

ESTUDOS SOBRE DIREITO CIVIL

Márcia Santana Soares
Maria Izabel de Melo Oliveira dos Santos
Mychelle Borges
(Organizadoras)



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS – UNIGOIÁS
COORDENAÇÃO DE PÓS-GRADUAÇÃO
SUPERVISÃO DA ÁREA DE PESQUISA CIENTÍFICA**

Esta obra é fruto de trabalhos produzidos nas especializações em Direito Civil, Processo Civil e Direito do Consumidor, tendo como orientadoras dos trabalhos as professoras Márcia Santana Soares e Maria Izabel de Melo Oliveira dos Santos.

A UNIGOIÁS não se responsabiliza por visões ideológicas, questões gramaticais e de plágio caso contenha nos trabalhos publicados. Portanto, todo teor do conteúdo, bem como sua revisão linguística e autoral é de inteira responsabilidade de seus autores.

CONSELHO EDITORAL

Prof. Dr. Renato de Oliveira
Dering

Profa. Dra. Ludimila Stival
Cardoso

Profa. Dra. Debora de Abreu
Moreira dos Santos Martins

Prof. Dr. Guilherme Martins
Teixeira Borges

Ficha Catalográfica

E82 Estudos sobre o Direito Civil / Organizadores: Márcia Santana Soares; Maria Izabel de Melo Oliveira; Michelle Borges Pereira Pinto. Goiânia: Centro Universitário de Goiás UNIGOIÁS, 2023.

76 p.

ISBN 978-65-88701-06-5

1. Direito Civil . 2. Estudos . 3. Responsabilidade Civil.
I. Título.

CDU 347.1

Catálogo na Biblioteca do Centro Universitário de Goiás UNIGOIÁS

SUMÁRIO

O CRIME DE RACISMO NA RELAÇÃO DE CONSUMO: AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO GARANTIA DE DIREITO COLETIVO

Carmelene Megercio de Mello Oliveira

1-12

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: DIÁLOGO ENTRE O CDC E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Hugo Rocha Mendes

13-19

ANÁLISE DO ART. 2º DA RESOLUÇÃO 465/2021 DA ANS EM FACE DA (HIPER)VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NA SAÚDE SUPLEMENTAR

Lorena Marquete da Silva

20-34

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS TABELIÃES E DOS OFICIAIS DE REGISTRO

Ramiro Matusalém de Paulo

35-47

PLANO DE SAÚDE INDIVIDUAL: ABUSIVIDADE NO REAJUSTE ETÁRIO PARA USUÁRIOS IDOSOS

Ricardo Meirelles da Silva

48-56

RESPONSABILIDADE CIVIL EM MATÉRIA JORNALÍSTICA

Taís de Paula Santos

57-70

APRESENTAÇÃO

Os trabalhos que fazem parte desta coletânea foram frutos dos estudos dos profissionais que os assinam durante a pós-graduação no Centro Universitário de Goiás – UNIGOIÁS. Sabemos e valorizamos a importância da formação dos graduados e seu aprimoramento no âmbito profissional e esses são alguns dos objetivos dos cursos quais ofertamos em nossa instituição.

A pós-graduação é uma forma de dialogar saberes e propor que novos conhecimentos possam ser refletidos, debatidos e aplicados em nossa sociedade, almejando novas perspectivas de se pensar caminhos para a melhoria de nós, enquanto profissionais, mas das pessoas, em suas relações consigo, com o outro e com o mundo que nos move.

Por assim ser, esse e-book, que traz ensaios e estudos de casos, tem como objetivo principal a publicização de saberes que, ao serem disponibilizados, criam redes de conhecimentos para que possam ser ampliados e levados para novas e ainda mais profícuas formas de se pensar o social e, em destaque, o campo do Direito.

Convido vocês à leitura dessa obra e dialogarem com os profissionais que aqui se colocaram para pensar um mundo melhor.

Profa. M.a. Mychelle Borges
Coordenadora da Pós-Graduação

DAS ORGANIZADORAS

Márcia Santana Soares é advogada. Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (UFG) e doutoranda em Arte e Cultura Visual – pelo Programa de Pós-Graduação em Arte e Cultura Visual da mesma instituição. Atua como Professora adjunta na Universidade Federal de Goiás (UFG) e no Centro Universitário de Goiás (UNIGOIAS). Atua na graduação e pós-graduação, com orientações de trabalhos de finalização de curso e

Maria Izabel de Melo Oliveira dos Santos é graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Especialista em Direito Civil e Processo Civil. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Advogada atuante nas áreas cível e trabalhista. Sócia proprietária do escritório Marsura, Melo Alves & Fernandes Advogados Associados S/S. Coautora da obra "Manual de Direito Civil" pela editora Juspodivm. Professora de Direito Civil e Trabalho, atuando em graduação, pós graduação e preparatórios. Conselheira da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Goiás e Presidente da Comissão do Advogado Professor da OAB/GO (gestão 2019-2021).

Mychelle Borges Pereira Pinto é graduada em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-Goiás), onde também realizou seu Mestrado em Psicologia. Possui MBA em Gestão de Pessoas pela FGV e Coach pela Sociedade Brasileira de Coaching. Atualmente é professora universitária e coordenadora dos cursos de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Goiás - UNIGOIAS. Tem experiência direta em todos os subsistemas de gestão de pessoas, projetos organizacionais, psicologia clínica, organizacional, docência e gestão acadêmica universitária.

DOS AUTORES

Carmelene Mergio de Mello Oliveira é servidora pública aposentada. Possui bacharelado em Direito pela Universidade Salgado Oliveira - Campus Goiânia-GO e Pós-Graduação em Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito do Consumidor e em Ciências Criminais pelo Centro Universitário de Goiás - UNIGOIÁS.

Hugo Rocha Mendes é bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Goiás - UNIGOIÁS, instituição em que se especializou em Direito Civil, Processo Civil e Direito do Consumidor.

Lorena Marquete de Paulo é servidora pública, advogada e possui bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). É também Pós-graduanda em Direito Médico, Odontológico e da Saúde pela Escola Paulista de Direito - EPD.

Ramiro Matusalém de Paulo é advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Goiás - UNIGOIÁS, tendo especialização em Direito Civil, Processual Civil, Consumerista, Notarial e Registral pela mesma instituição.

Ricardo Meirelles da Silva é graduado em Direito pela UniCambury. Pós-graduado em Direito Civil, Processo Civil e Direito do Consumidor pelo Centro Universitário de Goiás - UNIGOIÁS. É advogado atuante nas áreas: cível, consumidor, trabalhista e criminal.

Taís de Paula Santos é bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Goiás - UNIGOIÁS, instituição em que se especializou em Direito Civil, Processo Civil e Direito do Consumidor.

O CRIME DE RACISMO NA RELAÇÃO DE CONSUMO: AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO GARANTIA DE DIREITO COLETIVO

Carmelene Megercio de Mello Oliveira

INTRODUÇÃO

A Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, ingressou com uma Ação Civil Pública, que pede indenização no valor de R\$200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) ao Supermercado Carrefour, Empresa Comercial de Alimentos Carrefour Ltda, por danos morais e coletivos pela morte de João Alberto Silveira Freitas, com idade de 40 anos, espancado até a morte, na quinta-feira, do dia 19/11/2020, véspera do dia da Consciência Negra, comemorado todo dia 20 do mês de novembro, gerando grande repercussão, comoção e revolta social, com manifestações por todo o Brasil. (Folha de S. Paulo – <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2020/11/homem-negro-morre-apos-ser-espancado-por-seguranças-do-carrefour-em-porto-alegre.shtml>; Correio Brasiliense - <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/11/4890130-homem-negro-e-espancado-e-morto-por-seguranca-e-pm-em-carrefour-de-porto-alegre.htm>).

Além do Supermercado Carrefour, a ação inclui a Empresa Vector Segurança Patrimonial, que é o responsável pela segurança da empresa, e que causou uma instabilidade emocional e psicológica principalmente a toda a sociedade gaúcha, brasileira e mundial, gerando descontrole, causando desequilíbrio, violação à paz e à tranquilidade, o que se observa pelas manifestações ocorridas.

A Ação Civil Pública proposta, não é em nome de familiares, uma vez que João Alberto (Beto), era consumidor e frequentava habitualmente o Supermercado Carrefour. O valor da indenização, na ação proposta deverá ser destinado a fundos de combate ao racismo e de defesa dos direitos do consumidor.

Diante da realidade e da recente preocupação doutrinária e legislativa com os interesses coletivos e difusos, temos enfrentados os mais diversos problemas processuais, especialmente no tocante às ações coletivas em matéria de proteção ao consumidor.

Diante desta situação real, a ação Civil Pública, é a ação Constitucional adequada para a instauração de processo civil, destinado a obtenção da proteção individual ou coletiva, frente a tutela jurisdicional.

Podemos entender que as desigualdades são premissas da dignidade da pessoa humana, onde somos desiguais em diferentes situações, no entanto, no Direito somos iguais.

METODOLOGIA

Neste trabalho, temos como referência principal, as pesquisas de caso concreto, diante das relações de consumo, onde face ao exposto, propusemo-nos, através de pesquisa bibliográfica, encontrar elementos que suportassem o desenvolvimento do tema numa perspectiva interdisciplinar, considerando, o direito do consumidor, a criminologia, os direitos e garantias fundamentais, o direito e a história, tendo a Ação Civil Pública como instrumento de garantia do direito coletivo.

O método utilizado para o presente estudo de caso foi o dedutivo. Portanto, a pesquisa dar-se-á pela pesquisa bibliográfica, pelas doutrinas, leis, jurisprudência e coleta de dados em base eletrônica de informações.

1 BREVE PANORAMA HISTÓRICO

Podemos encontrar na literatura, referente à nossa história e à formação, ou constituição de nosso povo, uma série de adjetivos sobre o Brasil e os brasileiros: um povo cordial, hospitaleiro, país do carnaval e do futebol, país multirracial, fruto da miscigenação e, portanto, uma democracia racial, dentre outros. Esse último conceito, criado e alimentado no imaginário popular, sobretudo a partir das primeiras décadas do século XX, construiu de forma distorcida uma imagem de convivência harmônica entre as pessoas, sem conflitos raciais, culminando assim, na ideia da inexistência do racismo nas relações sociais em nossa sociedade. (Revista Brasileira de Ciências Sociais - Vol. 14 - n. 39 - Combatendo O Racismo: Brasil, África do Sul e Estados Unidos-Antônio Sérgio Alfredo Guimarães).

Esse conceito, analisado numa perspectiva histórica e dialética, foi amplamente criticado a ponto de se concluir que o mesmo não passava de um mito, portanto, mito da democracia racial, que servira apenas como um instrumento de camuflagem da história do Brasil.

Assim, ao se negar a democracia racial, estabelecendo-a apenas como um mito, permite-se a afirmação da existência do racismo e de conflitos raciais e dessa forma, convida-nos a perceber a história do Brasil em sua totalidade. Nesse mesmo sentido, o

legislador, ao positivizar no texto constitucional que um dos princípios que regem a República Brasileira é o “*repúdio ao racismo*” (art. 4º, VIII) e considerar que “*a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei*” (art. 5º, XLII), apresenta elementos para se pensar e combater o racismo como um problema inerente à sociedade brasileira. Tomando como referência essa perspectiva, e considerando que racismo se refere a um conceito que expressa uma realidade bem ampla, orientamo-nos por tratar do racismo referente à cor, que constitui uma forma de discriminação e preconceito conforme implicitamente expressa a Carta Magna em seu artigo 3º, inciso IV que visa, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

Traçando por exemplo, a questão carcerária, persegue os negros há séculos. Em pesquisa de Holloway (1977, p. 50-52), há a informação de que, no início do Século XIX, quase metade da população era negra, porém, no âmbito da justiça criminal, 80% das pessoas submetidas a julgamento tinham como característica fenotípica a pele negra, geralmente acusadas de infrações penais como fugas, ofensas à ordem e furto de roupas e alimentos.

Atualmente, o cenário demonstra que 64% dos encarcerados são pessoas negras, evidenciando que a propaganda da igualdade racial é falaciosa e tem por perverso efeito maquiar com narrativas um racismo que se sedimenta há séculos. (DEPEN, 2021)

Ribeiro (1995, p. 120), dizia que a “mais terrível de nossas heranças é esta de levar sempre conosco a cicatriz de torturador impressa na alma e pronta para explodir na brutalidade racista e classista.”.

2 CRIME DE RACISMO OU INJÚRIA RACIAL

Uma das questões intensamente debatidas no meio jurídico é a distinção entre injúria racial e racismo. Afinal, onde uma começa e termina a outra? A esse respeito, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais manifestou que:

O crime de preconceito racial não se confunde com o crime de injúria, na medida em que este protege a honra subjetiva da pessoa, que é o sentimento próprio sobre os atributos físicos, morais e intelectuais de cada pessoa, e aquele é manifestação de um sentimento em relação a uma raça. (TJMG – Apelação Criminal nº 133.955/5, 2ª Vara Criminal).

Assim sendo, há a injúria racial quando as ofensas de conteúdo discriminatório são direcionadas a pessoa ou pessoas determinadas. Ex.: negro fedorento, baiano vagabundo, etc.

De outra forma, o crime de Racismo constante do artigo 20 da Lei nº 7.716/89, somente será aplicado quando as ofensas não tenham uma pessoa ou pessoas determinadas, e sim venham a menosprezar determinada raça, cor, etnia, religião ou origem, agredindo um número indeterminado de pessoas. Ex.: negar emprego a negros numa determinada empresa.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, entende que, “o que diferencia os crimes é o direcionamento da conduta, enquanto na injúria racial a ofensa é direcionada a um indivíduo específico, no crime de racismo, a ofensa é contra uma coletividade, por exemplo, toda uma raça, não há especificação do ofendido.” (<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edição-semanal/injuria-racial-x-racismo>).

3 O CABIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE GARANTIA DE DIREITO

Diante da recente preocupação doutrinária e legislativa com os interesses coletivos e difusos, temos enfrentado os variados problemas sociais, especialmente no tocante às Ações Coletivas em matéria de proteção do consumidor.

Em 19 de novembro de 2020, João Alberto Silveira Freitas, um homem negro de 40 anos, cliente do estabelecimento Carrefour, foi imobilizado, espancado e asfixiado até a morte, nas dependências do supermercado, por dois seguranças contratados pela multinacional francesa. Participaram das agressões trabalhadores contratados pela própria rede supermercadista.

Os dois agressores, foram presos em flagrante e responderão pelo delito, já estando com suas prisões preventivas decretadas.

O que se verifica é que o assassinato hediondo constitui o paroxismo a que chegou a autêntica escalada de violência perpetrada pela rede Carrefour. De fato, a rede de supermercados detém extensa folha corrida de atos de racismo, de violação dos direitos humanos, de violação de direitos trabalhistas, e de crueldade contra animais. Todos amplamente divulgados e de conhecimento público.

João Alberto e a esposa eram consumidores ativos do supermercado Carrefour, proporcionando lucros diretamente à empresa, além de estimular outras pessoas a fazê-lo. Desarmado, impossibilitado de resistir, João Alberto foi imobilizado, espancado e asfixiado até a morte, restando caracterizado, por conseguinte, que o falecimento foi

decorrência de uma sessão de tortura. Isso fica evidenciado pela sequência de agressões que não tinham isoladamente potencial de letalidade, mas que o alcançaram pela reiteração e, depois, pelo acréscimo da asfixia.

Segundo o delegado plantonista Leandro Bodoia, os agressores “chegaram a subir em cima do corpo dele, colocaram perna no pescoço ou no tórax”. Nas imagens do crime, chocantes e aterrorizadora, ouve-se o som dos socos, desferidos contra o rosto de João Alberto, e os gritos angustiados de um homem que agoniza. No chão, há sangue. Instantes antes de morrer, João Alberto gritou pedindo a ajuda da esposa, que viu o marido ser assassinado. (Processo 5105506-17.2020.8.21.0001, Evento 1, INIC1, Página 7).

Todos os relatos dos fatos, bem como as terríveis imagens do crime, foram amplamente divulgados pela mídia e tiveram grande repercussão, deslanchando grave onda de revolta e indignação em toda a sociedade brasileira, além de repercussão internacional.

Diante do caso concreto, a Ação Civil Pública é ação constitucional adequada para a instauração de processo civil, destinada à obtenção de tutela jurisdicional em defesa do patrimônio público de bens e direito de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, do meio ambiente, de ordem econômica, dos consumidores, da ordem urbanística, do patrimônio cultural, da honra e da dignidade humana, de grupos raciais, étnicos ou religiosos, e de qualquer outro direito difuso ou coletivo, mediante acionamento por parte dos legitimados previstos em lei nos termos do artigo 5º, da Lei Federal nº. 7.347/1985.

4 DA APLICABILIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA LEI N.º 8.078/90 - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Inicialmente, impende ressaltar que há, na espécie, inequívoca relação consumerista tutelada por esta ação coletiva, de tal sorte que se impõe a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90. Na espécie, trata-se de gravíssimo acidente de consumo ocorrido nas dependências do estabelecimento comercial das demandadas, caso exposto acima, o qual estava em pleno funcionamento no momento dos fatos.

A coletividade tutelada e a parte requerida se amoldam com perfeição, respectivamente, aos conceitos legais de consumidor e fornecedor, nos termos dos artigos 2º, caput e parágrafo único, 3º, 17 e 22, todos do Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, a relação estabelecida se enquadra na conceituação de relação de consumo, apresentando todos os aspectos necessários para a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, vez que esta legislação visa coibir infrações inequivocamente cometidas no caso em exame. Esse contexto conduz a uma inexplicável desigualdade material que clama pela incidência do *códex consumerista*.

No caso concreto, para além da proteção individual do consumidor e seus familiares, que sofreram danos no estabelecimento comercial, incide, também, a proteção do consumidor por equiparação, por meio da figura da chamada proteção bystander, prevista pela regra do artigo 17, uma vez que se trata de danos a consumidores diretos e terceiras vítimas do evento, *ad litteram*: “Artigo 17 do CDC: Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”.

No caso, o Direito Difuso foi violado, pois, o homicídio de homem negro por motivo fútil ou torpe viola a um só tempo, três sistemas de normas, todos eles considerados fundamentais no arcabouço principiológico e consagrado na Constituição Federal, a saber: as normas que protegem a dignidade da pessoa humana; as normas que protegem a vida; e as normas que protegem a população negra contra o racismo estrutural.

Assim, facilmente perceptível a aplicação do CDC - Código de Defesa do Consumidor, ao caso em exame.

