança a sua aplicação na situação concreta, seja em um processo judicial ou em uma pregação religiosa.

Com a Constituição de 1988, a hermenêutica desponta no Brasil, e juízes, desembargadores e ministros tornam-se intérpretes coparticipantes do processo da efetivação do Direito. O constitucionalismo propiciou ao Poder Judiciário interpretar o texto da Constituição de 1988. Dentre as interpretações possíveis pelo Poder Judiciário em um caso concreto, está a interpretação constitucional. Segundo Baracho (1977, p. 143), a interpretação constitucional exige conhecimento técnico elevado, bem como requer sensibilidade jurídica, política e social, para que se possa caminhar no verdadeiro sentido das disposições constitucionais e os reflexos destas no ordenamento jurídico global.

A partir da Constituição de 1988, é possível a nova interpretação constitucional, e conforme Barroso e Barcellos (2003, p. 144) informam:

> As cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido

> unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.

Canotilho (2008) informa que o que se exige hoje do jurista é que dê positividade à respectiva retórica abrindo-se caminhos hermenêuticos capazes de auxiliar a extrinsecação do direito constitucional. Ora, a nosso ver, a "floresta tem caminhos". É necessário descobrir os caminhos da floresta e que ocorra uma interpretação por parte do Poder Judiciário mais benéfica ao indivíduo na contemporaneidade.

A lei é expressa, e a Constituição tem força normativa. Logo, a decidibilidade pelos ministros é um ponto fulcral do direito. Apesar de a ordem jurídica brasileira não poder proteger os direitos fundamentais de modo ilimitado, uma vez que esses não são absolutos, com uma interpretação *pro homine* em conjunto com o diálogo das fontes, será aplicado, pelo intérprete brasileiro, o direito mais benéfico à parte mais vulnerável.

Para Barroso e Barcellos (2003, p. 151):

> Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis [...]. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante ponderação.

Os intérpretes brasileiros, em muitos casos, justificam as respectivas decisões com base na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Um dos principais formuladores da ponderação é Alexy. Ocorre que o próprio Alexy entende que existe um espaço de discricionariedade por parte do judiciário quando se aplica a lógica da ponderação. Alexy (2017, p. 465) destaca, em uma das próprias obras, a existência da discricionariedade estrutural. Para Alexy (2017, p. 465), quando a discricionariedade estrutural estiver ligada a questões de sopesamento e a questões de efetividade acaba favorecendo problemas.

Alexy (2017, p. 94) informa que "[...] os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da

validade, enquanto as colisões entre princípios [...] ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso". Canotilho (2008) explana que, quando um intérprete se coloca perante os juízos de balanceamento de bens e direitos em caso de conflito, fica nítido que reconhecer a determinação da essência de um direito não é tarefa fácil.

Ocorre que defende-se, neste trabalho, uma interpretação *pro homine* em conjunto com o diálogo das fontes. Sendo assim, com uma hermenêutica *pro homine*, o direito social à saúde, em caso de um tratamento multidisciplinar por um plano de saúde, por exemplo, vai ser concretizado, mesmo não existindo no rol da ANS o referido tratamento[1]. Então, com uma interpretação *pro homine* em conjunto com o diálogo das fontes, o rol de procedimentos e eventos da ANS deve ser exemplificativo para que ocorra a efetividade do direito à saúde no caso concreto dos EREsp nº 1.8889.704/SP.

A partir da consolidação da jurisdição constitucional, o discurso constitucional importado de Robert Alexy começou a apresentar sinais de esgotamento e de lacunas democráticas. Logo, para se evitar que alguns direitos sejam anulados pelos intérpretes brasileiros, é preciso que haja uma aplicação do "diálogo das fontes" com o princípio *pro homine*.

O princípio *pro homine* está disposto expressamente no sistema jurídico global e interamericano, bem como está inserido na legislação brasileira, em especial na Constituição de 1988, no artigo 4º, inciso II. O princípio *pro homine* tem como objetivo proteger o ser humano para se evitar o abuso dos direitos fundamentais (PINHON, SEVERINO, 2021, p. 249). O referido princípio possibilita uma interpretação pelo Poder Judiciário mais favorável ao indivíduo, uma vez que favorece o real compromisso do Estado brasileiro em preservar e efetivar direitos.

