

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

HIASMINE SANTIAGO

**ESTUDO DO ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DO ABUSO DO DIREITO
DE LITIGAR:
A ANÁLISE ECONÔMICA DOS PLANOS DE SAÚDE NA QUALIDADE DE
LITIGANTES HABITUAIS**

VITÓRIA - ES

2022

HIASMINE SANTIAGO

**ESTUDO DO ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DO ABUSO DO DIREITO
DE LITIGAR:
A ANÁLISE ECONÔMICA DOS PLANOS DE SAÚDE NA QUALIDADE DE
LITIGANTES HABITUAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, da Universidade Federal do Estado do Espírito Santo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.
Orientador: Prof. Dr. Augusto Passamani Bufulin.

VITÓRIA - ES

2022

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

S235e Santiago, Hiasmine, 1992-
Estudo do acesso à justiça na perspectiva do abuso do direito de litigar : A análise econômica dos planos de saúde na qualidade de litigantes habituais / Hiasmine Santiago. - 2022. 226 f.

Orientador: Augusto Passamani Bufulin.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Acesso à justiça. 2. Litigância habitual. 3. Abuso do Direito de Litigar. 4. Saúde Suplementar. 5. Acesso à justiça. 6. Análise Econômica do Direito. I. Bufulin, Augusto Passamani. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

HIASMINE SANTIAGO

**ESTUDO DO ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DO ABUSO DO DIREITO
DE LITIGAR:
A ANÁLISE ECONÔMICA DOS PLANOS DE SAÚDE NA QUALIDADE DE
LITIGANTES HABITUAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito parcial das exigências para obtenção do título de Mestre em Direito Processual.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Augusto Passamani Bufulin
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof.^a Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro Interno

Prof. Dr. Adriano Sant'Ana Pedra
Faculdade de Direito de Vitória
Membro Externo

Vitória (ES), outubro de 2022.

Dedico este trabalho a Manoel Janeiro Santiago e a Rita de Cássia Santiago, fontes incansáveis de amor, oração e inspiração.

À Isabela Maria, minha afilhada, exemplo de força e de superação. Milagre que só Deus explica. Amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Passada toda essa trajetória, é chegada a hora de olhar para todos os que contribuíram nesta árdua caminhada e agradecer. A construção desse trabalho não pode ser atribuída apenas a mim, pois recebi o apoio de muitas pessoas importantes, que devem ser mencionadas neste momento. Não se move um passo na estrada da vida sem a gratidão por tudo o que passamos e por todos que passaram em nossas vidas, razão pela qual cada um dos aqui mencionados são lembrados com muito carinho.

Todo o êxito deste trabalho deve ser dado a vocês e todos os erros atribuídos apenas a mim.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, a Santa Rita de Cássia e a Nossa Senhora Aparecida, pela proteção em todos os momentos e pelo fortalecimento em cada jornada.

A meus pais, Rita de Cássia Santiago e Manoel Janeiro Santiago, pelo cuidado único, pelo apoio incondicional e, principalmente, por acreditarem em mim e depositarem toda a confiança que eu mesma não tenho.

A João Inério Ferreira Beccalli, por ser proteção, carinho, cuidado, apoio, compreensão e paciência em todos os momentos, por sempre saber acolher e acalantar, por acreditar em meu potencial e, especialmente, por entender as necessárias ausências para dedicação a este trabalho. À Fabiana Ferreira Beccalli e a João Bosco Beccalli pelas constantes orações.

A meu orientador, professor Dr. Augusto Passamani Bufulin, por me aceitar como orientanda, por confiar no meu trabalho e pelas valorosas contribuições em minha carreira ao longo desse período, fazendo-me acreditar que sou capaz.

Aos coordenadores, docentes, discentes e colaboradores do Programa de Pós-Graduação em Direito, pelas discussões trazidas e pelos apontamentos que garantiram a excelência do curso.

À Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral, pelas valorosas contribuições em todos os momentos da minha vida pessoal e profissional, por rezar sempre por mim, por aceitar fazer parte da minha banca, por ser fonte de aprendizado, exemplo de profissional e por ser responsável por polir com perfeição a pedra bruta que sou, dando-me forças para – quem sabe um dia – eu me tornar um diamante.

Ao professor Dr. Adriano Sant'Ana Pedra, pelos indispensáveis apontamentos na qualificação e pela disponibilidade de permanecer como membro da banca na apresentação do trabalho final.

Às minhas amigas-irmãs que nunca deixaram de acreditar em mim e sempre entenderam a minha ausência: Jéssyca Endlich Batista, Fabiane Sena Freitas, Fernanda da Silva de Moraes, Juliana da Silva Agostini, Natália Elias Macena, Gabriela Vago, Letícia Damiani Pereira e Lorena Santos Pauvolid da Silva Emetério.

Às minhas mães que adquiri ao longo da minha caminhada, que cuidam de mim e estão em constante oração pela minha vida: Izabel Santos Pauvolid Silva, Lucíola Christina Conde Mesquita e Níobe Christina Coelho Bortolon.

Ao meu padrinho, segundo pai, Omar Pauvolid da Silva, pelo carinho constante e pelas orações.

Àqueles que contribuíram para a minha carreira, por serem exemplo e espelho do que quero ser em minha vida profissional: Dr. Jaime Ferreira Abreu, Dr. Júlio César Babilon, Dra. Glicia Mônica Dornela Alves Ribeiro, Desemba. Marianne Júdice de Mattos e Desemb. Substituto Getúlio Marcos Pereira Neves.

Aos colegas dessa árdua trajetória do mestrado, muitos dos quais se tornaram amigos, pelo compartilhamento de textos, angústias, orações e dificuldades: Miryã Bregonci da Cunha Braz, Nathielle Zanelato Reis, Renan Sena Silva, Marcos Alberto Balestreiro Filho, Carlos Alexandre Bitencourt, Tiago Aguiar Vilarinho, Francelle Barcelos e Lara Pezzodipane Picallo.

Aos queridos amigos da MovablePay, por onde passei brevemente, cujo apoio foi fundamental para uma das etapas mais importantes deste trabalho: Paulo Rogério Sato, Luana Simão, Gabriela Azeredo Gusella e Cecília Dutra de Almeida Silva.