4.1 DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Ressalta-se ainda, a lógica da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso em comento é a inversão do ônus probatório, o que na espécie decorre de lei, nos termos dos artigos 12, §3º e 14, §3º, do *códex consumerista*, regras que regem o sistema *ope legis*, onde fica dispensada a expressa menção judicial.

Não obstante, a necessidade de inversão do ônus probatório ainda é amparada pelo chamado sistema *ope judicis*, forte no artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, vejamos *in verbis*:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: (...)

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.

A inversão do ônus da prova, em favor do consumidor, está alicerçada na aplicação do princípio constitucional da isonomia, pois o consumidor, como parte reconhecidamente mais fraca e vulnerável na relação de consumo, CDC art. 4º, inciso I,

tem de ser tratado de forma diferente, a fim de que seja alcançada a igualdade real entre os partícipes da relação de consumo. O inciso comentado amolda-se perfeitamente ao princípio constitucional da isonomia, na medida em que trata desigualmente os desiguais, desigualdade essa reconhecida pela própria lei.

5 DA RESPONSABILIZAÇÃO EMPRESARIAL POR VIOLAÇÕES RACIAIS DE DIREITOS HUMANOS

De pronto, cumpre pontuar que, após os dramáticos eventos da Segunda Guerra Mundial, com o estabelecimento da Organização das Nações Unidas – ONU e a posterior Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, percebe-se que uma agenda antirracista ganhou destaque na comunidade internacional, colocando em xeque a cientificidade do conceito de raça e de superioridade racial branca e, conseqüentemente, sistemas nacionais estruturalmente discriminatórios.

No Brasil, cujo texto constitucional expressamente consagra o princípio do repúdio ao racismo em suas relações internacionais, nos termos do artigo 4º, inciso VIII, da Constituição Federal, e também eleva à objetivo constitucional republicano a promoção do bem de todos, sem preconceitos de raça e cor e quaisquer outras formas de discriminação, com fulcro no artigo 3º, inciso IV, é aderente à tal regime e a ciência desta condição, sendo fundamental para se compreender como suas relações institucionais e sociais internas devem se subordinar ao antirracismo.

Materialmente, o direito humano ao desenvolvimento demonstra a necessidade de uma afirmação não retórica dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados aos cidadãos, resguardando na prática os seus conteúdos básicos. Observa-se, assim, uma inspiração desta lógica nas regras e princípios que impõem uma atuação comprometida com a dignidade e o antirracismo por toda a coletividade, sendo determinante à atuação dos governos e autoridades públicas, mas também da sociedade civil e da iniciativa privada.

A Constituição de 1988, em seu artigo 170, estabelece as diretrizes da função social às empresas, a partir de um projeto sustentável de consolidação de ambientes empresariais adequados aos seus fundamentais e objetivos.

Na luta pela concretude dos direitos humanos e reconhecendo esta dramática realidade, a ONU, com a ratificação do Brasil, através da Declaração e Programa de Ação de Durban, firmada quando da III Conferência Mundial contra o Racismo, a

Discriminação Racial, a Xenofobia e a Intolerância Correlata, em seu item 215, dispôs aos seus signatários que adotassem medidas efetivas para erradicar o racismo institucional de empresas nacionais e transnacionais estabelecidas em seu território, nos seguintes termos:

215. Insta os Estados a adotarem medidas, incluindo medidas legislativas, quando apropriado, para assegurar que as corporações transnacionais e outras empresas estrangeiras operem dentro dos territórios nacionais respeitando os preceitos e práticas do não-racismo e da não-discriminação, e ainda incentiva o setor empresarial, incluindo corporações transnacionais e empresas estrangeiras, a colaborar com os sindicatos e outros setores pertinentes da sociedade civil a desenvolverem códigos de conduta voluntários para todas as empresas, destinados à prevenção, ao combate e à erradicação do racismo, discriminação racial, xenofobia e intolerância correlata. (Declaração e Programa de Ação - Adotada em 8 de setembro de 2001 em Durban, África do Sul).

Como visto, os principais instrumentos internacionais que dispõem sobre os direitos humanos destacam o princípio da dignidade da pessoa humana como valor essencial.

Nesse sentido, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, diz em seu artigo 1º: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.” Essa declaração foi adotada e proclamada pela Resolução nº 217, na III Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, tendo sido assinada pelo Brasil na mesma data.

Por conseguinte, a inobservância de tal arcabouço normativo enseja a responsabilização empresarial pelas violações raciais de direitos humanos que pratique, induza ou se omita. Assim, verifica-se que, tanto a legislação internacional quanto a legislação constitucional nacional conferem proteção fundamental à dignidade humana e à igualdade, pelo que resta claro que a raça e a cor não podem ensejar condutas discriminatórias, como a ocorrida no presente caso.

6 DO DEVER INDENIZATÓRIO E DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Em face do contexto fático e normativo, é evidente o direito da coletividade representada pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, de ser ressarcida pelos prejuízos materiais e extrapatrimoniais advindos do espancamento e morte de João Alberto, solidariamente por todos os corréus, por meio do sistema objetivo de responsabilidade civil. Desta feita, cabe analisar inicialmente os pressupostos normativos

que ensejam a presente demanda, de forma geral, salientando-se que as regras incidem de forma complementar, para cada corréu, na regulação do caso concreto.

A normativa que ampara a pretensão indenizatória de forma solidária e objetiva entre todos os envolvidos no evento danoso, possui amparo não apenas no Código de Defesa do Consumidor, mas também no Código Civil, por força do que estabelece o Diálogo das Fontes.

No que tange ao Código Civil, tutela o caso concreto o disposto nos artigos 931, 932 e 933. Já a fundamentação para a reparação encontra guarida também, nas disposições da Constituição Federal, Art. 5º, incisos V e X. Ainda no mesmo sentido, verifica-se as disposições do Código Civil em seus artigos 186, 187, 927 e 942 e parágrafo único. Além das disposições trazidas pela Constituição Federal e pelo Código Civil, tem-se especialmente as disposições contidas do CDC, que também regula a matéria em seus artigos 4º, 6º, 12 e 14.

Entrando nos meandros doutrinários do tema, salienta-se que, como se sabe, da prática do ato ilícito decorre a responsabilidade civil dos agentes causadores do dano, e esta significa o dever de reparar o prejuízo.

Conforme apregoa Cordeiro (2009, p. 283): “dano, em sentido jurídico, seria a supressão ou diminuição de uma situação favorável que estava protegida pelo Direito.”

Este conceito de dano, devido a sua abrangência, permite que se abarque tanto a hipótese de dano patrimonial como a de dano não patrimonial, posto que para a ocorrência de um dano não se exige uma perda pecuniária.

Dogmaticamente, a obrigação de reparar amparada pelos dispositivos supramencionados, os quais induzem a chamada responsabilidade objetiva, reclama a ocorrência coexistente de três pressupostos de ordem concreta, quais sejam, o dano, o evento e o nexo de causalidade entre eles, tendo em vista que não cabe analisar culpa, embora tal questão seja relevante na quantificação dos danos, como será oportunamente mencionado.

Com efeito, a tragédia sofrida pela vítima e sua família ganhou repercussão nacional e internacional, com publicações pelos principais veículos de comunicação do mundo, como The Washington Post (Estados Unidos), La Nación (Argentina), Le Monde (França), The Guardian e a TV BBC (Reino Unido), El País (Espanha), agência Deutsche Welle (Alemanha), entre outros.

A manchete do The Washington Post (2020), destacou "Morte de um homem negro após selvagem agressão revolta o Brasil" e afirmou que os brasileiros ainda lutam contra o racismo estrutural e tentam mudar o tratamento violento das forças de segurança contra os negros.

Ainda quanto à fixação do quantum indenizatório, importa assinalar que a indenização será revertida ao fundo destinado à reconstituição dos bens lesados, conforme dispõe o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/1985.

Além disso, a forte e prolongada repercussão dos fatos na mídia e na internet também é aspecto que deve ser considerado para a fixação do *valor*, em relação ao dano moral coletivo percebido.

A reparação tem ainda a finalidade de sancionar o ofensor do ato ilícito, devendo ser levado em consideração, para esse fim, o elevado poder econômico das empresas réis. Ademais, a indenização pelo dano moral coletivo tem a finalidade de punição pedagógica do infrator, ostentando igualmente um viés preventivo.

Esse é o sentido do Enunciado nº 379 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na IV Jornada de Direito Civil: "O art. 944, caput, do Código Civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil."

Ainda também, não se pode falar, portanto, na espécie, em vedação ao enriquecimento sem causa como parâmetro para limitar o valor da indenização em patamares irrisórios.

CONSIDERAÇÕES

Nessa ótica percebe-se que, a realidade histórico-social é negada pela cultura brasileira quando da afirmação do "mito da democracia racial", que aliena as pessoas e lança o olhar para uma realidade de convivência harmônica entre as raças.

Sendo assim, a dimensão, a ação consciente, e a política transformadora é neutralizada na medida em que se faz crer numa realidade sem conflitos e igual.

Analisamos os conceitos 'raça' e 'racismo' e concluímos que mesmo quando justificados e fundamentados em informações de cunho científico somadas à simples percepção sensorial baseadas em diferenças físicas, tais como a cor da pele, sempre estiverem vinculados a elementos de criação cultural, de conotação econômica, para justificar a dominação e exploração da força de trabalho.

Em suma, com a Carta Magna de 88 e de leis infraconstitucionais, a esfera legislativa oferece importante contribuição no processo brasileiro de combate ao racismo e à promoção da igualdade racial.

Nesse quadro de evolução legislativa no tratamento do racismo pudemos analisar a tipificação dos crimes de ‘injúria racial’ e de ‘racismo’, aquele visando tutelar o bem jurídico da honra subjetiva e a imagem da pessoa e este, tutelando a dignidade da pessoa humana, a igualdade substancial, proibindo comportamento degradante e de não-segregação; aquele, com ação penal privada, este, com ação civil pública incondicionada e por fim, aquele prescritível e afiançável e este, imprescritível e inafiançável.

O Poder Judiciário brasileiro já reconheceu que a proteção constitucional contra o dano moral não se refere unicamente ao indivíduo singularmente considerado. A proteção da honra alcança qualquer coletividade, sobretudo grupos identificáveis por meio de raça, etnia ou religião. Assim, o dano moral coletivo suscita reparação civil.

No que tange ao objeto do presente trabalho, importante frisar que a finalidade social da função jurisdicional e da Ação Civil, que é de pacificar com justiça, perde-se diante da fragmentação e pulverização dos conflitos. Na atual sociedade de massas, exige-se uma acrescida proteção, em nome da justiça social, daqueles interesses que aglutinam grandes conjuntos de cidadãos.

O principal objetivo do Processo Coletivo é justamente permitir que um sem-número de indivíduos seja beneficiado por uma decisão judicial sem que cada um tenha que percorrer, individualmente, o caminho do Judiciário para satisfazer suas pretensões.

Assim, a Ação Civil Pública serve à proteção de bens ao cidadão brasileiro. É a arma jurídica do Estado e de certas associações contra os causadores de danos públicos, sejam eles o próprio Estado ou um particular.

Não há dúvidas, portanto, em que pese a omissão doutrinária acerca do tema, de que a Ação Civil Pública possui natureza jurídica de verdadeira garantia fundamental, ou seja, de instrumento constitucional que assegura e promove os direitos fundamentais, igualmente constitucionais.

REFERENCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 16 abr. 2021.

CONNECTAS. **Empresas e direitos humanos**: parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar. Relatório final de John Ruggie – representante especial do secretário-geral. Disponível em: https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/connectas_principiosorientadoresruggie_mar20121.pdf.

CORDEIRO, A. Menezes – **Tratado de direito civil português**, vol. II, Direito das obrigações, tomo I, Almedina 2009.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias 2016**. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias1/noticias/infopenlevantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf. Acesso em 11 de junho de 2021.

HOLLOWAY, Thomas. **Polícia no Rio de Janeiro**: repressão e resistência numa cidade do século XIX. Rio de Janeiro: FGV, 1977, p. 50-52.

ONU. **Declaração e Programa de Ação de Durban (2001)**. Disponível em: <http://www.un.org/WCAR/durban.pdf>. Acesso em 20 de junho de 2021.

RAMOS, André de Carvalho. Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo. In **Revista de Direito do Consumidor**. N. 25. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 82.

RIBEIRO, DARCY. **O povo brasileiro**. A formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

TJMG – **Apelação Criminal nº 133.955/5**, 2ª Vara Criminal, rel. Des. Herculano Rodrigues, Jurisprudência Mineira, v. 146, p. 382-389. <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/a35c5x.pdf>. Acesso em: 30/06/2021.

VASCONCELOS, Gilbran Queiroz de. **Injúria racial**. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4187/Injuria-racial>. Acesso em 25 de junho de 2021.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Capitalismo histórico e civilização capitalista**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro. Contraponto, 2001.

A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: DIÁLOGO ENTRE O CDC E A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Hugo Rocha Mendes

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o respeito e a proteção da privacidade são bases ligadas diretamente à proteção da dignidade humana, bem como às relações de consumo nas sociedades democráticas, sendo considerados prioridades. Nas últimas décadas, fato é que passamos por uma enorme revolução tecnológica da informação, que nos proporciona, a criação de diversos dispositivos inteligentes, como a rede mundial de computadores e a internet.

Dessa maneira, a tecnologia digital, permite uma intensa troca de dados, para armazenamento e preservação, que contém dados valiosos e os constantes movimentos dos cidadãos, como nos casos de comprar online, pagamentos, endereços, câmeras que nos vigiam diariamente, etc.

Fato é que na sociedade moderna, o consumidor fica diariamente exposto a diversos riscos da utilização de seus dados de maneira indiscriminada.

Essa exposição diária e exacerbada contribui diretamente na ofensa aos direitos tragos pelo Código de Defesa do Consumidor, de tal modo que os limites entre as relações públicas privadas não são mais as mesmas, sequer existindo em alguns casos, cabendo nesse caso, a garantia aos interesses dos afetados.

Sendo aprovado para tal garantia, a Lei Geral de Proteção de Dados, intimamente ligada com o Direito do Consumidor, buscando a garantir a privacidade dos dados pessoais, permitindo também um maior controle sob a ótica consumerista.

Para este estudo, destacam-se os pilares da Lei em Geral, e o Direito do Consumidor como sendo o principal meio imediato para a proteção dos cidadãos digitais.

METODOLOGIA

Foi observado com a revisão de literaturas diversas que a constante troca de dados acarreta em danos que em alguns casos podem se tornar irreversíveis aos cidadãos, sendo imprescindível contextualizar o leitor de forma sucinta e sem a presunção de se esgotar o determinado assunto, as determinadas transformações e como às disposições contidas na Lei de

Proteção de Dados, e no Código de Defesa do consumidor podem impactar diretamente as relações consumeristas, e a vida cotidiana dos cidadãos. Dessa forma, valeu-se do método indutivo e a pesquisa é bibliográfica, qualitativa, com respaldo em doutrinadores renomados como Danilo Doneda, Bruno Miragem, bem como legislação e jurisprudência.

1 A PRIVACIDADE E SUA TRANSFORMAÇÃO NA ERA MODERNA

Ressalta-se que a privacidade na era moderna leva em conta o processamento massivo de dados e informações, refletindo uma mudança no olhar da tutela quanto a sua adaptação. Para Doneda (2006, p.141) “não basta pensar na privacidade, nos moldes de um direito subjetivo, a ser tutelado conforme as conveniências individuais”. Desta forma, se faz uma associação entre o conforto e a comodidade observando as conveniências pessoais.

Tais avanços, porém, podem interferir diretamente ao direito da privacidade individual, com os repentinos avanços ocorrendo, assim, uma modificação na capacidade da coleta de dados, sendo necessário não só um controle por parte dos usuários, mas determinado conhecimento dos costumes, interesses e gostos, pois quanto maior é a extensão da rede, maior é a possibilidade de conexões entre os bancos de dados (Limberger, 2016 p.58).

Fato é que atualmente ocorre uma demasiada exibição das pessoas nas redes sociais, que estão cada vez mais conectadas à internet. Sendo disponibilizadas nessas ocasiões as mais diversas informações, contendo opiniões próprias, imagens e potencialmente dados pessoais fornecidos, intensificando também a propagação contínua de comunicação, podendo tais serem difundidas por todo o mundo.

Assim, o que acontece na internet impacta diretamente na autonomia, na liberdade de agir e na liberdade de decisão das pessoas, tanto nas comunicações que ocorrem através das redes, ou nas comunicações cotidianas que são realizadas momentaneamente, nessa ocasião é gerada diretamente com a violação da privacidade dos cidadãos, as ofensas aos seus direitos pessoais. Nessa sociedade de intenso consumo, a intimidade se transforma, em uma mercadoria, sendo uma moeda constante de troca, em que muitos estão dispostos a pagar para publicizá-la.

Desse modo, fica exposto que a informação é um dos bens mais importantes na sociedade moderna, sendo a proteção de dados e da privacidade na internet, diretamente relacionada com a proteção dos dados pessoais dos cidadãos consumidores, necessitando assim de um amparo efetivo, que é relacionado diretamente com o Código de Defesa do Consumidor.

Observa-se, portanto, que vivemos em um mundo de dados e o que pensamos, fazemos, deixamos de adquirir, foi transformado em um produto de inegável poder financeiro, em que de uma forma objetiva, interpreta os usuários, antes mesmo que seja manifestada, em que no século XXI, os dados serão a base do mundo moderno, sendo o ativo mais importante, e a política se baseará em controlar o enorme fluxo. (MIRAGEM, 2013, p. 107).

2 A PROTEÇÃO DE DADOS

No mundo digital em que vivemos, nossas informações mais íntimas, não raro, são encontradas disponíveis e acessíveis em rede, ocorrendo por vazamentos, ou distribuições indevidas de formas lesivas e desrespeitosa, podendo comprometer gravemente os variados interesses e preceitos humanos.

De um lado, agentes ou empresas que devem tratar de forma adequada os diversos dados que são transmitidos diariamente pela rede de computadores, podendo fazer múltiplas interpretações com os referidos dados, de outro, o cidadão, titular de seu direito pessoal, que é colocado ante o amplo espectro de interpretações, sentindo-se carente nesse sentido.