Benjamin e Marques (2018, p. 29) informam:

> A teoria do diálogo das fontes tem direta relação com os direitos fundamentais, pois põe em relevo o sistema de valores que estes representam e orienta a aplicação simultânea das regras de diferentes fontes para dar efetividade a estes valores. Não é fácil, porém, dar eficácia aos direitos fundamentais, pois estes muitas vezes estão presentes em ambos os lados da disputa de direito privado. Trata-se, pois, de um limite, pois os direitos fundamentais se relacionam com uma ampla gama de casos e muitas vezes ambas as partes são detentores de direito fundamentais, demonstrando os limites e a complexidade desta análise pelo magistrado e pelo intérprete. Aqui

[1] Após o julgamento do EREsp n. 1.8889.704/SP, a Agência de Saúde Suplementar (ANS) ampliou as regras de cobertura para tratamento de transtornos globais de desenvolvimento, conforme disposto na Resolução Normativa ANS nº 539, de 23 de junho de 2022.

> deve prevalecer a proteção dos mais fracos, especialmente das crianças, dos idosos e dos doentes, como a jurisprudência do STJ tem demonstrado.

A teoria do diálogo das fontes é "[...] focada na dignidade da pessoa humana e na prioridade dos valores constitucionais e dos direitos humanos (BENJAMIN; MARQUES, 2018, p. 29)".

Com uma interpretação *pro homine* em conjunto com o diálogo das fontes pelos intérpretes brasileiros, não tem que se falar em uma superioridade jurídica das normas constitucionais. Nesse sentido, discordamos de Barroso e Barcellos (2003, p. 162), quando informam que as normas constitucionais apresentam superioridade jurídica, pois o intérprete brasileiro deve aplicar a norma mais benéfica à parte mais vulnerável, independentemente de ser uma norma internacional ou nacional e independentemente de ser uma norma constitucional ou norma infralegal.

Antes do julgamento dos EREsp nº 1.8889.704/SP, o STJ se posicionava favorável ao rol de procedimentos e eventos da ANS ser exemplificativo. Entretanto, a partir de 2022, o STJ mudou de posicionamento e firmou a tese de que o rol da ANS deve ser taxativo. Ou seja, a partir de 2022, ocorreu um retrocesso social, pois o direito à saúde foi deixado em segundo plano, e a maioria dos ministros do STJ informaram que era necessário o rol ser taxativo para se preservar a situação financeira da operadora. Tendo-se em vista que não existe, por parte do Poder Judiciário, uma hermenêutica jurídica que preserve os direitos fundamentais à parte mais vulnerável, é essencial que o Poder Judiciário siga uma interpretação *pro homine* em conjunto com o diálogo das fontes, pois uma interpretação menos benéfica à parte mais vulnerável foi aplicada nos EREsp nº 1.8889.704/SP pelo STJ. Então, será realizada uma análise crítica nos referidos Embargos de Divergência no tópico a seguir.

4. ANÁLISE DOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.889.704-SP

O julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.8889.704 de São Paulo (EREsp nº 1.8889.704/SP) finalizou-se em 8 de junho de 2022. O relator dos EREsp nº 1.889.704-SP foi o ministro Luis Felipe Salomão; o embargante: Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico; o embargado: RDF (menor representado por RMD).

O menor RDF foi diagnosticado com o Transtorno do Espectro Autista e necessita de sessões de terapias especializadas. Como o plano do menor negou as referidas sessões, com a