À equipe do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, que me acolheu tão bem e foi muito compreensiva nessa fase, tornando sempre os meus dias mais leves: Maria Clara Queiroz Araújo, Fernanda Franzotti Cardoso Carvalho, João Victor Gomes Correa, João Guilherme Souza Pelicão, Jovane Cândido Caldeira, Dayane Correa e Davi Mello.

A todos o meu muito obrigada!

*“A justiça atrasada não é justiça; senão
injustiça qualificada e manifesta”.*

(Rui Barbosa)

RESUMO

O papel do Poder Judiciário brasileiro vem há muito sendo estudado pela doutrina, notadamente pelo cenário de incapacidade de conferir a tutela jurídica adequada, justa e tempestiva à sociedade, com numerosas discussões sobre as causas desse fenômeno, dentre as quais se destaca a litigância habitual. A identificação dessa categoria de litigante é imperiosa para se definir o porquê é mais relevante permanecer com o comportamento litigioso e, por recorte metodológico, deve-se analisar a situação dos planos de saúde, que lidam com o direito mais importante do ser humano: o direito à vida. O objetivo do presente trabalho é traçar os caminhos pelos quais perpassa o comportamento da referida categoria, à luz da Análise Econômica do Direito, ciência que fornece ao direito um instrumental teórico de matrizes econômicas, a fim de analisar o comportamento humano da forma eficiente. A partir do método hipotético-dedutivo de abordagem, com propósito explicativo e utilização das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, chegou-se à conclusão de que ainda há algumas vantagens justificadas pela ciência econômica ao litigante habitual que o mantêm se utilizando do sistema de justiça para descumprimento de seus contratos de modo a causar impacto positivo na crise numérica do judiciário.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Litigância Habitual. Análise Econômica do Direito. Planos de Saúde.

ABSTRACT

The role of the Brazilian Judiciary has been studied for a long time by the doctrine, notably due to the inability to provide adequate, fair and timely legal protection to society, with numerous discussions about the causes of this phenomenon, among which habitual litigation stands out. The identification of this category of litigant is imperative to define why it is more relevant to remain with the litigious behavior and, by methodological approach, one must analyze the situation of health plans, which deal with the most important right of the human being: the Right to life. The objective of the present work is to trace the paths through which the behavior of this category permeates, in the light of Economic Analysis of Law, a science that provides the law with a theoretical instrument of economic matrices, in order to analyze human behavior in an efficient way. From the hypothetical-deductive method of approach, with explanatory purpose and use of bibliographic and documentary research techniques, it was concluded that there are still some advantages justified by economic science to the usual litigant who keep using the justice system for breaching their contracts in order to have a positive impact on the numerical crisis of the judiciary.

Keywords: Judiciary. Usual Litigation. Economic Analysis of Law. Health insurance.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABA – *Applied Behavior Analysis*

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

Art. – Artigo

AED – Análise Econômica do Direito

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

CNAS – Conselho Nacional de Assistência Social

CPC – Código de Processo Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPP – Código de Processo Penal

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

EUA – Estados Unidos da América

IA – Inteligência Artificial

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

INSPER – Instituto de Ensino e Pesquisa

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

IRDR – Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

MEC – Ministério da Educação

MP – Ministério Público

OCDE – Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico.

OEA - Organização dos Estados Americanos

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização Das Nações Unidas

PL – Projeto de Lei

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJES – Tribunal de Justiça do Espírito Santo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA E OS FATORES QUE CULMINARAM COM A CHAMADA “CRISE DO JUDICIÁRIO”: OS AMBIENTES PARA DESENVOLVIMENTO DA LITIGÂNCIA	15
1.1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA E A CULTURA DE JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS: A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO	15
1.2 REVISITAÇÃO DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA E A CRISE DA JUSTIÇA: ONDE ERRAMOS?	22
1.3 CONCEITO DE LITÍGIO, A IDENTIFICAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO PROCESSUAL E AS “FACES” DA LITIGÂNCIA	32
1.4 O TRATAMENTO DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO E DO “ABUSO DE DIREITO DE LITIGAR” NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PROCESSUAL	39
1.5 MECANISMOS PROCESSUAIS DE TRATAMENTO DA LITIOSIDADE HABITUAL E ABUSIVA	48
2 OS CEM MAIORES LITIGANTES: OS PLANOS DE SAÚDE COMO INTEGRANTES DA CADEIA DE LITIGÂNCIA HABITUAL	57
2.1 O INDISPENSÁVEL RECORTE METODOLÓGICO NO ASPECTO DA LITIGÂNCIA HABITUAL	57
2.2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 ...	61
2.3 LINHAS GERAIS SOBRE A ESTRUTURA DO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO	73
2.4 ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE	77
2.4.1 Iniciativa privada, justiça social e a regulamentação do sistema de saúde privado	77
2.4.2 Principais modalidades de contrato de plano de saúde	83
2.4.3 A perspectiva econômica dos contratos de plano de saúde privados	91
2.5 NOTAS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR	98
3 A ECONOMIA ALIADA AO ESTUDO DO DIREITO: BREVES NOÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA E OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS DA MICROECONOMIA	108
3.1 PREMISSAS INICIAIS SOBRE A INTERRELAÇÃO DIREITO E ECONOMIA	108