Fato é que dados individuais são direitos personalíssimos, que fazem parte da dignidade de seu titular, devendo ter acesso apenas a parte envolvida, ou em casos excepcionais outros indivíduos. Porém, deve ser conhecido que tal tema é de alta relevância em termos societários, devendo tais temas serem resguardados para que não haja vazamentos indevidos. (MIRAGEM, 2013, p. 303)

Assim, a proteção de dados pessoais não pode se delimitar dentro do campo do direito à privacidade, coexistindo, dessa forma, ambos em conjunto, tanto a proteção de dados, como o direito à privacidade, para que se consiga realizar a efetiva proteção, estabelecendo uma importante série de iniciativas que buscam uma garantia de direitos para aqueles que possam vir a serem atingidos.

Sendo assim, destaca que a intimidade e os dados, devem ser acolhidos, de modo a se fazer necessária a importância e a compreensão que os dados pessoais são parte inerente à personalidade, e devendo serem respeitados de maneira a impedir frustrações ou disseminação de arquivos.

A partir do momento que empresas passam a utilizar informações de consumidores para individualizá-los, e para posteriormente serem classificados, há uma ruptura entre esse

equilíbrio que deve ser observado, percebendo dessa forma, a necessidade de se proteger esses dados.

Com o intuito de garantir tais direitos foram disponibilizadas diversas plataformas ao consumidor, para que esse possa buscar suas garantias contra os diversos danos que os vazamentos de dados possam ocasionar, como no caso dos auxílios realizados pelos Procons todo País, e também como medidas mais urgentes o acionamento do Poder Judiciário, se baseando no Código de Defesa do Consumidor.

3 A PROTEÇÃO DE DADOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Em nosso país, a proteção de dados pessoais desenvolveu-se de forma mais efetiva com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), com o eminente crescimento de empresas de informações comerciais que diariamente colhiam dados de seus consumidores.

Na época, de sua entrada em vigor, surgiu uma maior necessidade de as empresas adotarem medidas preventivas, para que se preparassem de uma maneira mais sólida, e minimizar as reclamações de questões que viriam a ser tragas nele, o que de fato, não ocorreu.

O Código do Consumidor estabelece uma série de garantias para o consumidor, em relação às suas informações pessoais constantes nos arquivos de consumo, podendo esses fazer o uso de seus diplomas legais buscando a solução efetiva dos danos que podem ser causados.

Essa série de disposições, trazem o foco de preocupação do legislador, em buscar uma relação de equilíbrio nas relações consumeristas por meio de imposição de limites ao uso constante de informações que são disponibilizadas por parte do consumidor. Sendo dessa forma, necessário esse controle, pois existem evidentes interesses de ambas as partes.

Conforme explicado por Doneda (2006, p.388) o interesse do fornecedor está diretamente ligado com a relação de consumo e que a mesma seja aprimorada, para que suas técnicas comerciais se apurem, e incrementem suas atividades, enquanto que para o consumidor, se ressalta o estabelecimento de limites, para que não seja perdido sua ampla liberdade de escolha, e não fosse discriminada a sua condição de consumidor.

Pensando diretamente nessa proteção de dados, tem-se como exemplo utilizado em nosso País o registro de dados negativos de consumidores, que não poderá ser mantido por mais de 5 anos (Súmula 359 STJ), sendo necessário ainda para que essa inserção seja feita, a sua devida

comunicação, e a informação de que seus dados serão repassados para um órgão de proteção ao crédito. Caso não seja realizada tal comunicação, o consumidor poderá vir a ser indenizado.

Nessa senda, para Doneda, é possível o reconhecimento de direitos consumeiristas e de alguns princípios que estão intrinsecamente ligados com a proteção dos cidadãos, mesmo que tais estejam em forma resumidas, encontram-se inseridos no contexto das relações, fornecendo assim parâmetros interpretativos para outras situações.

As disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor repercutem positivamente, para que uma tutela efetiva de proteção dos dados dos consumidores seja alcançada, frente aos avanços tecnológicos que ocorreram, protegendo, assim, as relações de consumo.

4 LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E SUA RELAÇÃO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Em 14 de agosto de 2018 foi publicada a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), inspirada diretamente no Regulamento Europeu, representando um marco legislativo para nosso ordenamento jurídico, que não possuía normas específicas para o consumidor buscar a tutela de direitos, quando ocorressem violações diretas a seus princípios protetivos.

O rompimento econômico e alterações quanto à paradigmas de fluxo e de riquezas, foi criada a referida lei, como um marco para que se traga certa igualdade nas relações econômicas que são realizadas.

O objetivo principal da referida lei é promover garantias para os cidadãos no tocante à proteção de dados, fornecendo bases para o desenvolvimento da economia e da informação, sendo estruturada em cinco eixos, basilares:

- I) Unidade e generalização da lei,
- II) Legitimidade para o tratamento dos dados,
- III) Princípios e Direitos dos titulares,
- IV) Obrigações dos agentes nos tratamentos de dados e
- V) responsabilização dos agentes (Mendes; Doneda, 2011,p.103).

Estabelece medidas técnicas e administrativas, podendo ser observadas nos princípios acima delimitados que deverão ser tomadas para que haja a devida proteção e punibilidade nos casos previstos de vazamentos ou ocorrência de incidentes, podendo as empresas incorrer nos danos que forem diretamente causados, e serem responsabilizadas, conforme as disposições legais apresentadas e com harmonia em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Os princípios e as regras constantes na LGPD são postos de maneira a garantir a devida privacidade e proteção, nas sociedades de informação, auxiliando dessa forma o tratamento dos consumidores, ditando regras e garantindo que seja feita de forma adequada a proteção, proporcionando um maior controle por parte dos titulares e das empresas e mecanismos que armazenam tais informações.

CONCLUSÃO

Do exposto, verifica-se que a proteção dos dados é imprescindível no exercício das relações de consumo da sociedade atual.

A partir do momento em que determinadas empresas ou fornecedoras passam a utilizar dados e informações dos consumidores, classificando-os, e os semeando nas redes de computadores, há uma ruptura direta entre as partes consumidor e fornecedor, impactando diretamente nos direitos da personalidade.

Não obstante, foi destacado o potencial lesivo da prática de disseminação de dados digitais, sem permissão por parte dos indivíduos, gerando uma violação direta quanto aos direitos dos consumidores, se intensificando e tornando o problema ainda mais sensível quando tais vazamentos atingem a esfera pessoal dos indivíduos.

Nesse sentido, percebe-se a necessidade de proteção, e de identificação de tais atos que violam diretamente os indivíduos, e no que toca o objeto central desse estudo, ou seja, quanto à proteção dos dados pessoais, em frente à tutela protegida pelo Direito do Consumidor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.html. Acesso em: 06 de julho de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 06 de julho de 2021.

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 103, jul./dez. 2011.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LIMBERGER, Têmis. **Cibertransparência informação pública em rede:** a virtualidade e suas repercussões na realidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ANÁLISE DO ART. 2º DA RESOLUÇÃO 465/2021 DA ANS EM FACE DA (HIPER)VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NA SAÚDE SUPLEMENTAR

Lorena Marquete da Silva

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 196, estabelece 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 e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Não obstante, a conhecida deficiência na prestação desse serviço por parte do Estado tem ensejado um aumento gradativo na quantidade de consumidores da saúde suplementar viabilizando aumentos recordes no lucro das operadoras de planos de saúde, conforme Gomes (2021) à medida que a não se verifica melhoria na qualidade do serviço prestado (PROCON, 2020).

Na contramão desse crescimento, nota-se um enfraquecimento na regulação do setor e um agravamento da condição de vulnerabilidade dos consumidores. Várias são as medidas de mitigação dos direitos dos beneficiários, desde a contestável proposta de nova lei para os planos de saúde - PL nº 7419/2006 - até o desajustado posicionamento da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - vide art. 2º da Resolução 465/2021 - acerca da cobertura obrigatória de Procedimentos e Eventos em Saúde. A manifestação da ANS, como veremos, vai de encontro ao Sistema de Proteção do Consumidor, bem como, desconsidera a construção jurídica da proteção à dignidade humana na esfera da saúde. Nesse sentido, pretende-se analisar o descompasso do art. 2º da Resolução 465/2021 em face da (hiper)vulnerabilidade do consumidor da saúde suplementar.

METODOLOGIA

A metodologia utilizada na pesquisa será descritiva contemplando a análise de documentos como leis e doutrinas. O trabalho foi desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, com respaldo em doutrinadores renomados como Débora Diniz, André Carvalho Ramos e Cláudia Lima Marques, jurisprudencial e legislativa. O método empregado é o dedutivo haja à vista que parte de uma premissa ampla seguindo para proposições menores relacionadas à abordagem do tema.

1 PROTEÇÃO JURÍDICA NA SAÚDE

A construção da proteção jurídica no âmbito da saúde se relaciona com a consolidação dos Direitos Humanos e com a teorização da Bioética. Essa construção, como a de qualquer outro direito, não se deu de forma pacífica, pelo contrário, revelou um processo histórico de luta contra a repressão e busca pela valorização do ser humano e promoção dos valores de justiça, igualdade e liberdade.

21

1.1 A CONSOLIDAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos são direitos considerados indispensáveis à vida com dignidade. Eles “representam valores essenciais, que são explicitamente ou implicitamente retratados nas Constituições ou nos tratados internacionais. (RAMOS, 2020). Distinguem-se dos demais direitos por serem essenciais, universais e por sua posição de superioridade em comparação com outras normas. As declarações de direitos decorrentes das revoluções liberais, tais como, como a “Petition of Right”, de 1628 e o “Bill of Rights”, de 1689, marcam a primeira indicação expressa de Direitos do Homem. Elas sinalizam a busca da proteção de direitos individuais em reação aos estados autoritários. A internacionalização dos direitos humanos, contudo, só acontece com a Declaração Universal Direitos Humanos, um verdadeiro acordo com vistas ao estabelecimento de um costume internacional de proteção à dignidade.

A elaboração desse rol de direitos essenciais foi didaticamente dividida em gerações:

A teoria das gerações dos direitos humanos foi lançada pelo jurista francês de origem checa, Karel Vasak, que, em Conferência proferida no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo (França), no ano de 1979, classificou os direitos humanos em três gerações, cada uma com características próprias. (...) Cada geração foi associada, na Conferência proferida por Vasak, a um dos componentes do dístico da Revolução Francesa: “liberté, égalité et fraternité” (liberdade, igualdade e fraternidade).

Os primeiros direitos conquistados promoviam a liberdade do indivíduo ao traçar uma limitação à atuação do Estado, garantiam, basicamente, direitos civis e políticos. A grave crise social após a Revolução Industrial e o surgimento da teoria política socialista faz emergir, no plano do constitucionalismo, a percepção da necessidade de promoção da igualdade material. A mera abstenção do estado não foi suficiente para ensejar uma

alteração relevante quanto à proteção da dignidade de pessoas em condição de desvantagens sociais.

O Manifesto Comunista propõe uma forma de governo na qual a cada indivíduo é exigido e dado na medida das suas possibilidades. A constatação de que os direitos negativos não foram suficientes para a mutação da realidade fática de desigualdade social inaugura o ideal principal dos direitos de segunda geração. Esses direitos têm o condão de exigir prestações positivas de promoção de direitos sociais por parte do Estado que passa a atuar de forma ativa e não apenas na fiscalização de direitos. Os direitos de terceira geração tiram o foco do indivíduo de forma isolada e protege direitos relacionados a patrimônios comuns da humanidade. Contemporaneamente, considera-se a existência de direitos humanos de quarta ou até quinta geração.

Embora seja reconhecida a não exaustividade dos direitos humanos a adoção expressa dos direitos considerados essenciais por parte de um país é estabelecida pela Constituição. A Carta Magna de 1988 – resguardada a polêmica da nomenclatura – elencou expressamente os direitos humanos adotados pelo Brasil por meio da enumeração dos direitos fundamentais. A posição de destaque dos direitos humanos na Constituição de 1988 corrobora para que o princípio da dignidade da pessoa humana seja levado à condição de fundamento do Estado Democrático Brasileiro.

1.2 A BIOÉTICA

O século XX, conhecido como “século de ouro” das pesquisas em biotecnologia, proporcionou o aprimoramento de muitos procedimentos científicos. A par da evolução na ciência, o oncologista e pesquisador Van Rensselaer Potter destacou uma preocupação: “nem tudo o que é cientificamente possível é eticamente aceitável” (JUNQUEIRA 2002). Assegurou que a existência de uma ética aplicada seria o único caminho para sobrevivência da espécie humana e que, para tal, seria imprescindível não o conhecimento técnico, mas, o respeito aos valores humanos (DINIZ, DIRCE 2002). O início da consolidação de Direitos Humanos universais não foi suficiente para evitar ocorrências de atentados à dignidade da área da pesquisa em saúde.

A ausência de um código que estabelecesse uma abordagem moral e limites às pesquisas com seres humanos permitiu a realização de experimentos altamente questionáveis e grave desrespeito à autonomia e dignidade humanas. Nos Estados Unidos da América (EUA), em 1963, no Hospital Israelita de Doenças Crônicas, localizado em

Nova Iorque (NY), células cancerosas vivas foram injetadas em pacientes idosos. No período de 1950 a 1970, no Hospital Willowbrook, também em NY, vírus da hepatite foram injetados em crianças com deficiência. E, num estudo que durou de 1930 a 1972 400 (estudo Tuskegee), negros sífilíticos foram deixados sem tratamento, mesmo após o surgimento de medicação específica (SOUZA, LEMÔNICA 2003).

Os anos de 1960 foram a era da conquista de direitos civis, o que fortaleceu o surgimento de movimento sociais organizados como o feminismo, movimento hippie e movimento negro, movimentos de discussão das minoridades e respeito ao pluralismo moral. Nesse cenário, os experimentos realizados com pacientes reconhecidamente vulneráveis causaram uma verdadeira comoção social deixando em notoriedade a necessidade de discussão de critérios éticos e jurídicos à aplicação da biotecnologia e da ciência como um todo, posto que, o avanço tecnológico não pode permitir a violação de direitos fundamentais.

Assim, em uma espécie de resposta social e política à aplicação utilitarista do conhecimento científico, em 1978 é elaborado o Relatório de Belmont com a finalidade de estabelecer princípios éticos básicos para a proteção da dignidade em pesquisas com seres humanos e tratamentos médicos – a chamada Bioética. Inicialmente, foram indicados como norteadores da Bioética os princípios da autonomia, da beneficência e da justiça. O relatório é, ainda hoje, a base da teoria Bioética mais conhecida - a Teoria Principlista de Beauchamp e Childress. Esses autores aprofundam os princípios estabelecidos por Belmont indicando que também deve ser um princípio norteador da atuação em saúde a não-maleficência.

A proposta da bioética é criação de diretrizes capazes de associar a biologia, em sentido amplo, com o bem-estar do ser humano:

No entanto, a estrutura de pensamento que suporta a bioética, um discurso que visa garantir os interesses de grupos e indivíduos socialmente vulneráveis, aqueles imersos em quadros de hierarquia social e os impedem de agir livremente, é algo absolutamente novo no campo da teoria moral aplicada.

Surge como mecanismo de proteção e acolhimento da vulnerabilidade humana estabelecendo parâmetros éticos para disciplinas importantes como engenharia genética, reprodução humana, transplantes e tantos outros temas importantes.

No prisma da relação jurídica, permite que o indivíduo possa exercer a tomada de decisão apoiada conhecendo de forma transparente dos riscos e benefícios do tratamento,

podendo negar o consentimento - se for o caso. Ela tem como foco central a harmonização de interesses e redução da verticalização das relações jurídicas em saúde.

A aplicação dos princípios bioéticos permite a diminuição das desigualdades decorrentes da falta de acesso a conhecimento técnico, promove transparência na comunicação e permite o empoderamento e respeito à autonomia do paciente. Objetiva, por fim, traçar uma principiologia com vistas a resolver dilemas éticos de forma mais assertada e promover a valorização da dignidade humana.

Em outubro de 2005, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) adotou, por aclamação, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos. O Brasil participou ativamente da discussão juntamente com mais de 190 países e pela primeira vez, expressamente, se comprometeu perante a comunidade internacional a respeitar e aplicar os princípios Bioéticos.

1.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

De modo geral, os Direitos Fundamentais podem ser conceituados como direitos humanos expressamente resguardados pela ordem constitucional. Os direitos e valores adotados por um país podem sofrer variação a considerar cultura e o momento histórico do seu povo. Em que pese o surgimento desses direitos terem como objetivo principal a limitação dos arbítrios do Estado em face do particular, atualmente, a doutrina reconhece de forma pacífica a verticalidade dos Direitos Fundamentais. É dizer: são aplicáveis a todos, tanto às relações de direito público como aos particulares. Marcelo Novelino esclarece que a doutrina tem utilizado a expressão “eficácia diagonal” para designar a aplicação dos direitos fundamentais àquelas relações contratuais entre particulares nas quais há um desequilíbrio fático e/ou jurídico entre as partes envolvidas, tais como as relações trabalhistas e as consumeristas (NOVELINO, 2016).

Muito embora os direitos fundamentais não sejam absolutos, eles são considerados prioritários à medida que apenas podem sofrer limitação nos casos de interesse público ou pela aplicação de outro direito fundamental igualmente garantido pelo ordenamento constitucional. A doutrina estabelece que não cabe injustificada restrição aos direitos já adquiridos, sob pena de retrocesso humanitário, e que uma restrição não pode ferir o mínimo existencial.

Considerando o cabimento de restrição à direito fundamental, doutrinariamente, verificamos requisitos para que a limitação seja válida: precisa ter fundamentação

constitucional e a limitação não pode ser realizada por meio de uma regra infraconstitucional em razão da supremacia da constituição e da aplicação dos princípios como mandados de otimização (NOVELINO, 2016). Sendo realizada por princípio constitucional – única possibilidade de limitação legítima - ele precisa tutelar igualmente um direito fundamental. Qualquer limitação fora desse parâmetro seria considerada uma violação à direito fundamental, portanto sem legitimidade.

Os direitos humanos precisam ser aplicados de modo a ensejar o maior proveito possível ao seu titular e promover a dignidade em maior nível. O ser humano precisa ser o objeto central na interpretação e aplicação desses princípios. O critério da interpretação “pro homine” exige que a leitura dos direitos humanos seja sempre aquela mais favorável ao indivíduo. Grosso modo, a interpretação pro homine implica reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos e a exigência de adoção da interpretação que dê posição mais favorável ao indivíduo (RAMOS 2020).

A Constituição de 1988 é conhecida pela ampliação da cobertura de riscos sociais e compromisso com o bem-estar social. Na chamada Constituição Cidadã os direitos fundamentais foram organizados em categorias a saber: a) direitos e deveres individuais e coletivos; b) direitos sociais; c) direitos de nacionalidade; d) direitos políticos; e e) partidos políticos.