alegação de que as terapias não estão previstas no rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a criança acionou o juiz de primeiro grau com a ação de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela. O juiz julgou procedente o pedido, condenando o plano de saúde a cobrir o tratamento de terapia psicológica pelo método ABA, terapia ocupacional e fonoaudiologia. O plano de saúde interpôs recurso no Tribunal de Justiça, sendo negado provimento ao recurso de apelação. A Unimed interpôs recurso especial com a alegação de que o rol da ANS é taxativo e deve ser respeitado, logo não cabendo tratamento multidisciplinar para o menor. A Terceira Turma, no julgamento do agravo interno, permaneceu com a decisão monocrática em que se negou o provimento ao recurso especial interposto pela operadora de saúde. A Unimed interpôs embargos de divergência, em que se ocorreu divergência nas turmas, e a Segunda Seção, por unanimidade, mas com fundamentação diversa, negou provimento aos embargos de divergência. A maioria dos ministros do STJ estabeleceram a tese quanto ao rol da ANS ser taxativa em regra, consequentemente o menor RDF perdeu o direito de ter o tratamento multidisciplinar pelo método ABA atendido pelo plano de saúde, uma vez que o plano não dispunha de profissionais especialistas em ABA; e, por existir outro tipo de tratamento segundo a tese firmada pelo STJ, a operadora de saúde não seria obrigada a disponibilizar profissionais especialistas em ABA, uma vez que, até a presente data do julgamento, a ANS ainda não tinha feito uma normativa informando que o tratamento ABA estava no rol da ANS. Ressalta-se que, após o julgamento, a ANS aprovou uma normativa em que possibilita a cobertura dos procedimentos que envolvam o tratamento dos beneficiários portadores de transtornos globais de desenvolvimento, incluindo-se o transtorno do espectro autista, portanto a operadora tem o dever de oferecer atendimento por prestador apto a executar o método ou técnica indicados pelo médico do paciente para tratar a doença.

A partir da Constituição da República Federativa do Brasil, os ministros do STJ têm a possibilidade de interpretar a norma para finalizar um julgamento visando-se a realização dos direitos dispostos na Carta de 1988. Contudo, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.889.704-SP, pode-se observar que os ministros da Segunda Seção do STJ acordaram, por maioria, que o rol de procedimentos e eventos em saúde é, em regra, taxativo. Sendo assim, o direito à saúde é deixado de lado. Vejamos a ementa:

> EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DE DIREITO PRIVADO ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, INEQUIVOCAMENTE ESTABELECIDA NA SUA PRÓPRIA LEI DE CRIAÇÃO. ATO ESTATAL DO REGIME JURÍDICO

> DE DIREITO ADMINISTRATIVO AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDA PELO LEGISLADOR PARA EQUILÍBRIO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO N. 21 DA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO CONTRATUAL, SEMPRE VISANDO O EQUILÍBRIO. HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA E SEGUNDA SEÇÕES NO SENTIDO DE VELAR AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA. FIXAÇÃO DA TESE DA TAXATIVIDADE, EM REGRA, DA RELAÇÃO EDITADA PELA AGÊNCIA, COM ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO.

No caso em comento, fica nítido que, em que pese estarmos em um Estado Democrático de Direito brasileiro, ocorreu pelo STJ, ao se finalizar o julgamento, um retrocesso social quanto ao direito de o indivíduo ter acesso a um tratamento multidisciplinar sem que o referido tratamento esteja inserido no rol da ANS.

Em 8 de junho de 2022, ficou consignado que:

> 5. A par de o Rol da ANS ser harmônico com o CDC, a Segunda Seção já pacificou que "as normas do CDC aplicam-se apenas subsidiariamente nos planos de saúde, conforme previsão do art. 35-G da Lei nº 9.656/1998. De qualquer maneira, em casos de incompatibilidade de normas, pelos critérios da especialidade e da cronologia, há evidente prevalência da lei especial nova" (EAREsp n. 988.070/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Segunda Seção, julgado em 8/11/2018, DJe de 14/11/2018). Dessa maneira, ciente de que o Rol da ANS é solução concebida pelo próprio legislador para harmonização da relação contratual buscada nas relações consumeristas, também não caberia a aplicação insulada do CDC, alheia às normas específicas inerentes à relação contratual.