3.2 O DESENVOLVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO BRASIL	115
3.3 A IMPORTÂNCIA DAS MATRIZES TEÓRICAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA IDENTIFICAÇÃO DOS PROBLEMAS DA LITIGÂNCIA HABITUAL	118
3.4 O PONTO DE PARTIDA: A TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL.....	122
3.5 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E O PODER JUDICIÁRIO EM RONALD COASE .	124
3.6 A EFICIÊNCIA COMO REGRA E O SEU TRATAMENTO NO DIREITO E NA ECONOMIA.....	129
3.6.1 Aplicação prática da eficiência: os estudos De Pareto, Kaldor-Hicks e Richard Posner e suas implicações práticas no sistema de justiça	132
3.6.2 A assimetria de informações como contribuição para uma justiça ineficiente.....	139
3.7 LINHAS GERAIS SOBRE A ECONOMIA COMPORTAMENTAL NA ANÁLISE DA LITIGÂNCIA: O VIÉS OTIMISTA NA TOMADA DE DECISÃO	143
4 O COMPORTAMENTO ABUSIVO DOS PLANOS DE SAÚDE NA QUALIDADE DE LITIGANTES HABITUAIS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	148
4.1 LITIGAR OU FAZER ACORDO? A ESCOLHA DOS LITIGANTES HABITUAIS E O VALOR ESPERADO DAS DEMANDAS	149
4.2 VANTAGENS POTENCIAIS DO GRANDE LITIGANTE COM A CRISE DA JUSTIÇA: O BENEFÍCIO ECONÔMICO AUFERIDO PELOS PLANOS DE SAÚDE ATRAVÉS DE SEU COMPORTAMENTO PROCESSUAL ABUSIVO.....	157
4.3 A ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO E OS INCENTIVOS QUE PERMITEM O COMPORTAMENTO ABUSIVO DOS LITIGANTES HABITUAIS	164
4.4 EXISTEM LITÍGIOS SOCIALMENTE DESEJADOS?	172
4.5 SOLUÇÕES COOPERATIVAS DO PODER JUDICIÁRIO PARA CONTER A LITIGIOSIDADE RELACIONADA AOS PLANOS DE SAÚDE.....	177
CONCLUSÃO.....	185
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	189

INTRODUÇÃO

Os dados estatísticos do ano de 2010 do Conselho Nacional de Justiça demonstraram que, no total de processos em trâmite no Brasil, país de dimensões continentais com as mais diversas situações em que se possa imaginar cotidianamente, há cem entes que contribuem para os casos repetitivos no Poder Judiciário: tratam-se dos cem maiores litigantes. De igual modo, em uma perspectiva mais atual, referido órgão administrativo da justiça brasileira divulgou um sítio eletrônico que aponta categorias específicas que se repetem nos polos ativos e passivos dos processos no país, os quais se coadunam com os números apresentados ainda no ano de 2010¹.

A unanimidade – se é que se pode haver alguma² – nos debates que percorre desde o senso comum, passa pelo ambiente acadêmicos e chega à mais altas Cortes de Justiça do Brasil reside em um ponto: há um claro problema de acesso à justiça no país.

O conceito de “acesso à justiça” está em constante evolução e talvez o cerne da questão não seja o acesso, em si. Alguns irão dizer que se trata de lentidão, outros de congestionamento, outros de oportunidade de ingresso e vários fatores intrínsecos a esses problemas, mas o fato é que a prestação jurisdicional não se revela tempestiva, adequada e célere.

A questão é sintomática quando se observa que, até o fim do ano de 2020, mais de setenta e cinco milhões de processos tramitavam neste país (setenta e cinco milhões e quatrocentos mil, mais precisamente), com destaque que este ano representou na série histórica a maior redução do acervo de processos pendentes, com a redução de cerca de dois milhões de processos³. Ainda com essa diminuição, os números são preocupantes.

¹ Convém ressaltar que, até o encerramento do presente trabalho, o painel “Grandes Litigantes” ainda estava em fase de homologação e dependia de números enviados pelos Tribunais de Justiça do país, porém, já é possível visualizar com preocupação os dados que nele constam. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Painel “Grandes Litigantes”*. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em: 15 ago. 2022.

² Eis a célebre frase de Nelson Rodrigues: “toda unanimidade é burra”. Interessante pontuar que a unanimidade, em si, não é algo negativo, mas é preocupante. O fato de haver um senso comum sobre determinado problema pode fazer com que este seja tornado como trivial e tratado em normalidade, o que, por certo, não é o escopo da presente pesquisa. Assim, embora haja certo senso coletivo sobre os problemas que assolam o sistema jurídico brasileiro, deve-se ter um pensamento combativo e prospectivo, com vistas a contribuir positivamente para um melhor futuro da sociedade.

³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021: ano-base 2020*. Brasília: CNJ, 2020, p. 101-111. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

O ano de 2021, por sua vez, representou um aumento do número de feitos em tramitação, aumentando para setenta e sete milhões e quatrocentos mil, de onde se conclui que, por mais que se criem mecanismos para tratamento da litigiosidade, esta só vem se avolumando⁴.

Outro ponto primordial é a taxa de congestionamento total, ou seja, o percentual de processos que ingressaram em anos anteriores e que ainda não foram finalizados no ano base de cada relatório: 74,2%, ou seja, mais de setenta por cento do que entra em um ano, não é resolvido definitivamente no decorrer dele⁵.

Ainda de acordo com os dados obtidos, o tempo médio de tramitação dos processos até a sua baixa definitiva na primeira instância da justiça comum é de dois anos e três meses na justiça estadual em fase de conhecimento e de seis anos e oito sete meses na execução de título extrajudicial⁶.

Mas, e os litigantes acima mencionados? Absolutamente, fazem parte do problema que assola a estrutura judicial do país, à medida em que utilizam o sistema de justiça de forma desordenada, cuja conduta recalcitrante no plano fático desagua justamente nesse sistema que vem sendo assolado diariamente por um sem número de processos.

Indispensável, portanto, examinar a chamada “litigância habitual”, termo utilizado para identificar aqueles que, rotineiramente, figuram nas demandas judiciais do país, com uma estrutura própria voltada ao comportamento litigioso, desfrutando de algumas vantagens que o inserem nessa habitualidade: (i) o conhecimento prévio, por já terem litigado anteriormente; (ii) o desenvolvimento de maior expertise e pronto acesso a especialistas; (iii) o fato de possuírem economias de escala e terem baixos custos iniciais, pois têm mais casos; (iv) a criação de relações informais mais facilitadas com as instituições, por estarem sempre litigando; (v) a possibilidade de apostarem nas probabilidades e testar estratégias para determinados casos, a fim de aplicá-las aos casos semelhantes no futuro e minimizar a probabilidade de perda⁷.

Nesse aspecto, na listagem dessa categoria de litigante, destacam-se os planos de saúde, que, invariavelmente, contribuem para a manutenção e para a qualidade de um dos direitos mais importantes do ser humano: o direito à vida. Dada a relevância de sua atuação, o

⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022: ano-base 2021*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022: ano-base 2021*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022: ano-base 2021*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

⁷ GALANTER, Marc. *Por que "quem tem" sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Tradução de Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018 [Livro Digital].

questionamento que se faz reside justamente no motivo pelo qual os planos de saúde estão nesse rol de maiores litigantes e, assim, começa-se a delinear o objeto da pesquisa.