O direito à saúde é um direito fundamental de segunda geração, portanto, um direito social. Insere-se no contexto de busca pela redução das desigualdades sociais e promoção do bem-estar biopsíquico do indivíduo.

1.3.1 Direito à Saúde

O direito à saúde é um direito social decorrente do direito à vida. A Organização Mundial de Saúde (OMS) define saúde como a situação de perfeito bem-estar físico, mental e social. O conceito envolve não apenas a prevenção e tratamento a doenças, mas também, a preocupação com a qualidade de vida e a dignidade como um todo. A proteção da saúde pode ser considerada de forma individual, visando o acesso à tratamentos médicos, por exemplo, como coletivo quando envolve medidas de saneamento, vacinação etc.

O poder público é o responsável pela promoção do direito à saúde mediante políticas públicas. A Constituição cria o Sistema Único de Saúde (SUS) com o objetivo de dar ao cidadão acesso universal e igualitário aos serviços de saúde visando a sua

promoção, prevenção e recuperação. Para isso, realiza repartição de competências entre os entes federativos para prestação de serviços diretamente pelo Estado por meio de uma rede regionalizada e hierarquizada. Sem prejuízo das ações do poder público, a Carta Magna instituiu um sistema misto que possibilita a prestação de serviços em saúde por meio de pessoas jurídicas de direito privado – a chamada saúde suplementar – cabendo ao Estado a sua regulamentação, fiscalização e controle.

Embora em sua origem normativa os planos de saúde tenham recebido tratamento similar aos contratos de seguro, com o crescimento do segmento verificou-se a necessidade de regulamentação específica. O grande marco legal da saúde suplementar se deu pela Lei nº 9656/98. Ela se destina à regulação de seguros e planos de saúde, fornecidos por pessoa jurídica de direito privado, bem como, por cooperativas ou administradoras por autogestão. A lei dispõe de diversas questões como cobertura mínima, carência, registro de operadoras, suspensão ou rescisão do contrato, descredenciamento dentre outras.

Dentre tantas implementações relevantes merece destaque o surgimento da segmentação dos planos de saúde em ambulatorial, hospitalar com ou sem obstetrícia e o odontológico. É chamado de plano-referência aquele que estabelece a “cobertura de todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), excetuadas as situações listadas nos incisos do artigo 10 da Lei dos Planos de Saúde.

2 CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE E O MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

O Direito do Consumidor é um microssistema multidisciplinar que estabelece normas principiológicas de ordem pública e interesse social para a proteção do consumidor em face da sua posição de vulnerabilidade. Dizer que são normas de ordem pública implica que as partes não poderão afastar os direitos previstos pela norma consumerista podendo, inclusive, ser reconhecidos de ofício pelo judiciário. Nesse microssistema, há a mitigação da autonomia da vontade – princípio muito presente no Direito Civil – com o fito de ensejar reequilíbrio à relação de consumo.

O sistema de Proteção do Consumidor é considerado um polissistema ao passo que se utiliza de disciplinas de Direito Constitucional, Civil, Administrativo dentre outros. Essa interconexão é reflexo do sistema jurídico atual em que a visualização das disciplinas

normativas de forma isolada não mais atende à complexidade fática dos dilemas jurídicos da modernidade. Enquanto num sistema clássico de interpretação os critérios hierárquicos, cronológico ou de especialidade afastam a aplicação de uma norma o chamado “diálogo das fontes” estabelece que a interpretação da norma deve ser realizada de forma sistemática de modo a ensejar a maior aplicação possível das disposições normativas a um caso concreto. Esse diálogo adotado pelo CDC, artigo 7º, é responsável pela humanização das relações jurídicas, pois utiliza um sistema de valores, para ter em conta em sua coordenação ou para restaurar a coerência abalada pelo conflito de leis, o ponto de vista concreto e material das fontes em ‘colisão’ (MARQUES, 2012).

Segundo Claudia Lima Marques a "doutrina atualizada, porém, está à procura da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema) e não da exclusão (MARQUES, 2009). O diálogo das fontes assevera que o sistema jurídico é uno de modo que as normas jurídicas devem ser aplicadas de forma sistemática e coordenada constituindo um verdadeiro diálogos entre disciplinas civilistas, públicas, internacionais conforme a realizada fática do problema jurídico. Um clássico exemplo de diálogo das fontes é a aplicação simultânea do Código de Defesa do Consumidor - Lei 8078/1990 - com os contratos de planos e seguros de assistência à saúde disciplinados pela Lei n. 9.656/1998 confirmado pela Súmula 608 do STJ.

Os contratos de planos de saúde enquanto submetidos ao CDC se amoldam à definição de relação de consumo que é a relação jurídica estabelecida entre consumidor e fornecedor para prestação de serviço de assistência à saúde. Fornecedor é a pessoa física ou jurídica que participa do ciclo produtivo-distributivo para a produção ou comercialização de produto ou serviço. Consumidor é pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza o produto ou serviço como destinatário final. A definição de consumidor envolve a presunção de vulnerabilidade, bem como, a destinação não profissional do produto ou serviço.

O grande fundamento de existência da Política Nacional de Defesa do Consumidor e elemento definidor da relação de consumo é o princípio geral da vulnerabilidade. Esse princípio parte da premissa de que, tratando-se de relação de consumo, não há que se falar em igualdade de condições: o fornecedor detém o monopólio dos meios de produção e dita a maior parte – senão todas – as regras daquela relação jurídica. Isto posto, faz-se necessária a intervenção por meio da discriminação positiva realizada pelo CDC. Assim, a presunção de vulnerabilidade do consumidor pessoa física é absoluta dispensando-se

qualquer elaboração probatória quanto ao desequilíbrio existente entre fornecedor e consumidor.

O objeto do contrato de consumo na saúde suplementar é o Plano Privado de Assistência à Saúde. Os contratos de planos de saúde são contratos de adesão de trato sucessivo. A operadora de saúde enquanto detentora da faculdade de estipular as regras de contratação elabora modelos padrão de contratação. Nos modelos - os contratos de adesão - não se verifica a liberdade de estipulação das cláusulas contratuais sendo que as regras são estabelecidas pelo fornecedor. Claudia Lima Marques define assim os contratos de adesão:

Cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito. O contrato de adesão é oferecido ao público em um modelo uniforme, geralmente impresso, faltando apenas preencher os dados referentes à identificação do consumidor-contratante, do objeto e do preço.

A inexistência de discussão das cláusulas e a especificidade do serviço impõem uma situação de extrema vulnerabilidade. Diversas são as formas de verificação dessa fragilidade do consumidor perante o fornecedor: pode ser técnica, jurídica, fática/socioeconômica ou informacional.

O objeto de destaque desse estudo se instala, justamente, na discussão da vulnerabilidade do beneficiário/paciente. A doutrina pátria tem reconhecido que determinados consumidores detêm uma vulnerabilidade acentuada, os chamados hipervulneráveis. Estes consumidores além de possuírem as vulnerabilidades clássicas apresentam-se na condição de fragilidade especial ou agravada. São exemplos de hipervulneráveis os idosos, os portadores de necessidades especiais, crianças ou enfermos.

2.1 A HIPERVULNERABILIDADE NOS CONTRATOS DE PLANOS DE SAÚDE

Claudia Lima Marques define a hipervulnerabilidade como “a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida (assim o caso da comida para bebês ou da publicidade para crianças) ou sua idade alentada

(assim os cuidados especiais com os idosos, no Código em diálogo com o Estatuto do Idoso, e a publicidade de crédito para idosos) ou a situação de doente (assim o caso do glúten e as informações na bula de remédios)” (MARQUES, 2014).

Tratando-se de uma relação jurídica em saúde suplementar temos que, regra geral, o consumidor não apenas é um vulnerável, mas também, um possuidor de vulnerabilidade aumentada em razão de acumular a condição de doente/paciente. Diversos são os fundamentos da hipervulnerabilidade da saúde suplementar. Primeiro porque a saúde é um ramo extremamente regulado e exige um elevado conhecimento técnico. Também, porque o beneficiário em situação de prescrição de tratamento não é apenas um beneficiário, mas também, paciente, é dizer, apresenta-se na condição de vulnerabilidade biopsíquica agravada. Escalonar a vulnerabilidade dentre todos os vulneráveis é considerar a individualidade do consumidor. Pessoas com situação de vulnerabilidade aumentada são as que exigem proteção também aumentada.

Poucas situações afetam mais a estrutura biopsicológica do ser humano do que a condição de enfermidade. A constatação da hipervulnerabilidade do enfermo implica em reconhecimento da fragilização e debilitação emocional imposta pela doença podendo afetar, inclusive, a livre escolha dos serviços e bens de consumo.

A bioética é uma disciplina que demonstrou que a relação em saúde exige uma preocupação especial com relação à dignidade. Enquanto a bioética visa a harmonização dos interesses do paciente e do profissional de saúde com vistas à proteção da sua vulnerabilidade, o CDC instrumentaliza a harmonização da relação da operadora de saúde em face do beneficiário/paciente. Temos uma dúplici preocupação. A interpretação óbvia desse cenário é a de que o acolhimento da vulnerabilidade está no cerne das relações de saúde observadas, tanto, do prisma bioético como sob o aspecto das relações de consumo.

3 A AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR

A Carta Magna de 1988 enquanto Constituição dirigente institui programas e metas a serem implementadas pelo poder público. O art. 170 da Constituição é o norteador de um novo paradigma do ordenamento jurídico. Ao trazer ditames como o da existência digna e da justiça social ele institui metas ao Estado – e aos particulares– para a promoção de uma nova ordem econômica e social em que a dignidade se sobrepõe aos interesses meramente econômicos.

Nessa nova formatação não se trata de “um regime em que o mercado operacionaliza o jogo econômico por suas próprias e nem sempre racionais atitudes, nem tampouco um regime que opere a substituição do mercado pelo Estado, mas sim de uma Constituição Econômica Dirigente” (ARANHA, 2003). A Constituição, nesse contexto, tem o papel de realizar a integração do sistema econômico coordenado pela livre iniciativa aos imperativos constitucionais de dignidade. O direito à saúde se insere nesse conjunto integrado de ações para a promoção de uma nova ordem pautada na justiça social.

Para consecução dos objetivos traçados pelo ordenamento, o Estado passa à descentralização administrativa na qual há uma política de controle finalístico das atividades de interesse público e fortalecimento do sistema regulatório. Assim, há a necessidade de descentralização do aparelho estatal e consequente gerenciamento e fiscalização dos resultados por meio das agências reguladoras. Cumpre ao poder central estabelecer os parâmetros gerais – standards – cabendo às agências a edição de normativas específicas.

As agências, regra geral, são autarquias instituídas em regime especial. É dizer, são submetidas aos princípios e normas de direito público, mas, possuem maior especialidade e autonomia administrativa de modo que apenas são fiscalizadas quanto aos seus resultados. Maria Silvia Di Pietro destaca, que a “sua independência, contudo, deve ser entendida em termos compatíveis com o regime constitucional brasileiro” (DI PIETRO, 2014)

A instituição de agências reguladoras visa o acolhimento da vulnerabilidade do administrado e faz parte de uma tendência de flexibilização da Administração Pública advinda da teoria da administração gerencial em que se realiza o controle da prestação de serviços de interesse público por parte do particular. A criação dessas autarquias visa regular setores de relevante interesse social e impedir a prevalência de interesses diversos do interesse público.

Atualmente, contudo, percebemos uma “desregulação estrutural” (JORDÃO, 2021) das agências, o enfraquecimento da sua autonomia prejudicando o seu caráter tecnicista abrindo margem para a permissividade e influência política. Esse contexto de ingerência prejudica o controle finalístico realizado por essas instituições e reduz o acompanhamento de serviços públicos de alta relevância social.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar foi criada pela MP 1.928/1999, posteriormente convertida na Lei nº 9.961/2000, com a vistas à regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. A

normativa estabelece que a finalidade institucional da ANS é promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde.

3.1 A RESOLUÇÃO Nº 456/2021 DA ANS

Conforme artigo 4º, III da Lei nº 9961 de 2000 é competência da ANS, dentre outras, "elaborar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituirão referência básica para os fins do disposto na Lei no 9.656, de 3 de junho de 1998, e suas excepcionalidades".

Essa cobertura mínima obrigatória é revisada a cada dois anos e é válida para planos de saúde adaptados ou contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 – data da edição da Lei de Planos de Saúde. Ela fixa a listagem mínima para cada segmento de cobertura com a finalidade de estabelecer previsão de gastos, visando o equilíbrio atuarial e financeiro das operadoras e estabelecer segurança aos beneficiários.

Esse ato normativo decorre do poder regulamentar a que faz jus a ANS. Sobre os limites do poder normativo das agências Di Pietro estabelece: As normas que podem baixar resumem-se ao seguinte: (a) regular a própria atividade da agência por meio de normas de efeitos internos; (b) conceituar, interpretar, explicitar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem inovar na ordem jurídica (DI PIETRO, 2014).

Assim, as Resoluções baixadas por agencias não podem trazer qualquer inovação no ordenamento jurídico. A elas cabe estabelecer o detalhamento necessário ao cumprimento das disposições da lei instituidora. Ocorre, contudo que a ANS por meio do artigo 2º da Resolução 465/2021 – que atualiza o rol de procedimentos - extrapola as competências do poder regulamentar e fere o interesse público e do consumidor ao estabelecer que para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa.

O imbróglio jurídico acerca da taxatividade está no cerne da judicialização da saúde. Ao usar a expressão “referência básica” o poder legislativo abriu margem para interpretação restritiva ou ampliativa do rol de procedimentos em saúde possibilitando um crescente número de processos judiciais por parte de beneficiários de planos de saúde para questionar negativas de acesso à tratamentos sob o argumento de estar fora do rol. Jurisprudencialmente formou-se um dissenso entre 3 e 4ª turma do STJ que apenas deve ser encaminhado para resolução com o julgamento do Recurso Especial 1.867.027.

O papel da regulação estatal de setores abertos à iniciativa privada é garantir que os interesses pecuniários não vão se sobrepor ao interesse público. As Agências, por óbvio, precisam, ao editar atos normativos, se ater à ordem constitucional e legal. Ainda, precisam estar em consonância, enquanto detentoras de prerrogativas públicas, com a interpretação que confere em maior grau a efetivação do interesse público e realização dos direitos fundamentais.

Várias são as contestações possíveis ao posicionamento da ANS quanto à taxatividade do rol: O desvio de finalidade ao passo que o art. 2º da Resolução não observa o interesse público de promoção à saúde. A incursão em matéria fora de sua competência já que cabe apenas ao STJ guardar a unidade e uniformidade de interpretação da lei federal. Ou ainda, a desobediência às normas gerais do poder regulatório segundo o qual está vedada a inovação no ordenamento jurídico por parte das resoluções baixadas pelas agências reguladoras.

Porém, a crítica central desse estudo ao artigo 2º da Resolução, se instala no fato de o posicionamento agência não se comprometer com a principiologia aplicável à saúde por meio dos direitos humanos e da bioética. A Agência opta pela não realização da dignidade humana, pela escolha política de não acolhimento da vulnerabilidade do consumidor.

CONSIDERAÇÕES

O diálogo das fontes estabelece que a humanização das relações jurídicas se dá pela adoção de plúrimas fontes normativas aplicáveis ao caso concreto. A vulnerabilidade está no cerne das relações jurídicas em saúde. A harmonização das múltiplas normas e interesses dessa seara perpassam pela bioética, pelos direitos humanos e pelo Sistema de Proteção de Consumidor.

Agências reguladoras são autarquias criadas com finalidade específica para a realização dos objetivos previstos na sua lei de criação. Estabelece a Lei 9961/2000 que compete à ANS articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990. A disposição da Resolução ao considerar taxativo o rol da ANS (o que permite que as operadoras neguem tratamentos sob argumento de não constar do rol) fere os próprios objetivos da agência, bem como, enseja grave prejuízo ao consumidor da saúde suplementar. Permitir que mesmo após o cumprimento de todas as medidas necessárias à cobertura (pagamento,

carência, prescrição médica) o beneficiário tenha o seu tratamento negado é macular o princípio da boa-fé e sacrificar o núcleo duro do direito à saúde. Pelo princípio da boa-fé o beneficiário em situação regular perante o plano tem legítima expectativa de ter cobertos os riscos em saúde. De gênese securitária, o próprio objetivo de existência do plano é a cobertura da área enfermidade quaisquer que sejam – no caso de contratação de plano-referência.

Outra grave constatação é a de que o posicionamento da ANS ignora as disposições principiológicas do âmbito saúde e da bioética. A teoria da bioética eleva à máxima preocupação a vulnerabilidade do paciente e dignidade da pessoa humana. A aplicação dos princípios bioéticos impõe o respeito à pessoa, sua dignidade e a necessidade de horizontalização da relação jurídica em saúde. O processo informacional é o grande mote da bioética à medida que é o instrumento promotor do empoderamento e redução das fragilidades do paciente. A informação adequada e clara também detém posição de destaque na disciplina consumerista. A possibilidade de negativa de tratamento em razão da taxatividade de um rol de mais de 3 mil procedimentos/tratamentos técnicos inteligíveis ao consumidor médio vai de encontro à autonomia do paciente, seu processo informacional e à boa-fé nas relações contratuais.

Por fim, a agência deixa de priorizar a teoria geral dos Direitos Humanos ao estabelecer nítido retrocesso no que se refere à promoção do direito à saúde. É pacífico na doutrina que os Direitos Humanos, enquanto conquista social, devem ser aplicados da maior medida possível e harmonizados com outros direitos sem, jamais, prejudicar o mínimo existencial. Ao posiciona-se pela possibilidade de restrição à tratamentos médicos na saúde suplementar o órgão atua em descompasso com a grande balizador da Constituição de 1988 que é princípio da dignidade humana e permite sério questionamento acerca da legitimidade da disposição normativa do artigo 2º da Resolução 456/2021.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabricio Bolzan de. **Direito do consumidor esquematizado**. 8. ed. – São Paulo. Saraiva Educação, 2020.

ARANHA, Márcio Lorio (org.) **Direito Sanitário e Saúde Pública**: coletânea de textos. Volume 1. 2003. Brasília. Ministério da Saúde.

DIAS, Carvalho Frederico. **Posição destacada das Agências Reguladoras em termos de governança e baixa interação entre as entidades do setor de infraestrutura como efeitos do Discurso “Técnica x Política”**. Brasília. ENAP. 2019.