Nota-se que a maioria dos ministros da Segunda Seção aplicam as normas do CDC somente subsidiariamente nos planos de saúde. Contudo, conforme já explanado anteriormente no presente trabalho, é essencial uma interpretação *pro homine* em conjunto com o diálogo das fontes para que o Direito seja realmente efetivado. A interpretação *pro homine* ajuda a ressaltar a dignidade da pessoa humana, o direito à saúde, à vida, à proteção diferenciada de grupos mais vulneráveis de nossa sociedade. Logo, era essencial que todos os ministros do STJ aplicassem a norma do CDC de forma prioritária no caso em comento, para que a parte mais vulnerável tivesse garantido o direito a um tratamento multidisciplinar pelo plano de saúde, independentemente de o procedimento estar disposto ou não no rol da ANS.

A ministra do STJ Nancy Andrighi, que abriu divergência para rejeitar os Embargos de Divergência sob o fundamento de que o rol de procedimentos e eventos da ANS deveria ser exemplificativo, defende o diálogo das fontes, a observância das normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC) ou mesmo do Código Civil, e que o CDC é aplicado em todas as relações de consumo. Nacny, no julgamento dos EREsp nº 1.889.704-SP, em seu voto-vista, deixou consignado que:

> Seja sob o prisma do CDC, ou mesmo do CC/2002, o rol exemplificativo protege o consumidor/aderente da exploração econômica predatória do serviço, manifestada por meio da negativa de cobertura sem respaldo na lei, visando satisfazer o intuito lucrativo das operadoras às custas da vulnerabilidade do usuário e da sua premente necessidade de manutenção do vínculo cativo, as quais o colocam em nítida posição de sujeição na relação contratual.

É importante consignar que o ministro Moura Ribeiro e o ministro Paulo de Tarso acompanharam o entendimento da ministra Nancy Andrighi para consolidar a tese de que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS tem natureza exemplificativa. Contudo, a maioria dos ministros acompanhou o entendimento do ministro Luis Felipe Salomão com o acréscimo de preposições trazidas pelo ministro Villas Bôas Cueva e ficou consignado, nos EREsp nº 1.889.704-SP, que o rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo.

Barroso (2001, p. 35) acertadamente informa que "o Direito [...] é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham". Barroso (2001, p. 35) continua informando que o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais para solucionar as hipóteses de conflito de leis, no caso o critério da hierarquia, o critério cronológico e o critério da especialização. Segundo Barroso (2001, p. 36), referidos critérios não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão ocorre entre normas constitucionais, sobretudo entre os princípios constitucionais, "[...] categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais". Mesmo que não tenha ocorrido colisão apenas entre as normas constitucionais, as autoras do presente artigo têm o posicionamento de que os critérios da hierarquia, o cronológico e o da especialização não são adequados ou plenamente satisfatórios na contemporaneidade, uma vez que é essencial observar o diálogo das fontes em conjunto com o princípio *pro homine* em todos os casos. Logo, em caso de conflitos de normas, seja colisão

entre normas constitucionais ou não, é necessário analisar o caso concreto e aplicar a norma mais benéfica ao indivíduo mais vulnerável, para que realmente o Direito seja efetivado.

No julgamento, ficou consignado, também, que:

> 12. No caso concreto, a ação tem o pedido mediato de obtenção da cobertura de tratamento multidisciplinar pelo método ABA (*Applied Behavior Analysis*) para autismo – reputado, nos embargos de divergência, não previsto no Rol da ANS –, sem limitação do número de sessões de terapia ocupacional e de fonoaudiologia. Em vista da superveniente mudança promovida pela ANS – Resolução n. 469/2021, que altera o Anexo II (Diretrizes de Utilização) da Resolução Normativa n. 465/2021 (vigente Rol da ANS), publicada em 12/7/2021 – e da própria manifestação da parte recorrente, na primeira sessão de julgamento, no sentido da subsequente perda do interesse recursal, há uma diretriz que tornou ilimitado o número de consultas com psicólogos, terapeutas ocupacionais e fonoaudiólogos para tratamento de autismo. Caso a operadora possua, em sua rede credenciada, profissional habilitado em determinada técnica ou determinado método, tal como a ABA, tal abordagem terapêutica poderá ser empregada pelo profissional no atendimento ao beneficiário, durante a realização dos procedimentos cobertos, como sessão de psicólogo e/ou terapeuta ocupacional (com diretriz de utilização) ou sessão com fonoaudiólogo.