O acesso à justiça, sobretudo no que diz respeito ao Poder Judiciário como uma das portas de ingresso destinada à solução dos conflitos, não pode ser absoluto, especialmente quando é utilizado para abuso de direito.

Nesse sentido, deve-se analisar o comportamento das operadoras de planos de saúde que, na qualidade de litigantes habituais, utilizam-se do aparato do sistema de justiça para descumprir direitos e, com o seu comportamento imponderado, influenciam nos custos estatais para tratamento dessas contendas.

Considerando o impacto dessa atuação e partindo-se do pressuposto de que os recursos do Poder Judiciário são escassos, a questão será desenvolvida a partir da análise econômica do direito, que fornece um instrumental para justificar esse cenário de sobreutilização desse poder estatal.

Relevantes são os conceitos microeconômicos e as teorias clássicas para o exame de como essa qualidade de litigante decide permanecer em uma ação judicial, por um viés pragmático e multidisciplinar.

Para tanto, utilizar-se-ão o método científico e o método de abordagem hipotético-dedutivo. Quanto ao procedimento, maneja-se um trabalho monográfico, com enfoque na relação entre acesso à justiça, problemas da litigância habitual e análise da economia ao direito.

Em relação à técnica de pesquisa, será utilizada a de documentação indireta, nas modalidades bibliográfica e documental, com o exame de jurisprudências relacionadas ao assunto.

No primeiro capítulo, necessário contextualizar o desenvolvimento pelo qual o conceito de acesso à justiça passou, reconhecendo-se que não se trata única e indistintamente de acesso ao Poder Judiciário, com uma ideia ampliada de que este figura como uma das portas de entrada para a resolução dos conflitos postos na sociedade, especialmente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil. Em sequência, identificando os problemas da litigância no sistema de justiça, examinam-se os abusos processuais, bem como os mecanismos previstos na legislação para conter a litigiosidade habitual e abusiva.

No capítulo seguinte, detectou-se que os planos de saúde são os integrantes desse sistema de litigiosidade habitual, com a justificativa sobre a escolha dessa categoria no presente trabalho. Além disso, fundamental examinar o seu contexto no direito brasileiro como parte da estrutura do sistema de saúde, na forma prevista nos artigos 196 e seguintes da Constituição Federal e suas leis esparsas. Nesses termos, serão estudados os aspectos jurídicos e econômicos

dos contratos de planos de saúde, com inserção de conceitos fundamentais à economia, que também serão trabalhados no capítulo três, tais como externalidades e assimetria de informação. Por fim, ponderações serão feitas sobre a judicialização da saúde suplementar, com apontamentos sobre as principais discussões sobre o tema.

No terceiro capítulo, adentrar-se-ão aos conceitos basilares da economia aplicada ao sistema jurídico, com o exame sobre a gênese do movimento da análise econômica do direito no mundo e no Brasil e os principais pressupostos teóricos desenvolvido pelos juristas para justificar o comportamento dos litigantes.

Parte-se, inicialmente, da teoria da escolha racional, em que os indivíduos realizam escolhas direcionadas a maximização de suas riquezas e satisfação própria. Posteriormente, buscam-se as ideias sobre os custos, que envolvem tanto os gastos privados quanto os custos sociais, em uma perspectiva de se optar pela negociação privada ou pela tutela do sistema de justiça. Feito esse exame, passa-se a identificar as diretrizes da economia comportamental para análise da tomada de decisões, especialmente a ideia de otimismo, que pode repercutir na escolha na permanência em litigar.

Por fim, o quarto capítulo representa o encontro de todas as ideias tratadas ao longo do trabalho, com o estudo do comportamento dos planos de saúde, na qualidade de litigantes habituais, atuam no sistema de justiça e as “vantagens” que este possui, à luz das teorias microeconômicas estudadas anteriormente de se perpetuar no sistema de justiça. Por fim, foi vista a estrutura desenvolvida pelo Poder Judiciário para tratamento da litigiosidade da saúde suplementar, com apontamentos sobre alguns atos do Conselho Nacional de Justiça sobre a questão.

Para fundamentar as ideias delineadas no presente escrito, além da análise econômica tradicional, fundada nos modelos econômicos clássicos, também são utilizadas as ideias da economia comportamental, destacando-se os seguintes autores internacionais: Ronald Coase, Richard Posner, Steven Shavell, Daniel Kahneman, Amos Tversky. No âmbito nacional, fundamentais as ideias de Erik Navarro Wolkart, Bianca Bez e Ivo Teixeira Gico Júnior.

A importância da presente pesquisa reside no comportamento dos planos de saúde na perpetuação da litigância habitual para melhoria dos sistemas de justiça, com vistas a implementação de modelos para conter essa litigiosidade e fomentar uma mudança de postura para não trazer impactos aos sistemas de justiça e, conseqüentemente, aos litigantes individuais.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA E OS FATORES QUE CULMINARAM COM A CHAMADA “CRISE DO JUDICIÁRIO”: OS AMBIENTES PARA DESENVOLVIMENTO DA LITIGÂNCIA

O ponto de partida para análise da litigância advém do contexto do sistema de justiça criado no Brasil e, para tanto, a base fundamental é construída a partir do princípio do acesso à justiça, o qual passou por ampliações interpretativas para se chegar ao panorama atual que se tem hoje: a busca da solução dos conflitos não se resume apenas ao Poder Judiciário.

O presente capítulo analisa essa questão e sua relação com a expressiva litigiosidade que se formou no país, passando pela teoria do abuso de direito e das medidas de contenção da litigiosidade previstos no ordenamento processual para formação de uma tutela jurídica justa, tempestiva e adequada.

1.1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA E A CULTURA DE JUDICIALIZAÇÃO DOS CONFLITOS: A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

O estudo da efetividade do Poder Judiciário se inicia a partir do modelo de acesso à justiça implantado nos ordenamentos, sendo um dos pontos mais recorrentes de análise pela doutrina, pela academia e pelo Poder Público, na busca de um direito à tutela jurídica justa, tempestiva e adequada.