DINIZ, Débora, GUILHERME DIRCE. **O que é bioética**. 1ª edição. São Paulo. Editora Brasiliense, 2002.

DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

JORDÃO, Eduardo. **Combatendo a ‘desregulação estrutural’**: Os desafios de enfrentar o enfraquecimento gradual das agências reguladoras. São Paulo, 10 ago. 2021. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/combatendo-a-desregulacao-estrutural-10082021> > Acesso em 20 agosto de 2021.

JUNQUEIRA, Cilene Rennó. **Bioética**. São Paulo, 05 jul. 2012. Disponível em: < <https://ares.unasus.gov.br/acervo/handle/ARES/231> >.

MALUF, Fabiano ; GARRAFA, Volnei . **O termo de consentimento livre e esclarecido nas pesquisas com seres humanos: um estudo de caso**. *Revista Bioética (Impresso)*, v. 19, 2011.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 357.

MARQUES, Claudia Lima. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito. In: MARQUES, Cláudia Lima. (org.) *Diálogo das Fontes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**. 11ª Edição. São Paulo. Editora Método 2016.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7ª. Edição São Paulo. Saraiva: 2020.

SOUSA, Maria Teresa de Moraes; LEMONICA, Lino. Paciente terminal e médico capacitado: parceria pela qualidade de vida. *Revista Bioética*, São Paulo, nº 11, Pg. 83 - 100, jan. 2003.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS TABELIÃES E DOS OFICIAIS DE REGISTRO

Ramiro Matusalém de Paulo

INTRODUÇÃO

O tema registros públicos nunca foi muito claro no direito brasileiro. Muitas incorreções circundam as conversas que versam sobre os titulares das serventias extrajudiciais. A primeira, por óbvio, diz respeito a sua denominação. Popularmente conhecidos como “donos de cartório”, os Tabeliães e Registradores possuem regime jurídico próprio e peculiaridades interessantes quando comparados aos demais agentes públicos. A lei confere tratamento único em diversos aspectos da matéria e poucos doutrinadores se propõem a enfrentá-los. Dessa forma, muitas questões ficam nebulosas, com mais perguntas que respostas sobre o assunto. Como resultado, vários profissionais do Direito repetem inverdades sobre o tema.

Afinal, quando um particular tem um direito lesado em virtude dos serviços notariais e de registro, quem tem o dever de indenizar? A responsabilidade é objetiva ou subjetiva? Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor? Por ser serviço delegado, o Estado tem alguma responsabilidade pela sua execução? Há solidariedade entre delegante e delegado? Essas perguntas serão esclarecidas ao longo deste ensaio, colacionado-se-lhe as evoluções legal e jurisprudencial sobre o assunto. Além de também contar com as lições de doutrinadores com vivência prática sobre a atividade, tais como o Tabelião Luiz Guilherme Loureiro, os Registradores Márcio Guerra Serra e Monete Hipólito Serra, e outros que discorreram sobre o tema.

METODOLOGIA

A despeito de os cartórios serem um local comum à grande parte dos operadores do Direito, poucos detêm o conhecimento específico do regime jurídico ao qual eles se submetem. Perigoso para a segurança jurídica que se busca. O cidadão que teve o direito violado em decorrência da atividade, deve ter a possibilidade de conhecer as formas de responsabilização e o mais importante, quem deve ser responsabilizado por eventual dano.

Através do estudo de diversas literaturas e da evolução legal do tema, objetiva-se lançar uma luz acerca do tema. No entanto, a legislação que trata da matéria não é das

mais claras. Por vezes a jurisprudência têm que elucidar questões não resolvidas pela lei. Por essa razão também será amplamente utilizada a jurisprudência que cerca o assunto, já que nela está a efetiva solução que é dada na vida prática às questões aqui trazidas.

1 ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL

1.1 NATUREZA JURÍDICA

Não é servidor público, mas presta concurso público. Não é pessoa jurídica, mas tem CNPJ. Não integra o Estado, mas embolsa tributos. Afinal, qual a natureza jurídica da atividade desempenhada pelos tabeliães e oficiais de registro? Esses profissionais têm tantas peculiaridades em torno de sua atividade que é fácil até mesmo os mais experientes juristas cometerem deslizes quando tratam da matéria. O direito brasileiro traz tantas diferenciações para esses profissionais que não é exagero dizer que seu regime jurídico é diverso de tudo aquilo que se encontra em nosso direito. (FALCÃO, 2009)

Joaquim Falcão (2009, online), ex-conselheiro do CNJ, ao discorrer sobre o assunto, diz que:

A situação jurídica dos cartórios não é muito clara desde os tempos do Império. De um lado são serviços auxiliares do Poder Judiciário, e por este fiscalizados.

De outro, como já decidiu o Supremo, são exercidos em caráter privado, como se fossem uma empresa delegatária de serviço público.

De um lado contratam funcionários em nome do próprio titular, respondem a ações com o próprio patrimônio e pagam imposto de renda como pessoa física.

De outro, pagam o ISS como se fossem pessoas jurídicas. Para complicar, existem cartórios ainda estatizados, cartórios já privatizados mas sob o controle temporário de algum interino a mando do tribunal, e privatizados já sob o comando de alguém que prestou concurso público.

Como se diz no meio: são um ornitorrinco jurídico.

A Constituição Federal (CF) disciplinou os registros públicos em seu art. 236, onde dispõe que os serviços notariais e de registro serão exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. De acordo com a Lei nº 8.935/94 (Estatuto dos Notários e Registradores), os serviços notariais são aqueles exercidos pelos tabeliães (também

chamados de notários ou oficiais de notas). Estes, por sua vez, dividem-se em tabeliões de notas, de protesto de títulos e de protestos marítimos. Aqueles a cargo dos serviços de registro são os oficiais de registro (também chamados de registradores ou registrários) e dividem-se em oficiais de registro de imóveis, de pessoas naturais, de pessoas jurídicas, de títulos e documentos e de distribuição. (ALVARES, 2021)

Feita essa breve digressão sobre o tema, cumpre destacar que se trata de serviço público delegado a particular. No entanto, o requisito elencado pela Lei Máxima para titularizar tal delegação, conforme o art. 236, é a prévia aprovação em concurso de provas e títulos. Ao prever dessa forma, a Lei Maior estatizou os serviços notariais e de registro. Antes eram transmitidos aos herdeiros dos titulares, independente de aprovação em concurso público. Hoje, tal transmissão é inviável por força constitucional. Se antes, então, tratavam-se de atividades privadas, hoje são serviços públicos, exercidos, no entanto, por particulares. (SERRA, 2021)

1.2 SERVIÇO PÚBLICO

Identificando a natureza pública do serviço, uma consequência jurídica se apresenta: os oficiais de notas e de registro são agentes públicos. Essa afirmação sozinha carrega importantíssimas consequências ao objeto desse trabalho. Isso porque, os particulares e os agentes públicos sujeitam-se a regimes jurídicos distintos, com diferentes graus de liberdade na prática de seus atos e na responsabilização deles decorrente. (BENÍCIO, 2005)

Cumpre lembrar que agente público é gênero que engloba três espécies: agentes políticos, aqueles que externam a vontade do Estado, a exemplo do Presidente da República, dos Deputados, dos Juízes, *et cetera*; agentes administrativos, que executam tal vontade, a exemplo dos servidores públicos em geral; e os particulares em colaboração com o Poder Público, que desempenham uma atividade estatal em virtude de delegação, e aqui se enquadram os notários e registrários ora estudados. (BENÍCIO, 2005)

Os serviços públicos delegados normalmente são exercidos por pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, que recebem a delegação por meio de concessão ou permissão. Tal delegação se concretiza mediante contrato que poderá ser precedido de licitação, a depender da norma legal. É o que dispõe a Lei nº 8.987/95, que regula o art.

175 da Constituição Federal, que trata da prestação de serviços públicos de forma delegada. Contudo, essa forma de delegação, comum ao Direito Administrativo, não foi escolhida pelo legislador constituinte originário ao tratar da atividade de registros. (LOUREIRO, 2017)

Conforme dito alhures, a Constituição determina que tais atividades sejam desempenhadas em caráter privado. No entanto, a Lei Maior também determina que a delegação aos particulares se dará mediante a realização de concurso público de provas e títulos. Por óbvio não se admite que pessoas jurídicas prestem concurso público. Somente pessoas naturais podem concorrer em tais certames. E se aprovadas, elas mesmas receberão, pessoalmente, a delegação do serviço público. (LOUREIRO, 2017)

Dito isto, conclui-se que a delegação aqui tratada possui regramento próprio, traçado pela própria Constituição, e não deve jamais confundir-se com aquela tratada em seu art. 175. Trata-se de delegação *sui generis*, sem igual em nosso direito, cuja aquisição é semelhante a forma como os servidores ingressam na atividade pública: por concurso; mas que nem por isso deixa de ser uma delegação de serviço público. Por flutuar entre os institutos jurídicos da concessão e da investidura, a delegação aqui realizada traz interessantes consequências, essenciais ao tema da responsabilidade civil, e que serão aprofundadas em momento oportuno nesse trabalho. (LOUREIRO, 2017)

1.3 O MITO DA PESSOA JURÍDICA DO CARTÓRIO

Um equívoco muito comum cometido por advogados, ao peticionarem pela responsabilidade civil decorrente da prestação do serviço cartorário, é elencar no polo passivo o cartório, o ofício ou a serventia. Este erro, diga-se de passagem, é completamente escusável. Já agora é importante destacar que os cartórios não possuem personalidade jurídica. Nem mesmo são entes despersonalizados. O Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, ao julgar a matéria, aduz que:

os cartórios ou serventias não possuem legitimidade para figurar no polo passivo de demanda indenizatória, pois são desprovidos de personalidade jurídica e judiciária, representando, apenas, o espaço físico onde é exercida a função pública delegada consistente na atividade notarial ou registral (STJ, REsp 1177372/RJ, 3ª Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 01/02/2012).

Como pontuado, não existe a figura da pessoa jurídica do cartório. A expressão cartório, sinônimo de serventia extrajudicial, diz respeito tão somente ao lugar, ao prédio ou a localização onde o oficial de notas ou de registro exerce o serviço público que lhe foi delegado. A palavra ofício, comumente utilizada com o mesmo significado, por sua vez, descreve o serviço em si, objeto de delegação pelo Poder Público, e exercido de forma pessoal pelo Tabelião ou Registrador. (BUENO, 2021)

Linhas volvidas, destacou-se que esses profissionais exercem a delegação de forma pessoal e em caráter privado. Desta feita, também é enganosa a percepção que muitos cidadãos têm em crer que o cartório é órgão integrante da Administração Pública. (BUENO, 2021)

Ainda tratando das peculiaridades da profissão que apontam no falso caminho do reconhecimento da personalidade jurídica dos cartórios, tem-se que os Tabeliães são remunerados mediante emolumentos. O art. 28, da Lei nº 8.935/94, dispõe que “os notários e oficiais de registro gozam de independência no exercício de suas atribuições, têm direito à percepção dos emolumentos integrais pelos atos praticados na serventia e só perderão a delegação nas hipóteses previstas em lei.” (Brasil, 1994).

Ocorre que os emolumentos são tributos, da espécie taxa. Tanto o são que sua instituição e majoração devem respeitar princípios próprios do Direito Tributário, tais como a legalidade e a anterioridade. O Oficial não tem, portanto, liberdade na fixação de seus valores, que somente ocorrem mediante edição de lei em sentido estrito pela Assembleia Legislativa do respectivo estado da federação. (BRAGA, 2018)

Temos aqui uma interessante situação jurídica. Um particular, remunerado mediante tributos. Mas no que a remuneração desses Oficiais tem a ver com a falta de personalidade jurídica do cartório? Ocorre que a atividade em comento encerra a prestação de um serviço. E a competência para instituir e cobrar impostos sobre serviços é dos Municípios, por expressa disposição constitucional. (BRAGA, 2018)

No entanto, cabe à União, por meio de Lei Complementar, editar normas gerais para definir a base de cálculo do imposto em comento. E a Lei Complementar nº 116/2003, ao estabelecer o que seria objeto de tributação dispôs que o seriam os registros públicos. Dito isto, pode-se concluir que nessa situação têm-se não só o pagamento de

um tributo diretamente a um particular, como também a incidência de um imposto sobre uma taxa. Trata-se de bitributação que afronta diretamente ao art. 145, §2º, da CF, que dispõe que “as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.” (BRAGA, 2018)

Entretanto, tal norma já teve sua constitucionalidade referendada pelo Supremo tribunal Federal. A Tabeliã e professora Letícia Franco Maculan Assumpção (2018, online), ao discorrer sobre o tema, explica:

A Lei Complementar nº 116/2003, instituída em atendimento àquele preceito constitucional, enumera os fatos geradores do ISSQN, dentre os quais: “Serviços de registros públicos, cartorários e notariais” (item 21 da respectiva lista anexa). A referida Lei Complementar, no que diz respeito à incidência sobre serviços de registros públicos, cartorários e notariais (item 21.01 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003), foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento da ADI 3089, tendo a publicação ocorrido no DJE de 1º de agosto de 2008.

Contudo, o objeto do presente ensaio não é discutir a constitucionalidade da questão tributária posta. Tal divagação foi necessária para adentrar o próximo tema, qual seja, a necessidade de os Tabeliães e Registradores recolherem o ISSQN. Como corolário dessa obrigação, devem esses profissionais inscreverem-se no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ), a fim de possibilitar o pagamento do tributo. (ASSUMPCÃO, 2018)

Muito embora se inscrevam no CNPJ, tais profissionais não são considerados pessoas jurídicas. A expressão ‘pessoa jurídica’ aqui possui exclusivamente fins tributários, a fim de facilitar a tributação, e não se confunde com a pessoa jurídica na acepção civilista. A bem da verdade, tal inscrição se assemelha com a que é realizada pelos empresários individuais, que também devem inscrever-se no CNPJ, para fins fiscais, e que nem por isso deixam de ser pessoas naturais a luz do direito brasileiro. (FALCÃO, 2009)

Isto posto, tem-se que os serviços notariais e de registro não são dotados, por si só, de personalidade jurídica. Qualquer demanda contra ato ali prestado deve ser proposta diretamente contra o titular da delegação, ou seja, o Oficial de Notas ou de Registro. (FALCÃO, 2009)

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES

A responsabilidade civil, é o coração que bombeia efeitos a todo o Direito Civil. Retire-a do ordenamento jurídico, e o Direito Privado restará ineficaz. Nenhum direito subjetivo se sustenta de pé sem o seu amparo. Pode ser definida como o dever de indenizar, ou seja, desfazer o dano. Não por outro motivo que no direito comparado tal matéria também é conhecida como direito dos danos. Este instituto, tão antigo quanto o próprio direito, não será objeto de aprofundamento neste trabalho. Tanto já foi dito por tantos, que para acrescentar algo ao conhecimento construído este ensaio deveria dedicar-se exclusivamente a esse fim. (FARIAS, 2018)

Deveras, não é esse o objetivo primeiro deste ensaio. Busca-se aqui, tão somente, detalhar uma pequena fatia do tema, relacionada a um único profissional do Direito, qual seja, o titular da delegação de notas ou de registro. Depois dessa breve consideração e de uma breve pincelada sobre o regime jurídico único desses profissionais, passemos à análise do tema principal. (FARIAS, 2018)

2.1 RESPONSABILIDADE OBJETIVA OU SUBJETIVA

Durante muito tempo, houve incertezas acerca do tipo de responsabilização a que se sujeitavam os Oficiais de notas e de registro, se objetiva ou subjetiva. Isso porque, a Lei nº 8.935/94, o Estatuto da profissão, ao tratar o tema, em seu art. 22, originariamente estabelecia o seguinte: “Os notários e oficiais de registro responderão pelos danos que eles e seus prepostos causem a terceiros, na prática de atos próprios da serventia, assegurado aos primeiros, direito de regresso no caso de dolo ou culpa dos prepostos.”(Brasil, 1994).

A redação do artigo não é das melhores. Claramente aponta no sentido da responsabilização objetiva dos oficiais. Todavia, essa conclusão vai de encontro ao que estabelece a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), em seu art. 28, onde pontua que “além dos casos expressamente consignados, os oficiais são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que, pessoalmente, ou pelos prepostos ou substitutos que indicarem, causarem, por culpa ou dolo, aos interessados no registro.” A Lei de Registros Públicos estabelece, com clareza solar, a responsabilidade subjetiva dos registradores. Até faz questão das expressões ‘culpa ou dolo’. (SALAROLI, 2021)

Poder-se-ia alegar que a lei posterior revogou a anterior. Afinal, essa é a regra em nosso Direito. Contudo, pouco depois, foi editada a Lei de Protestos (Lei nº 9.492/97), com vistas a regulamentar de forma mais detalhada a atividade do Tabelião de Protestos. Ocorre que essa norma, em seu art. 38, opta pela responsabilização subjetiva dos Tabeliães de Protestos. Inclusive traz em seu corpo, novamente, a expressão ‘culpa ou dolo’. (BUENO, 2018)

Desta feita, caso se entendesse que a Lei nº 8.935/94 trouxe a responsabilidade objetiva dos oficiais, estar-se-ia admitindo a existência concomitante de dois regimes de responsabilidade distintos: responsabilidade subjetiva para os Tabeliães de Protestos, e objetiva para os demais notários e registradores. (BUENO, 2018)

Só que na maioria dos municípios do país não há cartório específico para protestos. A bem da verdade, esses só existem nas grandes cidades, pois o volume de serviços normalmente não é tamanho para justificar o desdobramento da serventia. Em regra, a atividade de Tabelião de Protestos é cumulada com outra atividade registral. Sendo assim, cindir a responsabilidade do oficial implicaria que ora ele responderia objetivamente, ora subjetivamente. Não parece a melhor solução, pois violaria princípios constitucionais como a igualdade e a razoabilidade. Assim entendeu o STF, conforme trecho abaixo transcrito:

Deveras, a atividade dos registradores de protesto é análoga à dos notários e demais registradores, inexistindo discrimen que autorize tratamento diferenciado para somente uma determinada atividade da classe notarial. (RE. 842.846/SC. Rel. Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 27/02/2019, Data de Publicação: DJe-175 13-08-2019)

Para resolver essa celeuma jurídica, o legislador alterou o art. 22 da Lei 8.935/94 duas vezes. A Lei 13.286/2016, deu ao artigo a seguinte redação: “Os notários e oficiais de registro são civilmente responsáveis por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso.” (Brasil, 1994). A questão resta pacificada. A responsabilidade é subjetiva. (BUENO, 2018)

2.2 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA OU SUBSIDIÁRIA

Conforme dito alhures, o Tabelião é um agente público e a atividade cartorária encerra um serviço público. Esse fato, por si só, invoca a responsabilidade estatal do art.