Infelizmente, são poucos os profissionais especializados no método ABA. E a maioria dos profissionais que se especializa neste método atendem os pacientes de forma particular, sendo poucos os profissionais que fazem parcerias com os planos de saúde. No caso concreto, a criança autista não teria direito ao tratamento pelo plano de saúde, uma vez que a Unimed deixou claro que não existiam profissionais conveniados especialistas no método ABA.

No julgamento dos EREsp nº 1.889.704-SP, ficou declarado que:

> 11. Cabem serem observados os seguintes parâmetros objetivos para admissão, em hipóteses excepcionais e restritas, da superação das limitações contidas no Rol: 1 – o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar é, em regra, taxativo; 2 – a operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do Rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado à lista; 3 – é possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extrarrol; 4 – não havendo substituto terapêutico ou estando esgotados os procedimentos do Rol da ANS, pode haver, a título de excepcionalidade, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo-assistente, desde que (i) não tenha sido indeferida expressamente pela ANS a incorporação do procedimento ao Rol da Saúde Suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e NatJus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem

> deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS.

Em que pese estar comprovada que a ciência ABA tem eficácia em pacientes que necessitam do tratamento, como nos casos das pessoas autistas, a ANS, até a data do julgamento, ainda não tinha incorporado o referido método no rol da saúde suplementar. Felizmente, em 23 de junho de 2022, a ANS aprovou uma normativa que amplia as regras de cobertura para tratamento de transtornos globais do desenvolvimento. A decisão incorporou a terapia ABA ao rol de tratamentos que precisam estar disponibilizados pelos planos de saúde para os usuários que necessitam da Análise Comportamental Aplicada (GOV.BR, 2022).

É um grande desafio para o Estado, o judiciário e a sociedade o processo de efetivação do direito à saúde, especialmente quando o próprio judiciário brasileiro julga um caso, como nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.889.704-SP, e ceifa o direito à saúde de um menor diagnosticado com Transtorno do Espectro Autista com a alegação de que ocorreria um desequilíbrio econômico de determinado contrato e que ocorreria um comprometimento no equilíbrio das prestações estabelecidas em cada plano de saúde. Infelizmente, o STJ retirou não apenas o direito dessa criança autista, mas retirou o direito à saúde de diversas pessoas que necessitam de tratamento e que não consta no rol dos procedimentos e eventos em saúde estabelecidas pela ANS. Logo, o direito fundamental está ceifado pelo poder judiciário.

É um absurdo a Segunda Seção formar maioria para retirar o direito à saúde que está garantido na Constituição de 1988. Para que haja uma igualdade de direitos, era essencial que todos os ministros do STJ considerassem exemplificativa a lista de procedimentos e eventos em saúde estabelecida pela ANS, principalmente para observar a norma mais benéfica ao indivíduo. Faltou por parte da maioria dos ministros do STJ uma interpretação *pro homine* em conjunto com o diálogo das fontes.

Canotilho (2008) faz uma crítica ideológica à Constituição portuguesa nos seguintes termos: “a carta constitucional de direitos sociais mais não é do que um conjunto de preceitos sem determinabilidade aplicativa, impositivos de políticas públicas, caracterizadas pela mistura de ‘keynesismo económico’ e de ‘humanitarismo socializante’”. Infelizmente, podemos falar o mesmo da nossa Constituição brasileira, apesar de a própria Constituição garantir a interpretação mais benéfica à pessoa vulnerável. Ainda, é possível perceber o quanto o STJ tem uma posição mais conservadora e não aplica e efetiva o direito à saúde à criança que precisa de um tratamento multidisciplinar.

O plano de saúde, no caso, a Unimed, adota estratégias de maximização de lucros, e no caso dos embargos de divergência, o STJ, com o final do julgamento, deixa claro que está de acordo com tal procedimento da operadora de saúde. Com a decisão dos Ministros do STJ, nota-se que "o direito tem servido, preponderantemente, muito mais para sonegar direitos do cidadão do que para salvaguardar o cidadão" (STRECK, 2014, p. 70).