Entre os diplomas internacionais que tratam do tema, devem-se destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo 10⁸), a Convenção Europeia para proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 (artigo 6^o.1⁹), o Pacto Internacional

⁸ Artigo 10. Todas as pessoas têm direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública julgada por um tribunal independente e imparcial em determinação dos seus direitos e obrigações e de qualquer acusação criminal contra elas. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU]. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral da ONU, França, 10 dez. 1948. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em: 15 ago. 2021).

⁹ Artigo 6. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça. (UNIÃO EUROPEIA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais*. Roma: Conselho da Europa, 4 nov. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021).

sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966 (artigo 14.1¹⁰) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 8.1¹¹), diplomas importantes por trazerem a sua observância pelos Estados membros.

No âmbito doutrinário, o acesso à justiça ganhou novos contornos com o “Projeto Florença”, na década de 1970, capitaneado por Mauro Cappelletti e Bryan Garth, que, a partir da análise de ordenamentos jurídicos em diferentes países¹², apontaram os seguintes obstáculos que podem prejudicar a atividade jurisdicional: (i) o alto custo de um processo; (ii) a possibilidade das partes, no sentido de que aqueles que possuem maior condição financeira certamente obterão um bom resultado; (iii) a tutela dos direitos difusos¹³.

Os autores não apontam apenas problemas, mas também indicam algumas soluções e desenvolveram as chamadas “ondas renovatórias de acesso à justiça” com uma nova perspectiva do acesso à justiça¹⁴.

¹⁰ Artigo 14. 1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil. A imprensa e o público poderão ser excluídos de parte ou da totalidade de um julgamento, quer por motivo de moral pública, de ordem pública ou de segurança nacional em uma sociedade democrática, quer quando o interesse da vida privada das Partes o exija, que na medida em que isso seja estritamente necessário na opinião da justiça, em circunstâncias específicas, nas quais a publicidade venha a prejudicar os interesses da justiça; entretanto, qualquer sentença proferida em matéria penal ou civil deverá tornar-se pública, a menos que o interesse de menores exija procedimento oposto, ou o processo diga respeito à controvérsias matrimoniais ou à tutela de menores. (BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 06 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 15 ago. 2021).

¹¹ Artigo 8.1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969 – Pacto de San José da Costa Rica. Brasília, DF: Presidência da República, 9 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 15 de ago. 2020).

¹² O objeto do estudo foi composto, em sua maioria, por países de economia desenvolvida e, na visão de Eliane Botelho Junqueira "chama a atenção a ausência do Brasil no Florence Project, enquanto outros países da América Latina (como Chile, Colômbia, México e Uruguai) se fizeram representar, relatando as suas experiências no campo do acesso à Justiça". (JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro n. 18, 1996/2, p. 390, [Online]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>. Acesso em: 01 out. 2021). Não obstante esse fato, não há dúvidas de que os estudos de Mauro Cappelletti e Bryan Garth são um marco para a compreensão do acesso à justiça, com reflexos de suas ideias no Brasil, em especial quanto às chamadas “ondas renovatórias”, ainda que não tenha ocorrido um delineamento específico neste país.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 15-29.

¹⁴ Mauro Cappelletti e Bryan Garth trazem como primeira onda a reforma do judiciário, para viabilizar um efetivo acesso à assistência jurídica a quem necessite e, para tanto, é necessário reformular o sistema de assistência judiciária aos pobres. A segunda onda diz respeito à representação dos direitos difusos, ou seja, deve-se tutelar também direitos de grupos determinados ou indeterminados que ficam à margem do processo civil tradicional. Por último, a terceira onda renovatória propõe uma nova visão de acesso à justiça, a fim de identificar os diferentes tipos de litúgio e criar uma estrutura para melhor solução dos conflitos, com realização de reformas, modificações

No ordenamento jurídico brasileiro, o assunto tem como ponto de partida a Constituição Federal de 1988, que introduziu um rol de direitos e garantias fundamentais em seu Título II, contrapondo-se ao contexto de restrição daqueles antes estabelecido no período da Ditadura Militar instituída no ano de 1964¹⁵.

Passados vinte anos de um período obscuro fortemente marcado pela centralização do poder apenas no Executivo por meio de Atos Institucionais¹⁶, o momento de redemocratização privilegiou em seu texto constitucional uma extensa lista de normas fundamentais insculpidos no artigo 5º da Carta Constitucional.

O artigo supracitado dedicou atenção em alguns incisos às garantias processuais¹⁷ e, para fins do presente estudo, destaca-se a previsão contida no inciso XXXV, denominado “princípio da inafastabilidade da jurisdição” ou também conhecido como “direito de ação”, que disciplinar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, corolário máximo do chamado “acesso à justiça”¹⁸.

nos procedimentos e na estrutura dos tribunais, entre outros. (CAPPELLETTI; GARTH. *Acesso à Justiça*, 1988, p. 30-73).

¹⁵ Sobre o contexto histórico da época da Assembleia Constituinte, valorosas são as lições de José Afonso da Silva, que assim afirmou: “A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começara assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o Ato Institucional nº 5, de 13.12.1968, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos Governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social. [...]. O Brasil ingressava, assim, naquele momento histórico que a teoria constitucional denomina *situação constituinte*, situação que se caracteriza pela necessidade de criação de normas fundamentais, consagradoras de nova ideia de direito, informada pelo princípio da justiça social, em substituição ao sistema autoritário que nos vinha regendo havia já cerca de vinte anos” (SILVA, José Afonso da. Prefácio. In: LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnica, 2013, vol. 1, p. 20, grifo do autor. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/geneseconstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf#preface>. Acesso em: 30 ago. 2021).

¹⁶ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Constitucionalismo sob a ditadura militar de 64 a 85. *Revista de Informação Legislativa*, v. 197, p. 161-174, 2013, [Online]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/50/197/ri_l_v50_n197_p161.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021.