37, §6º, da Constituição Federal. E a responsabilidade do Estado é sempre objetiva. Aduz o dispositivo que o Poder Público pode valer-se de direito de regresso contra o oficial causador do dano, desde que comprove dolo ou culpa. (OLIVEIRA, 2021)

A regra geral para os agentes públicos, é que sua responsabilização é subsidiária ao Estado. Primeiro, a vítima busca a reparação junto ao Estado. Depois, esse último pode se valer do direito de regresso. No entanto, essa matéria nem sempre foi pacífica quando se trata dos notários e registradores. A doutrina sempre foi severa nas críticas, aduzindo que responsabilizar o Estado seria privatizar os bônus e socializar os ônus. A jurisprudência, no entanto, sempre foi pacífica em permitir a responsabilização do ente delegante (especificamente o Estado-membro, vez que é ele que outorga a delegação). No entanto, vacilava a respeito do momento que o Oficial viria a responder, ora decidindo pela solidariedade com o Estado, ora pela subsidiariedade em relação a este. (OLIVEIRA, 2021)

O Supremo Tribunal Federal já foi chamado a decidir sobre a questão. Na ocasião, fundou-se no fato dos oficiais serem funcionários públicos em sentido amplo, alcançados pelo art. 37, §6º, da CF/88. Vejamos:

Repercussão geral constitucional que assenta a tese objetiva de que: o Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa. (RE. 842.846/SC. Rel. Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 27/02/2019, Data de Publicação: DJe-175 13-08-2019)

Ficou decidido que a responsabilidade do Estado é objetiva e primária, conservando seu direito de regresso contra o delegatário, que responde de forma subsidiária.

2.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E OS CARTÓRIOS

Grande embate doutrinário na seara cartorária diz respeito à possível aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Afinal, os delegatários se enquadram na definição de fornecedor trazida no regime consumerista? Já se sabe que o conceito de fornecedor não se aplica somente aos serviços privados, pois a própria Lei 8.078/90 (CDC), em seu art. 6º, X, estabelece como direito básico do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.” (Brasil, 1990).

A natureza pública do serviço prestado não constitui óbice à aplicação do CDC. A bem da verdade, o próprio Estado, quando atua na prestação dos serviços públicos, se sujeita ao regime jurídico consumerista. Se engloba até mesmo o delegante, forçoso seria cogitar que o delegatário a ele não se sujeita. Esse foi o posicionamento da Min. Nancy Andrighi, quando o STJ foi chamado a deliberar sobre a questão, *in fine*:

se até mesmo os serviços públicos prestados por órgãos da administração pública indireta estão submetidos ao CDC, conforme o precedente acima citado, quanto mais os serviços notariais, que são prestados por delegatários do Poder Público, que exercem suas atividades em caráter privado, como é o caso dos tabeliães. (REsp n.º 625.144 /SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 29.05.2006).

Mas a questão não é tão simples. Como dito alhures, a opção do legislador pátrio foi de conferir a esses profissionais um regime jurídico próprio. A atividade notarial e registral é atípica, e subordina-se à legislação especial, que não dialoga com o CDC. Um exemplo dessa incompatibilidade é a responsabilidade pela prestação de serviço, objetiva neste Código, mas subjetiva na Lei 8.935/94. A lei especial e posterior não pode sucumbir face à lei geral anterior. (ALVES, 2002)

Este é o posicionamento que prevalece na jurisprudência. Não se aplica à atividade cartorial o CDC. Cumpre destacar que a Min. Nancy Andrighi, cujo voto foi parcialmente transcrito acima, foi vencida quando do julgamento da questão. No entanto, o fundamento utilizado pelo Tribunal Superior não foi a existência de regime jurídico próprio, como sustentamos linhas volvidas. (PEREIRA, 2019)

Ocorre que a jurisprudência do STJ diferencia os serviços públicos prestados mediante taxa daqueles prestados mediante tarifa pública, admitindo o CDC nesses e não naqueles. Para o Tribunal, o usuário dos serviços de notas e de registro não é consumidor, e sim contribuinte, vez que paga emolumentos, tributo da espécie taxa. Outrossim, a relação entre Tabelião e usuário do serviço tem natureza tributária, não consumerista. Aplica-se o direito público, não o privado. (FANTI, 2006)

Entendeu que tais serviços, em que pese serem prestados por particulares, são serviços públicos típicos. A eles não se aplicam as leis de mercado, outro motivo a afastar a incidência do regime consumerista. Eis aí mais um aspecto ímpar da atividade ora comentada. (PEREIRA, 2019).

CONSIDERAÇÕES

Ao teor do exposto, conclui-se que os serviços notariais e de registro, pela natureza pública da qual se cercam, não podem furtar-se a dar satisfações à população por eles atendida. A legitimidade do poder público para prestar serviços emana da própria sociedade. Esta última, portanto, tem o direito de ser adequadamente servida, e cobrar os agentes públicos que procederam de forma diversa.

Dito isto, sabe-se que o Direito pátrio trata de responsabilizar esses funcionários pelos erros eventualmente cometidos na prestação da atividade. Quanto a isso, vale-se da dupla garantia na responsabilidade do agente público. A pessoa lesada por um serviço público tem o direito de ser reparada pelo Estado, e não pelo próprio agente. Isso oferece uma segurança muito maior para a população, vez que a responsabilidade objetiva estatal, fundada na teoria do risco, oferece maiores facilidades quanto ao desfazimento do dano sofrido.

Mas chama-se de dupla garantia por ser também um direito do prestador de serviço público. Este último pode focar-se em atender à coletividade, sem preocupar-se em ser a todo momento chamado ao Poder Judiciário, sabendo que só será cobrado pelo próprio ente federado que lhe outorgara da delegação.

Ademais, o entendimento do STJ quanto à inaplicabilidade do compêndio consumerista reforça a natureza pública dos serviços ora comentados. E outra não poderia ser a solução. A própria fé pública emanada dos atos praticados por esses oficiais demonstra a sobeja confiança que o Estado neles depositou. Verdadeiras testemunhas públicas, que registram e autenticam os fatos corriqueiros da vida em sociedade. Se o Poder Público neles tanto confia, justo que responda pelos seus atos que lesem particulares que neles também escolheram confiar. E nessas hipóteses, quando se demonstram indignos da confiança que receberam, justo também que o Estado reserve para si o direito de cobrar-lhes pessoalmente.

REFERÊNCIAS

ALVARES, Pércio Brasil. PAIVA, João Pedro Lamana. CASSETTARI, Christiano (coord.) **Registro Civil de Pessoas Jurídicas**. 4. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

ALVARES, Pércio Brasil. PAIVA, João Pedro Lamana. CASSETTARI, Christiano (coord.) **Registro de títulos e documentos**. 5. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

ALVES, Sonia Marilda Peres. **Responsabilidade civil de notários e registradores:** a aplicação do Código de Defesa do Consumidor em suas atividades e a sucessão trabalhista na delegação. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo: RT, ano 25, n. 53, p. 93-101, jul-dez, 2002.

ASSUMPTÃO, Leticia Franco Maculan. **O ISSQN e os serviços notariais e de registro:** de acordo com o cpc, com a jurisprudência atual, apresentando análise da questão do repasse ao usuário dos serviços. 10 de maio de 2018. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/blog/notarial/o-issqn-e-os-servicos-notariais-e-de-registro-de-acordo-com-o-cpc-com-jurisprudencia-atual-apresentando-analise-da-questao-do-repasse-ao-usuario-dos-servicos>>. Acesso em 14 jul. 2021.

BENÍCIO, Hércules Alexandre da Costa. **Responsabilidade civil do Estado decorrente de atos notariais e de registro.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

BRAGA, João Pedro Ribeiro; LEITE, Maria Vitória Oliveira Dias Ribeiro et al. **A personalidade jurídica dos serviços notariais e de registros e o seu tratamento tributário.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5496, 19 jul. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66701>>. Acesso em: 15 jul. 2021.

Brasil. **Constituição da república federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.** Diário oficial da união de 05/10/1988. (p. 1, col. 1).

Brasil. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Diário oficial da união, Brasília, seção 1, 31/12/1973, página 13528.

Brasil. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.** Regulamenta o art. 236 da constituição federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. Diário oficial da união, Brasília, seção 1, 21/11/1994, página 17500.

Brasil. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, Seção 1, 14/2/1995, Página 1917.

Brasil. **Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997.** Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Brasília, diário oficial da união de 11/09/1997 (p. 20152, col. 2).

Brasil. **Lei complementar n. 116 de 31 de julho de 2003.** Dispõe sobre o imposto sobre serviços de qualquer natureza, de competência dos municípios e do distrito federal, e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União de 01/08/2003. (p. 3, col. 3).

Brasil. **Lei nº 13.286, de 10 de maio de 2016.** Dispõe sobre a responsabilidade civil de notários e registradores, alterando o art. 22 da lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. Diário oficial da união de 11/05/2016 (p. 4, col. 2)

BUENO, Sergio Luiz José. CASSETTARI, Christiano (coord.) **Tabelionato de protesto.** 5. ed. Indaiatuba: editora foco, 2021.

CAMARGO NETO, Mario de Carvalho. GAGLIARDI, Andreia Ruzzante. SALAROLI, Marcelo. CASSETTARI, Christiano (coord.) **Registro civil de pessoas naturais**. 3. ed. Indaiatuba: editora foco, 2021.

FALCÃO, Joaquim. **Quanto ganha um cartório?** 03 de novembro de 2009. Disponível em:

<<http://www.arpensp.org.br/?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=MTA0MTg=>>>. Acesso em 14 jul. 2021.

FANTI, Guilherme. **A inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos serviços notariais e registrais**. 17 de março de 2006. Disponível em:

<<https://www.irib.org.br/obras/a-inaplicabilidade-do-codigo-de-defesa-do-consumidor-aos-servicos-notariais-e-registrais>>. Acesso em 15 set. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

FERREIRA, Paulo Roberto Gaiger. RODRIGUES, Felipe Leonardo. Cassettari, christiano (coord.) **Tabelionato de notas**. 4. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática**. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

PEREIRA, José Horácio Cintra Gonçalves. *et al.* (coord.) **Lei de registros públicos comentada**. 2. ed. Rio de Janeiro: forense, 2019.

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Cartórios Extrajudiciais e responsabilidade civil: oficial, preposto e Estado**. Brasília, 09 de junho de 2021. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-notariais-e-registrais/346787/cartorios-extrajudiciais-e-responsabilidade-civil>>. Acesso em 09 jun. 2021.

SERRA, Márcio Guerra. SERRA, Monete Hipólito. CASSETTARI, Christiano (coord.) **Registro de imóveis**. 5. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

STF, **RE. 842.846/SC**. Rel. Min. Luiz Fux. Data de Julgamento: 27/02/2019, Data de Publicação: DJe-175 13-08-2019.

STJ, **REsp 1177372/RJ**, 3ª Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Rel. p/ Acórdão Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 01/02/2012.

STF, **REsp n.º 625.144 /SP**, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 29.05.2006.

PLANO DE SAÚDE INDIVIDUAL: ABUSIVIDADE NO REAJUSTE ETÁRIO PARA USUÁRIOS IDOSOS

Ricardo Meirelles da Silva

INTRODUÇÃO

Este trabalho visa demonstrar a importância no cumprimento das normas estabelecidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e demais leis pertinentes junto às operadoras de planos de saúde no Brasil. A saúde suplementar no Brasil sempre foi uma área de grande discórdia, principalmente antes da Lei nº 9.656/98 (SCHEFFER, 2006:7) que regulamenta a atividade até o presente. Devido à grande quantidade de demandas sob a mesma temática, em 2015 restou definido por meio do Recurso Especial Repetitivo (REsp 1568244/RJ – Tema 952), tendo como relator o Ministro Ricardo Vilas Boas Cueva, as regras que deveriam ser seguidas pelas operadoras de planos de saúde. Uma das normativas define que o usuário vinculado ao plano de saúde há mais de 10 anos não poderia mais ter aumento etário na completude dos seus 60 anos (SCHEFFER, 2006:64), mantendo apenas o aumento anual definido pela ANS. Todavia, mesmo com a normativa, as operadoras continuam desrespeitando o direito do usuário, ensejando a continuidade das demandas no poder judiciário.

Com o objetivo de encontrar formas de justificar o aumento, algumas operadoras de planos de saúde têm alegado que os contratos fazem lei entre as partes (*pacta sunt servanda*) e que estão de acordo com a legislação pertinente. Ademais, aduzem que os aumentos têm base atuarial idônea. Mesmo com algumas decisões divergentes, boa parte dos tribunais brasileiros têm entendido que o aumento é abusivo e fere vários dispositivos legais, entre eles o Estatuto do Idoso, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 9.656/98 e o REsp 1568244/RJ – Tema 952.

Destarte, o objetivo é demonstrar que o aumento etário nas condições elencadas acima não está em consonância com a legislação pertinente, o que tem prejudicado os usuários idosos vinculados às operadoras de planos de saúde suplementar (SCHEFFER, 2006:140).

Assim, foi abordado a saúde complementar no Brasil, especialmente a relação conflitante entre usuários idosos e as operadoras de planos de saúde, com o objetivo de demonstrar a conduta erroneamente utilizada pelas empresas que não observam as normas

previstas na legislação pertinente, além do descumprimento das determinações do órgão regulador brasileiro: a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.

METODOLOGIA

A metodologia utilizada no presente trabalho foi indutiva, que é uma forma de raciocínio que parte da coleta, observação e sistematização de dados. Para o desenvolvimento desta metodologia, voltou-se para a prática cível, juntamente no atendimento aos usuários que reiteradamente demandam em desfavor às operadoras de planos de saúde, visando a aplicação efetiva do que está previsto no ordenamento jurídico pertinente ao caso. A pesquisa foi realizada com a análise das decisões judiciais, Estatuto do Idoso, Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 9.656/98, REsp 1568244/RJ – Tema 952, além das normas definidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, órgão regulador no Brasil, bem como doutrina, destacando-se Mário Scheffer, autor da dissertação "Os planos de saúde nos tribunais" e Ricardo Pires Calciolari, autor do artigo "O poder regulamentar das agências em matéria sanitária".

1 REGULAMENTAÇÃO DA SAÚDE COMPLEMENTAR

A regulamentação dos planos e seguros privados de assistência à saúde no Brasil tem como norma atual a Lei nº 9.656/98 (SCHEFFER, 2006:10), que foi promulgada em 03 de junho de 1998, na tentativa de coibir o abuso das operadoras de planos de saúde contra os consumidores e regulamentar o mercado de saúde suplementar, tendo como órgão fiscalizador a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.

Autarquia especial federal, foi criada pela Lei nº 9.961 de 28 de janeiro de 2000, sendo responsável em promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais, a relação entre prestadoras e consumidores e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no país. Seu principal escopo é regulamentar os produtos e serviços no setor de saúde suplementar, com limites e deveres expostos na Lei nº 9.565/1998 e delineados na doutrina e jurisprudência. (CALCIOLARI, 2008: 893-927)

Assim, a Agência Nacional de Saúde Suplementar conseguiu oferecer maior proteção para os usuários de planos de saúde, principalmente os idosos, o que favoreceu nas demandas junto às operadoras de planos de saúde. Todavia, mesmo existindo órgão

fiscalizador e disposição em lei (CALCIOLARI, 2008: 895), algumas operadoras ignoram as regras estabelecidas, o que provoca a geração de novas demandas no judiciário, mesmo após o advento da Lei nº 9.656/98 (SCHEFFER, 2006:139).

Por ocasião da multiplicidade de recursos especiais, com o fundamento em idêntica controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça definiu uma tese pela sistemática dos recursos repetitivos, tendo como relator o Ministro Ricardo Vilas Boas Cueva (REsp 1568244/RJ – Tema 952) visando solucionar esse tipo de litígio. Além de evitar o ajuizamento de ações desgastantes para o usuário do plano de saúde, o judiciário também seria beneficiado, já que as ações com teses idênticas poderiam ser resolvidas com base legal no recurso repetitivo, podendo evitar assim ações desnecessárias. Todavia, observamos que a questão ainda não está pacificada pela grande quantidade de ações propostas até o presente. A reiteração de erros nas operadoras de planos de saúde, pela inobservância das regras definidas pela ANS continuam gerando demandas.

Colacionamos abaixo o REsp 1568244/RJ para análise:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. MODALIDADE INDIVIDUAL OU FAMILIAR. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. LEGALIDADE. ÚLTIMO GRUPO DE RISCO. PERCENTUAL DE REAJUSTE. DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS. ABUSIVIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ATUARIAL DO CONTRATO.

1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, caput, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).
2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos.
3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde.
4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado).
5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a

atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção).

6. A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda "a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade", apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato.

7. Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais:

a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS.

b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos.

c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

8. A abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto. Tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atuarialmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, haja vista a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.

9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.

10. TESE para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam

aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

11. CASO CONCRETO: Não restou configurada nenhuma política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de "cláusula de barreira" com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira. Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora.

12. Recurso especial não provido.

Importante destacar a letra "b" no item 7 que é o objeto de discussão nesse trabalho. Conforme aduz o recurso, em contrato novo, ou seja, realizado entre 02/01/1999 e 31/12/2003, devem ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU N° 6/1998, que define 07 (sete) faixas etárias (SCHEFFER, 2006:64), sendo que o reajuste dos usuários maiores de 70 anos não poderá ser superior a 06 (seis) vezes o previsto para a primeira faixa (0 a 17 anos). Além disso, a contraprestação não poderá atingir o idoso vinculado ao plano ou seguro há mais de 10 (dez) anos, que é objeto de maior controvérsia nos tribunais.

Em uma análise superficial, estaria absolutamente clara que a aplicação de reajuste etário para usuário idoso vinculado há mais de 10 anos seria abusiva (SCHEFFER, 2006:33). Todavia, o item 9 do mesmo dispositivo cria um mecanismo que enseja dúvidas, pois afirma que "reconhecida a abusividade, deverá ser realizado apuração de percentual adequado por meio de cálculo atuarial realizado na fase de cumprimento de sentença". Mas isso afetaria ou não o usuário idoso vinculado há mais de 10 (dez) anos?