Após o julgamento dos EREsp nº 1.889.704-SP, foi proposto um projeto de Lei nº 2033, de 2022, que criou a Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022. A referida lei modifica a Lei nº 9.656/1998, a qual discorre sobre os planos privados de assistência à saúde, para prescrever critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão contidos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Todos os Poderes têm o dever de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, o que não ocorreu no julgamento dos EREsp nº 1.889.704-SP pelo Poder Judiciário.

Em suma, o Estado brasileiro tem obrigação *erga omnes* de proteção ao ser humano e deve efetivar os direitos fundamentais, em especial o direito à saúde, o que não foi feito com a decisão dos Ministros do STJ ao informar que o rol da ANS era taxativo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo realizado, constata-se que o constitucionalismo possibilitou ao Poder Judiciário interpretar o texto constitucional. A hermenêutica jurídica é essencial na contemporaneidade e possibilita ao Poder Judiciário garantir os direitos às pessoas vulneráveis. Ocorre que o método de Alexy leva a uma discricionariedade. Logo, defende-se, na presente pesquisa, uma única interpretação que seja mais benéfica à parte mais vulnerável em um caso concreto, como no caso dos EREsp nº 1.889.704-SP.

O direito à saúde é um direito social disposto na Constituição de 1988 e precisa ser efetivado. O Poder público e terceiros, como no caso de operadoras de saúde, têm o dever de executar o direito à saúde a todas às pessoas. Infelizmente, foi visto que o Poder Judiciário, por meio da maioria dos ministros do STJ, no julgamento dos EREsp nº 1.889.704-SP, interpretou de forma restritiva o direito à saúde, gerando uma supressão do referido direito.

O princípio *pro homine* foi introduzido no Texto Constitucional com a Constituição de 1988 no artigo 4º, inciso II, uma vez que, onde se lê prevalência dos direitos humanos, deve-se ser lido como a norma mais favorável ao indivíduo. Ademais, em um mundo contemporâneo o diálogo das fontes deve ser aplicado, tendo-se em vista que a norma mais benéfica precisa ser aplicada em um julgamento por parte do Poder Judiciário. Quando as normas estiverem em

conflito, seja uma norma internacional ou constitucional, sejam normas constitucionais em conflito ou até mesmo uma norma constitucional e outra não, deve ser aplicada a norma mais benéfica ao indivíduo.

Observa-se que apesar de o Estado Democrático de Direito brasileiro ter reconhecido que o Estado, os Poderes Públicos e o legislador estão vinculados para proteger e garantir prestações existenciais, o Superior Tribunal de Justiça abraça uma posição cada vez mais conservadora como no caso do EREsp nº 1.8889.704/SP.

Os EREsp nº 1.8889.704/SP tem como partes o plano de saúde e, do outro lado, um menor impúbere (RDF) devidamente representado pela genitora RMD, diagnosticado com o Transtorno do Espectro Autista. O menor necessita de tratamento multidisciplinar pelo método da Análise Comportamental Aplicada (ABA) e solicita ao plano de saúde. Contudo, o plano nega o referido tratamento, com a alegação de que não tem profissional habilitado na própria rede que aplique o método ABA e que o referido tratamento não está inserido no rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Foi possível observar que ocorreu um retrocesso social por parte do Poder Judiciário em relação ao direito à saúde com a finalização do julgamento dos embargos de divergência, tendo-se em vista que os ministros mudaram de posicionamento, e a maioria do STJ firmou o entendimento de que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS é taxativo.

As autoras deste artigo defendem uma única hermenêutica a ser seguida na contemporaneidade, e defendem uma *interpretação pro homine* em conjunto com o diálogo das fontes, para que a norma mais benéfica ao indivíduo seja aplicada à parte mais vulnerável.