¹⁷ Sem adentrar com profundidade à temática constitucional, destaca-se que a denominação “garantias processuais” foi utilizada de forma genérica para abranger todo o sistema de direitos e garantias processuais previsto no artigo 5º da Constituição Federal. Ao tratar do tema das garantias constitucionais do processo, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco lecionam que a dogmática alemã apresentou a expressão “Justizgrundrechte”, que indica um elenco de proteções na Constituição com objetivo de proteger o indivíduo no contexto do processo judicial. Segundo os autores, a expressão é imperfeita em razão de muitos desses direitos transcenderem a esfera judicial e, à falta de denominação genérica no contexto brasileiro, optaram por designar a expressão “direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo”, embora também haja, na concepção dos professores, uma imprecisão terminológica. Sobre a questão, conferir: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Série IDP - Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172832/>. Acesso em: 20 out. 2021. De igual forma, Paulo Bonavides também se aprofundou no conceito e na classificação das garantias constitucionais, assim, reporta-se a BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 519-559.

¹⁸ A doutrina aponta que os antecedentes históricos do princípio da inafastabilidade da jurisdição remontam à Constituição do Império que, entre outras garantias, contemplou, em seu artigo 179, a independência do Poder

Embora a previsão do princípio esteja nos contextos internacional e nacional ao menos há mais de três décadas, havia uma grande dificuldade prática na sua aplicação em virtude de ser vislumbrado apenas sob a perspectiva do Poder Judiciário, ou seja, o direito fundamental de acesso à justiça foi identificado, por muito tempo, como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, o que culminou com um grande número de demandas que o sobrecarregaram.

Aliado a isso, a inserção de um Estado Democrático de Direito em 1988 trouxe novos direitos a serem tutelados e a proteção de direitos coletivos e difusos, exigindo cada vez mais a atuação estatal aos conflitos sociais, o que, indiscutivelmente, refletiu em uma maior busca pelo referido poder estatal¹⁹. A dinâmica das relações sociais e a sua complexidade também foi um outro fator de grande relevo para poder ser um propulsor de demandas²⁰.

Ricardo Geraldo Rezende Silveira expõe que as décadas de 1970 e 1980 acentuaram as mudanças sociodemográficas do Brasil, com alteração do perfil da população e das relações jurídicas. Nesse cenário, o autor aponta que o Código de Processo Civil de 1973 agravou o problema da eficiência do Poder Judiciário em virtude de seu viés eminentemente técnico e desconexo da realidade. Nas décadas posteriores os problemas se consolidaram e houve, na visão do citado autor, um “surto” de ampliação da demanda e do Judiciário em si, “além das atividades paralelas que cresceram de forma desproporcional sob o discurso da necessidade de promover o acesso à justiça a todos os brasileiros a partir dos novos parâmetros inaugurados pela Constituição de 1988”²¹.

Para além das questões demográficas, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Karol Araújo Durço sustentam que o Estado, ciente de seu fracasso ao atender às necessidades mais

Judiciário, dispondo que "nenhuma autoridade poderá avocar as causas pendentes, sustá-las ou fazer reviver os processos findos". Apesar de as primeiras Constituições da República não incluírem expressamente o tema em seus textos, os doutrinadores da época sempre o consideraram implícito, em decorrência do Princípio da Separação dos Poderes. Sobre o contexto histórico do chamado “direito de ação”, conferir: GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973.

¹⁹ PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Acesso à justiça: Projeto Floresça e Banco Mundial*. 2009. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1267>. Acesso em: 10 out. 2021.

²⁰ Sobre essa questão, Kazuo Watanabe constatou ainda em 1988 que a sociedade moderna possui uma complexidade cada vez maior, tanto pela sua estrutura e as atividades econômicas que exigem uma multiplicidade de campos de atuação, quanto pelo próprio cidadão em suas atividades cotidianas e em sua vida presidida pela economia de massa regulada por um emaranhado de leis e orientada por um grande número de informações, muitas delas orientadas pelo incontrolável consumismo. (WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade moderna*. In: WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 3-10). Se, naquela época, o autor já constatava essa circunstância, a introdução das novas tecnologias nos tempos atuais imprimiu um cenário ainda mais multifacetado e continua sendo também um grande influenciador do aumento do número de demandas, tema que será enfrentado nos tópicos subsequentes

²¹ SILVEIRA, Ricardo Geraldo Rezende. *Acesso à Justiça*. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2020. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935390/>. Acesso em: 30 out. 2021.

básicas da população, forjou a ideia de que o Poder Judiciário deve ter uma posição paternalista em relação ao jurisdicionado²².

Dado esse contexto, Luís Roberto Barroso apresenta como uma das causas para a judicialização o fato de a Constituição trazer numerosas matérias que eram deixadas para a legislação ordinária, incorporando uma tendência mundial iniciada com as Constituições de Portugal e da Espanha nos anos, respectivamente, de 1976 e 1978²³. Assim, na visão do autor, dado o seu caráter analítico, a partir do momento que uma questão é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode se transformar em ação judicial²⁴.

Ao Poder Judiciário, portanto, foi destinada a função de protagonista da promoção dos direitos sociais e, para tanto, o papel do juiz se voltou para a garantia de que referidos direitos sejam, efetivamente, cumpridos, sem que houvesse uma análise prévia sobre tratamento e prevenção de conflitos.

Nesse cenário, a interpretação do princípio do acesso à justiça destinou a apenas um dos Poderes da República a função de solução dos conflitos existentes na sociedade, aliado à ideia de obtenção do monopólio da jurisdição, no qual, historicamente, o estágio civilizatório da humanidade exigiu que o Estado-juiz tomasse para si a solução de controvérsias, vedando-se, via de regra, a autotutela²⁵⁻²⁶.

²² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O “juiz hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. II, p. 20-54, 2008.

²³ Luís Roberto Barroso conceitua judicialização como questões de larga repercussão política ou social que têm sido decididas pelos órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais. (BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 10 out. 2021).

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009.

²⁵ Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco expõem que, nas fases primitivas de civilização dos povos, inexistia um Estado forte com soberania e autoridade para garantir o cumprimento do direito e se sobrepor aos ímpetus individualistas dos homens. À medida que o Estado foi se firmando e se impondo aos particulares, nasceu, gradativamente, a sua tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos. (CINTRA, Antônio Calor de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26-29).