A argumentação utilizada como defesa pelas operadoras de planos de saúde é que "não é possível simplesmente retirar o aumento etário, mas sim determinar um percentual alternativo após a realização do cálculo atuarial, mesmo para usuários vinculados há mais de 10 (dez) anos". Essa teoria idealizada pelas operadoras tenta anular o benefício do usuário idoso. Elencamos ainda que o cálculo atuarial é extremamente complexo e necessita de dados que devem ser fornecidos pelas operadoras. O mais intrigante é que nem sempre as operadoras têm disponibilidade para fornecer esses dados, o que acaba frustrando a possibilidade de realização do cálculo atuarial.

A ciência atuarial remete a técnicas inerentes de análise de riscos e expectativas, principalmente na administração de seguros e fundos de pensão, mediante aplicação de conhecimentos técnicos de matemática financeira e estatística. O prêmio de risco é

apurado através da aplicação de métodos atuariais específicos, que visam prever a evolução futura dos sinistros, ou seja, determinar seu valor esperado. Mas considerando que o contrato vigera por muitos anos, o prêmio de risco é adicionado por carregamentos de segurança de caráter preventivo, visando minimizar oscilações não previstas na base de cálculo.

Dentre os fatores de risco que incrementam a sinistralidade está o avanço da idade, tendo em vista que os custos médicos dos mais idosos frequentemente são maiores que os dos segurados com menos idade, em virtude da elevação da frequência de utilização do contrato, motivo pelo qual a legislação atual manteve a previsão dos reajustamentos por faixa etária, embora, com limitações como determina a resolução Consu 6/1998. A análise da razoabilidade ou aleatoriedade dos percentuais reajustes por variação de faixas etárias se dá pelo estudo da Nota Técnica Atuarial do Produto de Seguro Saúde.

Parte da jurisprudência entende que justamente em razão da previsão do art. 2º, §1º, da Resolução Consu nº 6/1998, no sentido de que os beneficiários com mais de 60 anos de idade fossem isentos desses reajustes por faixa etária, desde que participassem do plano há mais de 10 (dez) anos, não seria o caso de apuração do valor adequado do prêmio mediante cálculo atuarial, mas sim de afastamento total do reajuste aplicado. A Lei nº 10.741/2003 – Estatuto do Idoso – também reitera a importância de se observar a não discriminação dos idosos nos planos de saúde, dada a importância da prestação de serviços de saúde suplementar em momento tão importante na vida dos usuários, o que reforça a tese de proteção ao usuário idoso, conforme elencamos abaixo: “[...] §3o É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.”

2 O DESCUMPRIMENTO DA RESOLUÇÃO CONSU Nº 6/1998 NOS CONTRATOS

A resolução do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU nº 6/1998 dispõe sobre critérios e parâmetros de variação das faixas etárias dos usuários 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 foi utilizada no recurso repetitivo conforme colacionamos abaixo:

§ 1º A variação de valor na contraprestação pecuniária não poderá atingir o usuário com mais de 60 (sessenta) anos de idade, que participa de um plano ou seguro há mais de 10 (dez) anos, conforme estabelecido na Lei nº 9.656/98.

Nas demandas que foram utilizadas como objeto de estudo observamos que o maior erro nos contratos das operadoras é a inobservância das regras definidas na Resolução Consu nº 6/1998. Isto porque a resolução, em seu artigo 1º estabelece que a contraprestação pecuniária em razão da idade do usuário e de seus dependentes, deverão seguir 07 (sete) faixas etárias (SCHEFFER, 2006:64). Essas faixas visam diluir o aumento etário conforme colacionamos 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.

Todavia, grande parte dos planos de saúde estabeleceu contratos com apenas 06 (seis) faixas etárias ou simplesmente zerou o percentual na faixa dos 70 (setenta) anos, onerando excessivamente os usuários na faixa dos 60 (sessenta) anos, chegando a aplicar um reajuste acima de 90% na completude dos 60 anos. Isso inviabiliza a manutenção do plano de saúde para o idoso, pois praticamente dobra o valor que ele pagava antes dos 60 anos. Assim, se o usuário não recorrer ao judiciário, terá que cancelar o plano de saúde, o que é interessante para a operadora, pois sabemos que o consumo do serviço de saúde após 60 anos é maior.

Se o plano de saúde em seu contrato define apenas a aplicação do reajuste até a 6ª faixa etária (60 anos), haverá uma distorção do cálculo atuarial por faixa etária do seguro saúde, impedindo uma melhor distribuição dos reajustes etários, que deveria considerar eventual incremento do uso do plano de saúde dos idosos aos 70 anos ou mais, ou seja, todo o aumento relativo aos usuários com 70 anos ou mais, seria englobado na faixa etária de 60 a 69 anos.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

O resultado do estudo de caso demonstrou que existe legislação específica tratando do assunto. Todavia, nem sempre as operadoras de planos de saúde aplicam a

legislação com o rigor necessário, causando assim inúmeros processos judiciais. Ademais, existem algumas divergências jurisprudenciais sobre o assunto, o que acarreta certa insegurança jurídica para os envolvidos. Assim, de um lado encontramos o usuário idoso, que necessita da prestação do serviço de saúde suplementar, e de outro lado, encontramos as operadoras de planos de saúde, que desejam e precisam obter lucro para a manutenção dos serviços. Poderíamos diminuir essas lides, se as operadoras observassem com mais cuidado as normas estabelecidas.

CONSIDERAÇÕES

O presente trabalho visou analisar a abusividade do aumento etário para usuários idosos vinculados ao sistema suplementar de saúde, em particular usuários idosos que iniciaram o vínculo com o plano de saúde há mais de 10 (dez) anos. Os valores pagos em uma década de fidelidade deveriam ser levados em conta. Todavia os planos de saúde visam somente o lucro.

Assim, manter usuários acima de 60 (sessenta) anos pode onerar os gastos, diminuindo seus lucros. O que podemos observar é que há um descaso das operadoras de planos de saúde. Não há interesse em manter esses usuários. O sentimento que prevalece é que a desistência na prestação do serviço de saúde suplementar é extremamente benéfica para a operadora. Infelizmente, acredito que essas demandas não acabarão tão cedo. Enquanto isso, o judiciário permanecerá abarrotado de ações que poderiam ser evitadas se as normas estabelecidas fossem seguidas pelas operadoras de planos de saúde.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR. **Variação da mensalidade por mudança de faixa etária do beneficiário**. Disponível em: <<https://www.gov.br/ans/pt-br/assuntos/consumidor/reajuste-variacao-de-mensalidade/reajuste-por-mudanca-de-faixa-etaria>>. Acesso em: 11 jul. 2021.

_____. **Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar** / Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar. – Rio de Janeiro: ANS, 2002. Disponível em: <https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/regulacao_saude.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990** – Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998** - planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. **Consu nº 06 de 3 de novembro de 1998** - Resolução do Conselho de Saúde Suplementar. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzEy>>. Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003** – Estatuto do Idoso. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm>. Acesso em: 9 jul. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1568244/RJ** - Tema Repetitivo 952. Relator: Ministro Ricardo Vilas Boas Cueva. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=952&cod_tema_final=952>. Acesso em: 11 jul. 2021.

SCHEFFER, Mário. **Os planos de saúde nos tribunais: uma análise das ações judiciais movidas por clientes de planos de saúde, relacionadas à negação de coberturas assistenciais no Estado de São Paulo**. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/5/5137/tde-02062006-105722/pt-br.php>>. Acesso em: 11 jul. 2021.

CALCIOLARI, R. P. **O poder regulamentar das agências em matéria sanitária**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 103, p. 893-927, 2008. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67833>>. Acesso em: 11 jul. 2021.

RESPONSABILIDADE CIVIL EM MATÉRIA JORNALÍSTICA

Taís de Paula Santos

INTRODUÇÃO

O estudo que se segue tem por objeto a análise da legitimidade da exibição, independentemente de autorização dos eventuais envolvidos, de programas ou matérias jornalísticas nos quais sejam citados os nomes ou divulgada a imagem de pessoas relacionadas com o evento noticiado ou sejam relatados e encenados eventos criminais de grande repercussão ocorridos no passado, especialmente quando se trata de pessoas públicas.

Como intuitivamente se constata, está em jogo a disputa, inevitável em um estado democrático de direito, entre a liberdade de expressão e de informação, de um lado, e os denominados direitos da personalidade, de outro lado, em tal categoria compreendidos os direitos à honra, à imagem e à vida privada. Cuida-se de determinar se as pessoas retratadas, seus parentes ou herdeiros, podem impedir a exibição de tais programas ou pretender receber indenizações por terem sido neles referidos.

O equacionamento do problema e a apresentação da solução constitucionalmente adequada dependem da discussão de algumas das teses centrais relacionadas com a nova interpretação constitucional: colisão de direitos fundamentais, ponderação de valores, discricionariedade judicial e teoria da argumentação. Após a exposição dos conceitos essenciais na matéria e definição dos elementos relevantes de ponderação, a questão se torna surpreendentemente simples.

METODOLOGIA

A metodologia utilizada nessa pesquisa é a dedutiva e descritiva, uma vez que se trata de um assunto já conhecido, e a contribuição é proporcionar uma nova visão sobre esta realidade já existente, com base na doutrina e teses dos juristas Flávio Tartuce, Luís Roberto Barroso e Robert Alexy.

A metodologia utilizada nessa pesquisa é dedutiva qualitativa, tendo embasamento doutrinários, destacando-se Flávio Tartuce, Luís Roberto Barroso e Robert Alexy.

Conforme trata o manual de Orides Mezzaroba e Cláudia Servilha Monteiro (p. 110) a pesquisa qualitativa possui um conteúdo altamente descritivo e pode lançar mão de dados quantitativos incorporador em suas análises, mas o que vai preponderar é o exame rigoroso da

natureza, do alcance e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado e (re)interpretado de acordo com as hipóteses estrategicamente estabelecidas pelo pesquisador.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL

De início, necessário perquirir brevemente acerca do instituto da responsabilidade civil, do qual existem duas espécies, qual seja a responsabilidade civil contratual, que surge em face do descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, e a responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, que ocorre quando alguém deixa de observar um preceito normativo, caracterizando-se a prática de um ato ilícito.

Segundo Tartuce (2020, p.437), a responsabilidade civil extracontratual, também denominada responsabilidade civil aquiliana, diante da *Lex Aquilia de Damno*, do final do século III a.C., e que fixou os parâmetros da responsabilidade civil extracontratual, surgiu no Direito Romano justamente quando a responsabilidade sem culpa constituía a regra, sendo o causador do dano punido de acordo com a pena de Talião, prevista na Lei das XII Tábuas (olho por olho, dente por dente).

Relembrando o contexto histórico, Tartuce (2020, p. 437) expõe o seguinte em sua obra:

A experiência romana demonstrou que a responsabilidade sem culpa poderia trazer situações injustas, surgindo a necessidade de comprovação desta como uma questão social evolutiva. A partir de então, a responsabilidade mediante culpa passou a ser a regra em todo o Direito Comparado, influenciando as codificações privadas modernas, como o Código Civil Francês de 1804, o Código Civil Brasileiro de 1916 e ainda o Código Civil Brasileiro de 2002.

Se atendo a tão somente a responsabilidade civil aquiliana, a qual interessa a este estudo, contém previsão no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Civil de 2002, baseada no ato ilícito (art. 186) e no abuso de direito (art. 187), bem como o artigo 927 que trata da obrigação de indenizar.

Tartuce (2020, p.439) continua ao afirmar que o ato ilícito indenizante, é a conduta humana que fere direitos subjetivos privados, estando em desacordo com a ordem jurídica e causando danos a alguém. O art. 186 do atual Código Civil, que traz a referida construção, tem a seguinte redação: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”

A consequência do ato ilícito é a obrigação de indenizar, de reparar o dano, nos termos da parte final do art. 927 do CC/2002, que dispõe o seguinte: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

Já o art. 187 do CC traz uma nova dimensão de ilícito, consagrando a teoria do abuso de direito como ato ilícito. Para definir aquele ato praticado em exercício irregular de direitos, ou seja, o ato é originariamente lícito, mas foi exercido fora dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé objetiva ou pelos bons costumes. Assim é a redação do comando legal: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. (TARTUCE, 2020, p.440)

Quanto ao conceito de abuso de direito, França (1997, p.45) definiu o abuso de direito como “um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício, levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito”.

Para que o abuso de direito esteja configurado, portanto, nos termos do previsto na atual codificação privada, é mister que tal conduta seja praticada quando a pessoa exceda um direito que possui, atuando em exercício irregular de direito (NERY JR., NERY, 2003). É o que caracteriza a teoria dos atos emulativos.

1.1 ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL OU PRESSUPOSTOS DO DEVER DE INDENIZAR

Em estudo feito por Tartuce (2020, p. 451 – 452) este afirma que não há consenso na doutrina sobre quais são os elementos estruturais da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar, e faz um resumo das ideias defendidas pelos principais doutrinadores:

– Maria Helena Diniz aponta a existência de três elementos, a saber: *a)* existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito, pois ao lado da culpa como fundamento da responsabilidade civil há o risco; *b)* ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; *c)* nexo de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade.

– Sílvio de Salvo Venosa leciona que quatro são os elementos do dever de indenizar: *a)* ação ou omissão voluntária; *b)* relação de causalidade ou nexo causal, *c)* dano e *d)* culpa.

– Carlos Roberto Gonçalves leciona que são quatro os pressupostos da responsabilidade civil: *a)* ação ou omissão; *b)* culpa ou dolo do agente; *c)* relação de causalidade; *d)* dano.

– Sérgio Cavalieri Filho são três os elementos: *a)* conduta culposa do agente; *b)* nexo causal; *c)* dano.

Neste contexto, pode se afirmar que são pressupostos para gerar o direito de indenização decorrente da responsabilidade civil extracontratual, o preenchimento dos elementos essenciais à configuração do instituto, quais sejam, conduta humana antijurídica, dano (efetivamente comprovado, raras algumas exceções) e nexos de causalidade entre ambos. Sendo necessários uma análise conceitual pormenorizada de cada um deles.

Conforme ensinamento de Tartuce (2020, p. 452), a conduta humana pode ser definida por “uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente.”

O nexo de causalidade ou nexo causal constitui a relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o risco criado –, e o dano suportado por alguém, conforme as principais construções doutrinárias. Tartuce em seu manual traz alguns conceitos: (TARTUCE, 2020)

- Caio Mário da Silva Pereira – “Para que se concretize a responsabilidade é indispensável se estabeleça uma interligação entre a ofensa à norma e o prejuízo sofrido, de tal modo que se possa afirmar ter havido o dano ‘porque’ o agente procedeu contra o direito”.
- Carlos Roberto Gonçalves – “Uma relação necessária entre o fato incriminado e o prejuízo. É necessário que se torne absolutamente certo que, sem esse fato, o prejuízo não poderia ter lugar.”
- Sérgio Cavalieri Filho – “Trata-se de noção aparentemente fácil, mas que, na prática, enseja algumas perplexidades (...). O conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”. (2020:p. 461)

Como se sabe, em regra, não há responsabilidade civil sem dano, cabendo o ônus de sua prova ao autor da demanda, conforme aplicação do art. 373, inc. I, do CPC/2015: “Art. 373. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;”

Cabe lembrar, todavia, que em alguns casos, é admissível a inversão do ônus da prova do dano ou prejuízo, como nas hipóteses envolvendo as relações de consumo, presente a hipossuficiência do consumidor ou a verossimilhança de suas alegações (art. 6.º, inc. VIII, da Lei 8.078/1990). O mesmo se diga em relação ao dano ambiental, prevendo a Súmula 618 do STJ, editada em 2018, que “a inversão do ônus da prova aplica-se às ações de degradação ambiental”.

Ainda, tratando da carga dinâmica da prova, o Código de Processo Civil de 2015 ampliou essa inversão para qualquer hipótese em que houver dificuldade na construção probatória. Nos termos do § 1.º do seu art. 373, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo probatório ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o

juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada. (TARTUCE, 2020)

2. RESPONSABILIDADE CIVIL DE MATÉRIAS JORNALÍSTICAS

No presente estudo de caso, será analisado dentre outras, a decisão do STJ pela 5ª Turma, o REsp 1.729.550-SP, de Relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14/05/2021.

Conforme explanação feita pelo Informativo nº 696 de autoria do professor Márcio André Lopes Cavalcante, a situação concreta, com adaptações, foi a seguinte:

O jornalista Leonardo escreveu alguns artigos publicados no site “Brasil 247” nos quais faz críticas a Mário, outro conhecido jornalista. Mário ajuizou ação de indenização por danos morais contra Leonardo e a empresa proprietária do site. Na ação, o autor afirmou que os demandados, em diversas matérias e notas, extrapolaram o exercício do jornalismo crítico, ao divulgarem informações inverídicas e desprovidas de interesse público, o que evidenciaria a intenção de macular a sua honra e a sua imagem. O juiz julgou parcialmente procedente a pretensão autoral, condenando os réus, solidariamente, ao pagamento de R\$ 40 mil a título de danos morais. O Tribunal de Justiça manteve a condenação. Os condenados interpuseram recurso especial. O que decidiu o STJ? A condenação foi mantida? NÃO. O STJ afirmou que: Não caracteriza hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística que narre fatos verídicos ou verossímeis, embora eivados de opiniões severas, irônicas ou impiedosas, sobretudo quando se trate de figuras públicas que exerçam atividades tipicamente estatais, gerindo interesses da coletividade, e a notícia e crítica referirem-se a fatos de interesse geral relacionados à atividade pública desenvolvida pela pessoa noticiada. STJ. 5ª Turma. REsp 1.729.550-SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 14/05/2021 (Info 696).

O referido caso analisado pelo STJ, assim como tanto outros quando refere-se a matérias jornalísticas, trata sobre o conflito aparente entre direitos fundamentais, consagrados na Constituição Federal de 1988 e regulamentados pela legislação infraconstitucional, como a liberdade de imprensa, corolário da liberdade de informação e da liberdade de manifestação do pensamento, em contrapartida aos direitos da personalidade, como a privacidade, a honra e a imagem, envolvendo em ambos os polos da ação experientes jornalistas.

A popularização da internet e a multiplicação de veículos de comunicação especializados nos mais diversos assuntos, com o conseqüente aumento da circulação de informações na sociedade, têm levado várias demandas a apreciação do judiciário, um conflito

de difícil solução: entre o direito de a sociedade ser informada e o direito de as pessoas terem sua intimidade e honra resguardadas.