Com o julgamento dos EREsp nº 1.8889.704/SP, observa-se que existem diversas interpretações que são aplicadas pelos ministros do STJ. Consequentemente, a falta de uma única interpretação mais benéfica à parte mais vulnerável por parte do Poder Judiciário faz com que o direito à saúde não seja aplicado ao menor autista que necessita de tratamento multidisciplinar pelo método ABA. O referido método possibilita um tratamento digno à parte que necessita desse tratamento, pois visa eliminar comportamentos inadequados e potencializar comportamentos adequados. Logo, observa-se que a falta de uma única interpretação pelo Poder Judiciário suprime direitos como no caso dos embargos de divergência, tendo-se em vista que os ministros do STJ firmaram a tese de que o rol de procedimentos e eventos em saúde elaborado pela ANS é, em regra, taxativo.

Em suma, o constitucionalismo propiciou aos ministros do Superior Tribunal de Justiça, como no caso do julgamento dos EREsp nº 1.8889.704/SP, interpretarem o direito. Contudo, a tese firmada pela maioria dos ministros da Segunda Seção demostra a falta de

segurança jurídica no ordenamento brasileiro por não existir por parte do Poder Judiciário uma única interpretação que seja mais benéfica à parte mais vulnerável. Então, é essencial a aplicação de uma interpretação *pro homine* em conjunto com o diálogo das fontes pelos intérpretes brasileiros, para que ocorra um sentimento de justiça realizada no caso concreto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Trad.: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Constitucionalismo. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 23, n. 91, p. 5-62, jul.-set. 1986.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Constitucionalismo. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, 14, n. 53, p. 114-144, jan.-mar. 1977.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O começo da história. A nova intepretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: *Revista de Direito Administrativo*, [s.v.], [s.n.], p. 141-176, 2003.

BARROSO, Luiz Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: *Revista da EMERJ*, v. 4, n. 15, p. 11-47, 2021.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. In: *Revista de direito do consumidor*. São Paulo, Ed. RT, ano 27, v. 115, [s.n.], p. 21-40. jan.- fev. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da república federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 set. 2022.

BRASIL. *Lei n. 14.454*, de 21 de setembro de 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14454.htm. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. In: *Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.889.704-SP*. Embargante: UNIMED Campinas Cooperativa de Trabalho Médico. Embargado: RDF, representado por: RMD. Relator: Luis Felipe Salomão. Brasília. Julgamento em 8 de junho de 2022. Publicado em 3 de agosto de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=160387383&registro_numero=202002070605&peticao_numero=&publicacao_data=20220803&formato=PDF. Acesso em: 25 set. 2022.

BRASIL. Resolução Normativa ANS n. 539, de 23 de junho de 2022. Disponível em: https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=textoLei&format=raw&id=NDI1Ng==. Acesso em: 29 set. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociedade (Contributo para a reabilitação da força normativa da "constituição social"). In: *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, [s.v.], n. 22, [s.p.], fev. 2008.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte. *Mandamentos*, 2004. p. 25-44.

GOV.BR, Ministério da Saúde. 2022. ANS amplia regras de cobertura para tratamento de transtornos globais do desenvolvimento. Disponível em: https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/noticias/beneficiario/ans-altera-regras-de-cobertura-para-tratamento-de-transtornos-globais-do-desenvolvimento. Acesso em: 25 set. 2022.

MOREIRA, Nelson Camatta; PAULA, Rodrigo Francisco de. O constitucionalismo da falta no Brasil. In: *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, 17, n. 70, p. 93-105, out.- dez. 2017.

PINHON, Lilian Mara; SEVERINO, Fernanda Resende. A (des)necessidade de uma única interpretação a ser aplicada pelo STF em casos envolvendo a presunção de inocência. In: IV Encontro Virtual do CONPEDI, *Anais*, Florianópolis, p. 234-253, 2021.

PINHON, Lilian Mara; SEVERINO, Fernanda Resende. Breves considerações sobre os direitos das pessoas com o transtorno do espectro autista. *In*: V Encontro Virtual do CONPEDI, *Anais,* Florianópolis, p. 168-186, 2022.

SABIO, Thais Fernanda; SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Smart cities no âmbito do constitucionalismo contemporâneo brasileiro e a realização do desenvolvimento sustentável. *In*: IV Encontro Virtual do CONPEDI, *Anais,* Florianópolis, p. 24-40, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: MG. Letramento: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(em) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.