²⁶ Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas elucidam bem a questão: “No texto de 1988, consta como compromisso da sociedade brasileira, na ordem interna e internacional, a solução pacífica das controvérsias. Após esta introdução, no artigo 5º, inciso XXXV, tem-se o denominado *princípio do acesso à justiça*, ou seja, a garantia de que todos os cidadãos devem ter o direito de dispor de meios de tratar suas controvérsias. Neste íterim, deve-se notar que o mesmo dispositivo constitucional também é utilizado como fundamento do princípio denominado inafastabilidade do Judiciário. Tal contexto faz com que as noções de acesso à justiça e da inafastabilidade do Poder Judiciário sejam examinadas como um dueto indissolúvel, como irmãos siameses, situação que se afigura como falsa. Com efeito, não se trata de mero acaso, pois, historicamente, atribui-se ao Poder Judiciário o monopólio da – que se convencionou denominar – justiça. Assim, construiu-se a cultura de que ‘solucionar conflitos’ e acessar o Judiciário fossem sinônimos entre si, e estes fossem equivalentes a obter justiça. Contudo, a

A busca incessante pelo Poder Judiciário na solução das controvérsias, portanto, insere-se em um contexto denominado por Kazuo Watanabe de “cultura da sentença”, segundo a qual é implantada a partir de uma mentalidade forjada na academia e fortalecida na prática forense de que a solução adjudicada pelo juiz por meio da sentença²⁷.

Diante dessa cultura e dos fatores acima apresentados, o Poder Judiciário enfrentou e – diga-se de passagem, vem enfrentando – um alto número de demandas em tramitação, com a consequente impossibilidade de gerir e solucionar todos os conflitos em tempo razoável.

Os fatores apresentados culminaram com uma verdadeira “crise do Poder Judiciário”, que vem sendo objeto de estudo e constitui permanente pauta no âmbito dos Tribunais e do Conselho Nacional de Justiça²⁸ –²⁹.

A respeito do tema, José Joaquim Calmon de Passos³⁰ argumenta que não existe uma crise específica do Poder Judiciário, pois os fatores que o levaram ao potencial colapso não são internos. Assim, não se pode concluir que o próprio poder criou a situação, mas, ao contrário,

estruturação do processo jurisdicional numa lógica combativa não só foi incapaz de tratar os conflitos apresentados pela sociedade, como também contribuiu para ampliar a litigiosidade do ordenamento pátrio. (grifo do autor)” (MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Rui. Métodos ou tratamento adequados dos conflitos?. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, v. 1, p. 323-350, 2018, [Online]. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_13.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021).

²⁷ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

²⁸ São numerosas as iniciativas do Conselho Nacional de Justiça para conter esse avanço no número de processos, seja no acompanhamento dos dados de produtividade, com a elaboração do Relatório “Justiça em Números”, seja com premiação de boas práticas nos Tribunais para estimulá-los a dar soluções para o problema da deficiência na prestação jurisdicional (<https://boaspraticas.cnj.jus.br/portal>), seja com introdução de normativas para políticas de tratamento de conflitos. Convém ressaltar, ainda, que, nos últimos anos, após o cenário de pandemia, foram publicados diversos atos para inserção da tecnologia no Poder Judiciário, de modo a conferir mais celeridade aos processos e aproximar a justiça dos cidadãos, como a Resolução nº 337, de 29/9/2020, que dispõe sobre a utilização de videoconferência no Poder Judiciário, a Resolução n. 345, de 9/10/2020, que insere o “Juízo 100% Digital” nas Unidades Judiciárias, entre outros.

²⁹ Esclarecedores são os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover: “É sabido que ao extraordinário progresso científico do Direito Processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça. A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflitos; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do Direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os ‘justiceiros’)”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v. 2, n. 5, abr. 2008, [Online]. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/wp-content/uploads/2012/09/ENM_05.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021).

³⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 204.

contextos socioeconômicos e culturais culminaram com o cenário apresentado, o que, inclusive, será apresentado nos tópicos subsequentes³¹.

O fato é que o relatório “Justiça em números” do Conselho Nacional de Justiça não deixa dúvidas de que a situação do país é grave, tendo diagnosticado, no ano de 2021, aproximadamente, 77,3 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário Brasileiro e, em média, a cada 100.000 habitantes, 11.339 ingressaram com uma ação judicial no referido ano³².

Nesses termos, vem-se buscando cada vez mais propostas para solucionar a questão da morosidade, sem prejuízo do acesso à população, de modo que esta tenha seus conflitos resolvidos de forma tempestiva e adequada.

A partir das reflexões de Kazuo Watanabe sobre acesso à justiça, a doutrina passou desenvolver uma compreensão de um novo modelo de justiça, transmutando-se o conceito puro e simples de “acesso à justiça” para o “acesso à ordem jurídica justa”, que não abarca a solução das contendas apenas pela via do Poder Judiciário.

Há, pois, uma modificação na percepção do verdadeiro papel do acesso à justiça, que não está mais adstrito à atuação de um único poder estatal, com a revisitação do conceito de jurisdição para contemplar a justiça estatal, a arbitral e a conciliativa³³.

Não se pode concluir que apenas o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 foi capaz, por si só, de trazer todos os conflitos ao Judiciário, pois há uma conjuntura social e ideológica que influenciou diretamente, o que será objeto de exame no tópico seguinte.

³¹ Em uma crítica mais contundente, Adel El Tasse aponta que o Judiciário brasileiro não está em crise, “é o modelo de Justiça brasileira que já não serve mais”. Sobre a questão, leciona o autor: “crise pressupõe que, em algum momento, se teve, no Brasil, justiça célere e efetiva, para todos os setores da sociedade, o que, em momento algum, ocorreu”. (TASSE, Adel El. *A "crise" no Poder Judiciário: a falsidade do discurso que aponta os problemas, a insustentabilidade das soluções propostas e os apontamentos para a democratização estrutural*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 43). Com o máximo respeito ao doutrinador e não obstante todos os problemas que o Poder Judiciário enfrenta, não se mostra possível seguir esse caminho, pois parece que o autor imputa todos os obstáculos apenas ao modelo de justiça, quando, na realidade, como já visto, a questão vai além e sobre ela se incluem fatores políticos, econômicos, sociais e até mesmo culturais.

³² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022: ano-base 2021*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

³³ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 3.

1.2 REVISITAÇÃO DO CONCEITO DE ACESSO À JUSTIÇA E A CRISE DA JUSTIÇA: ONDE ERRAMOS?

Analisado o panorama do princípio da inafastabilidade da jurisdição e todas as suas repercussões na estrutura do sistema de justiça no tópico anterior, conclui-se que um dos principais fatores para a chamada “crise da justiça” reside na relação quase que indissociável do referido princípio ao chamado acesso ao Poder Judiciário.