O STF, por sua vez, tem sido mais flexível na admissão de reclamação em matéria de liberdade de expressão, vejamos o que restou decidido na Rcl 22328/RJ, de Relatoria do Min. Roberto Barroso, julgado em 6/3/2018:

O STF tem sido mais flexível na admissão de reclamação em matéria de liberdade de expressão, em razão da persistente vulneração desse direito na cultura brasileira, inclusive por via judicial. No julgamento da ADPF 130, o STF proibiu enfaticamente a censura de publicações jornalísticas, bem como tornou excepcional qualquer tipo de intervenção estatal na divulgação de notícias e de opiniões. A liberdade de expressão desfruta de uma posição preferencial no Estado democrático brasileiro, por ser uma pré-condição para o exercício esclarecido dos demais direitos e liberdades. A retirada de matéria de circulação configura censura em qualquer hipótese, o que se admite apenas em situações extremas. Assim, em regra, a colisão da liberdade de expressão com os direitos da personalidade deve ser resolvida pela retificação, pelo direito de resposta ou pela reparação civil. Diante disso, se uma decisão judicial determina que se retire do site de uma revista determinada matéria jornalística, esta decisão viola a orientação do STF, cabendo reclamação. (Info 893).

62

Nota-se, que mesmo diante a tantos ataques, seja por parte da sociedade de modo geral, seja pelas autoridades públicas, para o Tribunal da Cidadania e “nosso” Guardiã da Carta Magna, ainda prevalece o direito à liberdade de expressão, com raríssimas e muito específicas exceções à sobrepor.

2.1 DIREITO A INFORMAÇÃO E LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O direito ou liberdade de informação trata do exercício individual de comunicar livremente fatos e ao direito difuso de ser deles informado. O que pode confundir-se com o direito à liberdade de expressão, que tutela o direito de externar ideias, opiniões, juízos de valor, em suma, qualquer manifestação do pensamento humano.

Apesar de parecidos, tais direitos estão previstos em nosso ordenamento jurídico de maneira diferente, a começar pela Constituição Federal de 1988, que prevê no art. 5º, incisos IV – “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;” (liberdade de pensamento), IX – “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;” (liberdade de expressão) e XIV – “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário

ao exercício profissional;” (acesso à informação) e no art. 220, § 1º - “Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV” (liberdade de informação propriamente dita).

A Declaração Universal dos Direitos do Homem proclamou em favor de todos o direito à liberdade de opinião e expressão sem constrangimento e o direito correspondente de investigar e receber informações e opiniões e de divulgá-las sem limitação de fronteiras. (ONU,1948)

É possível extrair um ponto relevante de distinção entre liberdade de informação e liberdade de expressão: no exercício do direito de informação não é possível prescindir-se da verdade. (BARROSO, 2021).

Segundo Barroso, o exercício do direito de informar apenas será digno de proteção quando presente o requisito interno da verdade, revelado quando a informação conferir ciência da realidade. Assim, o direito de informar não serve como garantia para a propagação de informações falsas.

O direito de informar, portanto, é protegido desde que esteja diante da chamada “verdade subjetiva”, constada quando se constata a diligência do informador, a quem incumbe apurar de forma séria os fatos que pretende tornar públicos, ou seja, *in casu*, que a matéria jornalística esteja amparada com base no princípio da veracidade.

Assim, para haver responsabilidade, é necessário haver clara negligência na apuração do fato ou dolo na difusão de falsidade.

Segundo Barroso (2021), a “veracidade do fato” significa “um compromisso ético com a informação verossímil - o que pode, eventualmente, abranger algumas informações não totalmente precisas.”

O que não significa, por outro lado, subordinar o direito de expressão (em sentido estrito), que consiste na liberdade básica de expressar qualquer manifestação do pensamento humano, tais como ideias, opiniões, críticas e crenças, garantindo-se a participação efetiva dos cidadãos na condução dos assuntos públicos do país.

A liberdade de imprensa constitui modalidade qualificada das liberdades de informação e de expressão; por meio dela, assegura-se a transmissão das informações e dos juízos de valor pelos jornalistas ou profissionais integrantes dos veículos de comunicação social de massa, notadamente emissoras de rádio e de televisão, editoras de jornais e provedores de notícias na internet. Para o STJ, a liberdade de imprensa subdivide-se em: a) o “direito de informar” e o “direito de buscar a informação” (ambos decorrentes da liberdade de informação

que, como pontuado, tem compromisso com a verdade ainda que subjetiva); e b) o “direito de opinar” e o “direito de criticar”, que refletem a liberdade de expressão em sentido estrito.

Por mais que seja livre a divulgação de informações, conhecimento ou ideias, esse direito não é absoluto ou ilimitado, sendo possível a responsabilização pelo abuso constatado quando, a pretexto de se expressar o pensamento, são afrontados os direitos da personalidade, com lesão à dignidade de outras pessoas. Nesses casos, o ordenamento jurídico prevê a responsabilização cível e criminal pelo conteúdo difundido, além do direito de resposta.

Pessoas públicas são obrigadas a tolerar críticas. Nessa linha de raciocínio, não se pode esquecer que, além do requisito da “verdade subjetiva” - consubstanciado no dever de diligência na apuração dos fatos narrados (ou seja, o compromisso ético com a informação verossímil) -, a existência de interesse público também constitui limite genérico ao exercício da liberdade de imprensa (corolário dos direitos de informação e de expressão).

Pessoas públicas estão submetidas à exposição de sua vida e de sua personalidade e, por conseguinte, são obrigadas a tolerar críticas que, para o cidadão comum, poderiam significar uma séria lesão à honra. Assim, a crítica a pessoas públicas somente pode gerar responsabilidade civil em situações nas quais é imputada, injustamente e sem a necessária diligência, a prática de atos concretos que resvalam na criminalidade.

2.2 DIREITOS DA PERSONALIDADE

A doutrina descreve os direitos da personalidade como emanções da própria dignidade humana, funcionando como “atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano.” Duas características dos direitos da personalidade merecem registro. (TEPEDINO, 2001)

A primeira delas é que tais direitos, atribuídos a todo ser humano e reconhecidos pelos textos constitucionais modernos em geral, são oponíveis a toda a coletividade e ao Estado. A segunda característica peculiar dos direitos da personalidade consiste em que nem sempre sua violação produz um prejuízo que tenha repercussões econômicas ou patrimoniais, o que ensejará formas variadas de reparação, como o “direito de resposta”, a divulgação de desmentidos de caráter geral e/ou a indenização pelo dano não-patrimonial (ou moral, como se convencionou denominar). (CASTRO, 2002)

De forma simplificada, partindo para o direito de privacidade, a doutrina e a jurisprudência costumam identificar um elemento decisivo na determinação da intensidade de

sua proteção: o grau de exposição pública da pessoa, em razão de seu cargo ou atividade, ou até mesmo de alguma circunstância eventual. A privacidade de indivíduos de vida pública – políticos, atletas, artistas – sujeita-se a parâmetro de aferição menos rígido do que os de vida estritamente privada. Isso decorre, naturalmente, da necessidade de auto exposição, de promoção pessoal ou do interesse público na transparência de determinadas condutas. Por vezes, a notoriedade advém de uma fatalidade ou de uma circunstância negativa, como estar envolvido em um acidente ou ter cometido um crime. Remarque-se bem: o direito de privacidade existe em relação a todas as pessoas e deve ser protegido. Mas o âmbito do que se deve interditar à curiosidade do público é menor no caso das pessoas públicas. (BARROSO, 2001)

Quanto à honra, igualmente um direito da personalidade previsto constitucionalmente. Procura proteger a dignidade pessoal do indivíduo, sua reputação diante de si próprio e do meio social no qual está inserido. De modo geral, a legislação, a doutrina e a jurisprudência estabelecem que o direito à honra é limitado pela circunstância de ser verdadeiro o fato imputado ao indivíduo; nessa hipótese, não se poderia opor a honra pessoal à verdade. (BARROSO, 2001)

Por fim, sobre o direito à imagem, este “protege a representação física do corpo humano ou de qualquer de suas partes, ou ainda de traços característicos da pessoa pelos quais ela possa ser reconhecida”. A reprodução da imagem depende, em regra, de autorização do titular. Nesse sentido, a imagem é objeto de um direito autônomo, embora sua violação venha associada, com frequência, à de outros direitos da personalidade, sobretudo a honra. (CASTRO, 2002)

A doutrina e a jurisprudência, tanto no Brasil como no exterior, registram alguns limites ao direito de imagem. Atos judiciais, inclusive julgamentos, são públicos via de regra (art. 93, IX da Constituição Federal), o que afasta a alegação de lesão à imagem captada nessas circunstâncias. Igualmente, a difusão de conhecimento histórico, científico e da informação jornalística constituem limites a esse direito. (BARROSO, 2001)

3. CONFLITO APARENTE DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao todo que foi exposto, observa-se que há uma colisão de interesses entre os direitos a informação e a privacidade. Para isso, o nosso ordenamento jurídico vem buscando formas para resolver esse conflito, através de elementos que devem ser considerados na ponderação

entre a liberdade de expressão e informação (especialmente esta última, pois é a que mais diretamente interessa ao estudo), de um lado, e os direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem, de outro.

Em publicação na Revista Consultor Jurídico (2020), a procuradora de Justiça (MP-SP) Maria Fátima Vaquero Ramalho Leyser, diz que para solução do conflito aparente entre os direitos fundamentais “devem ser levados em conta os seguintes fatores: a) o jornalista não pode estar movido por sentimentos de despeito, ânimo ou ciúme; b) exige-se do profissional a revelação de fatos importantes num certo momento e não a utilização do material, de modo oportunista e c) a relevância social da informação.”

Na realidade, se a liberdade de informação for de relevante interesse social, o direito à vida privada deve ser afastado em detrimento do interesse público-social dessa mesma liberdade de informação plenamente definida e delimitada.

Os magistrados têm aplicado a sedimentada técnica da ponderação, desenvolvida na Alemanha por Robert Alexy para resolver colisão entre direitos fundamentais, no caso LeBach

Em 1969, em Lebach, um pequeno lugarejo localizado a oeste da República Federal da Alemanha, houve o assassinato brutal de quatro soldados que guardavam um depósito de munição, tendo um quinto soldado ficado gravemente ferido. Foram roubadas do depósito armas e munições. No ano seguinte, os dois principais acusados foram condenados à prisão perpétua. Um terceiro acusado foi condenado a seis anos de reclusão, por ter ajudado na preparação da ação criminosa. Quatro anos após o ocorrido, a ZDF (Zweites Deutsches Fernsehen – Segundo Canal Alemão), atenta ao grande interesse da opinião pública no caso, produziu um documentário. No documentário, seriam apresentados o nome e a foto de todos os acusados. Além disso, haveria uma representação do crime por atores, com detalhes da relação dos condenados entre si, incluindo suas ligações homossexuais. O documentário deveria ser transmitido em uma sexta-feira à noite, pouco antes da soltura do terceiro acusado, que já havia cumprido boa parte de sua pena. Esse terceiro acusado buscou, em juízo, uma medida liminar para impedir a transmissão do programa, pois o documentário dificultaria o seu processo de ressocialização. A medida liminar não foi deferida nas instâncias ordinárias. Em razão disso, apresentou uma reclamação constitucional para o Tribunal Constitucional Federal, invocando a proteção ao seu direito de desenvolvimento da personalidade, previsto na Constituição Alemã. O TCF, tentando harmonizar os direitos em conflito (direito à informação versus direitos de personalidade), decidiu que a rede de televisão não poderia transmitir o documentário caso a imagem do reclamante fosse apresentada ou seu nome fosse mencionado.

Robert Alexy (2008) traz o entendimento de que os direitos fundamentais têm, na maioria das vezes, a estrutura de princípios, sendo mandamentos de otimização, “caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

Trazendo ao nosso contexto, a Técnica da Ponderação (Ponderação à Brasileira) foi adotada, parcialmente, pelo art. 489, §2º do CPC/15:

Art. 489 (...) § 2º **No caso de colisão entre normas**, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

O magistrado deverá identificar os princípios, regras em colisão e, posteriormente, os fatores fáticos que influenciarão na conclusão da ponderação para, então, ponderar e apontar qual o princípio, regra, norma que prevalecerá naquelas circunstâncias fundamento em critérios objetivos.

Flávio Tartuce e Lênio Luiz Streck debateram a respeito da Técnica de Ponderação. Veja-se alguns trechos da discussão:

Tartuce: “(...) não se sustentam as críticas feitas à ponderação, especialmente aquelas que alegam a sua inconstitucionalidade. Muito ao contrário, trata-se de um artifício civil-constitucional, que deve ser incrementado nos próximos anos, para apresentar caminho de resolução às hipóteses fáticas complicadas ou de difícil solução, o que é percebido já por esses exemplos. (...) Por derradeiro, no campo do Direito Contratual, tornou-se comum, em Tribunais e em painéis arbitrais, lides com a alegação de um e de outro princípio (ou regra), em teses firmes construídas pelas partes da avença, calcadas na boa-fé objetiva, na função social do contrato, na conservação negocial, na exceção de contrato não cumprido e no adimplemento substancial. Mais uma vez, sendo a lei insuficiente ou ausente para revolver tais problemas, não resta outro caminho ao julgador que não seja a ponderação, sempre devidamente fundamentada. (...) Diante da hipercomplexidade contemporânea, sendo a mera subsunção da lei insatisfatória em muitas hipóteses fáticas, é a técnica de ponderação uma ferramenta decisória interessante, devendo ser amplamente utilizada pelos julgadores nos próximos anos, especialmente diante de sua positivação expressa pelo Novo CPC.

Streck: (...) “como já referi, os juristas do Brasil têm simplificado a ponderação, colocando um princípio contra (ou em relação de colisão com) outro. O resultado dessa colisão advirá da escolha discricionária do juiz. Por vezes, ocorre alguma justificação. (...) Esse problema agora pode vir a ser agravado com a “colisão entre regras” que está no CPC. Se o juiz alegar que “há uma colisão entre normas” (sic), pode escolher a regra X ou o princípio Y. (...) Outro problema do novel dispositivo é a alusão às premissas fáticas que fundamentam a conclusão, o que pode fazer pensar que o juiz primeiro decide e depois busca a fundamentação. Grave equívoco filosófico. Acreditar que o juiz primeiro conclui e depois busca as “premissas

fáticas” é recuar no tempo em duzentos anos. É confessar que ele é livre para decidir e que a fundamentação é apenas um ornamento. (...) Ora, se todas as normas *lato sensu* puderem colidir, perderemos o campo de avaliação estrito da validade, algo que, novamente, prejudica a segurança jurídica. Veja-se que não é admissível que seja negada aplicação, pura e simplesmente, a uma regra (lei) “sem antes declarar formalmente sua inconstitucionalidade” (Recl. 2645-STJ), problemática que aprofundo nas minhas seis hipóteses pelas quais o judiciário pode deixar de aplicar uma regra. Se juiz pode escolher entre uma regra e outra, está legislando. Mirando no caixão, pode até acertar. Mas um relógio parado também acerta a hora duas vezes por dia. São essas as razões de minha contrariedade à ponderação (à brasileira). A outra, a de Alexy, parece não ter chegado por aqui.”

É interessante ressaltar também, nos termos de legislação vigente a tratar do assunto, que após a revogação da antiga Lei de Imprensa (5.250/67) sobreveio a Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015, que, a partir de então trata especificamente do direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social.

O parágrafo 1º do artigo 2º da referida Lei nº 13.188/15 diz que:

Para os efeitos desta Lei, considera-se matéria qualquer reportagem, nota ou notícia divulgada por veículo de comunicação social, independentemente do meio ou da plataforma de distribuição, publicação ou transmissão que utilize, cujo conteúdo atente, ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação.

No atual contexto, autoriza-se o direito de resposta diante de qualquer atividade de imprensa que prejudique uma determinada pessoa, ainda que não haja um ato de calúnia, injúria ou difamação.

Conforme a lei, são excluídos da definição de matéria, os comentários realizados por usuários da internet nas páginas eletrônicas dos veículos de comunicação social

CONCLUSÃO

Ao todo que foi exposto, conclui-se que não caracteriza hipótese de responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística que narre fatos verídicos ou verossímeis, embora evitados de opiniões severas, irônicas ou impiedosas, sobretudo quando se trate de figuras

públicas que exerçam atividades tipicamente estatais, gerindo interesses da coletividade, e a notícia e crítica referirem-se a fatos de interesse geral relacionados à atividade pública desenvolvida pela pessoa noticiada.

E que além disso, a jurisprudência brasileira tem se consolidado no sentido de prevalecer decisões que optem pela retificação da matéria jornalística do que por sua exclusão, ou ainda em casos mais extremos pela reparação pecuniária.

Como visto, tais decisões, aparadas nas melhores doutrinas, diante da colisão entre direitos da personalidade, ou seja, direitos fundamentais, tem-se utilizado das técnicas de ponderação, criada por Robert Alexy, todavia adaptada a realidade brasileira, chamada de “*Ponderação à Brasileira*”, seguida por renomados doutrinadores, como Flávio Tartuce e Luis Roberto Barroso, dentre outros. Na qual entende-se que os direitos fundamentais têm a estrutura de princípios, sendo mandamentos de otimização, devendo o magistrado identificar os princípios, regras em colisão e, posteriormente, os fatores fáticos que influenciarão na conclusão da ponderação para, então, ponderar e apontar qual o princípio, regra, norma que prevalecerá naquelas circunstâncias fundamentando em critérios objetivos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008

BARROSO, Luis Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm Acesso: 06 jul.2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso: 06 jul. 2021.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, 1997.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. Revista **Consultor Jurídico**, publicada em 25 de maio de 2020, 8h00. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-25/mp-debate-reflexoes-direito-informacao-liberdade-informacao#sdfootnote13sym> Acesso: 14 set. 2021.

NERY JR., NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em:
<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso: 06 jul.
2021.

TARTUCE, Flávio, **Manual de direito civil**: volume único. 10. ed. São Paulo: Método, 2020.

Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jul-19/leia-casos-stj-conflitos-entre-privacidade-direito-informacao> Acesso em: 14 set. 2021.

Blog da matéria Direito Constitucional oferecida aos alunos do segundo semestre do curso de Direito do Uniceub. Professor Mauro Noletto. **O caso Lebach: o sopesamento**
<http://constitucional1.blogspot.com/2008/11/o-caso-lebach-o-sopesamento.html> Acesso em:
15 set. 2021.

Técnica de ponderação no Novo CPC. Debate com o Professor Lênio Streck
Jornal Carta Forense. Matéria de capa de fevereiro de 2016. Disponível em:
<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/302533403/tecnica-de-ponderacao-no-novo-cpc-debate-com-o-professor-lenio-streck> Acesso: 15 set. 2021.