Não é possível atribuir um único motivo para o alto número de demandas que se tem atualmente, pois há uma junção de questões que contribuem para essa realidade, as quais, inclusive podem atuar concomitantemente para a continuidade do problema.

À pergunta “Onde se errou no contexto do acesso à justiça, que culminou com um inchaço do Poder Judiciário?” deve-se notar que não há uma resposta certa ou um caminho único.

O primeiro fator preponderante é a cultura litigiosa do próprio ser humano que, como ser social, possui uma natureza conflituosa com o outro na busca pela satisfação de seus interesses pessoais³⁴. Para além da mera análise filosófica do sujeito, que não é o ponto central desse trabalho, é necessário identificar que a legislação, ao tratar o Poder Judiciário como salvaguarda da sociedade, contribuiu para houvesse uma sobrecarga de trabalho e o processo fosse a finalidade máxima para solução dos conflitos.

Destaca-se que as próprias lições das faculdades de direito, até pouco tempo atrás, trabalhavam com um modelo de processo centrado no litígio, sem se preocupar com o adequado tratamento dos conflitos³⁵.

Outro ponto expressivo é a morosidade do Poder Judiciário, que não pode ser visualizada em um único aspecto, pois perpassa por questões de estrutura físicas nos órgãos jurisdicionais, de presença de servidores nas unidades em número suficiente e compatível com

³⁴ RABEO, Elson de Assis. Medo, reverência, terror: quatro ensaios de iconografia política. *Varia Historia*, jan-abr./2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0104-87752015000100016>. Acesso em: 29 ago. 2021.

³⁵ Apenas no ano de 2018 que o Ministério da Educação inseriu como disciplina obrigatória os Métodos Adequados de Tratamento de Conflitos por meio da Resolução nº 5/2018 (BRASIL. Ministério da Educação. *Resolução nº 5, de 17 de setembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113. Acesso em 03 ago. 2021). De igual modo, ainda na busca por uma visão interdisciplinar e com um olhar voltado aos problemas sociais, o Conselho Nacional de Justiça determinou, no ano de 2021, por meio da Resolução nº 423, que os concursos públicos para magistratura exijam temas como inclusão das minorias, direito digital, análise econômica do direito e economia comportamental. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 423, de 05 de outubro de 2021*. Altera a Resolução CNJ no 75/2009, que dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4147>. Acesso em: 04 ago. 2021).

a quantidade de processos em tramitação³⁶, de gestão de processos nas unidades judiciárias, de política judiciária e de burocracias institucionalizadas pela legislação.

A litigância de massa que se transmuda em litigância habitual é outro aspecto que merece destaque, sobre o qual o presente trabalho se debruçará mais adiante, por ser um dos responsáveis pelo alto número de demandas e que, por óbvio, também traz impacto na morosidade do sistema.

O sistema de custas processuais de ingresso no processo civil brasileiro também pode ser visualizado como uma causa de sobreutilização do Poder Judiciário por servir de estímulo ao ajuizamento de demandas a custo baixo e, no âmbito da alocação de recursos, talvez seja mais viável ingressar judicialmente a resolver os conflitos pela via extrajudicial, questão essa que será melhor aprofundada nos capítulos 3 e 4 quando da análise econômica do comportamento dos sujeitos processuais.

O Brasil adotou um sistema de custeio misto de processo judicial, em que os gastos são pagos tanto pelas partes, quanto pelo Estado³⁷ e, segundo leciona Hipólito Gadelha Remígio, a intenção é que, inicialmente, o interessado arque com seus custos “porém, cobra-se dele um montante absolutamente insuficiente para fazer face às necessidades do Poder Judiciário, o que impõe a maior parte do custeio sobre a totalidade da sociedade”³⁸.

Benjamin Miranda Tabak expõe que, na Inglaterra, o administrador sabe com exatidão quanto vale uma hora de trabalho nos procedimentos judiciais e, assim, esse valor é cobrado dos litigantes. O autor leciona que, “a litigância nos países que optam por uma forma mais justa de cobrança de despesas (ressarcimento), que por consequência será mais cara que o valor usual, desestimulam a judicialização das demandas, sendo o Judiciário a última via para a solução dos

³⁶ De acordo com o Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário Nacional possui 266.338 (duzentos e sessenta e seis mil, trezentos e trinta e oito) servidores. Levando em consideração que há, em média, 75 milhões de processos em trâmite no país, ao se fazer uma conta rápida e sem muita profundidade, vê-se que, para cada servidor, há, aproximadamente, 280 (duzentos e oitenta) processos em trâmite. Na análise da relação entre a população e quantidade de juízes, referido relatório constatou que há, em média, 8 juízes para cada cem mil habitantes, o que beira o absurdo. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022: ano-base 2021*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022).

³⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Diagnósticos das custas processuais praticadas nos tribunais*. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/relat_custas_processuais2019.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

³⁸ REMÍGIO, Hipólito Gadelha. *Custos no serviço público: um modelo aplicado ao custeio dos processos judiciais*. 2002. Dissertação (Mestrado em Contabilidade) – Programa multi-institucional e interregional de pós-graduação em Ciência Contábeis, UnB, UFPB, UFPE e UFRN, Brasília, 2002. Disponível em: http://ppgcont.unb.br/images/PPGCCMULTI/mest_dissert_009.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

conflitos”³⁹, de forma que um sistema de custas pode ser fator de contenção ou de produção de litigiosidade.

Assim como o modelo de custas iniciais, o sistema de repartição de custas no curso do processo também deve ser examinado, tendo como parâmetros os sistemas inglês e norte-americano. No primeiro, baseado no princípio "the loser pays all", identifica que a parte vencida, ao final do processo, é responsável por restituir ao vencedor todas as despesas processuais, hipótese esta abarcada pelo Brasil no artigo 85 do Código de Processo Civil⁴⁰.

O sistema norte-americano, por outro lado, intitulado "each pay his own", determina que cada litigante deve arcar com os custos decorrentes do acionamento do Poder Judiciário, independentemente do resultado final⁴¹, o que contribui para uma litigância mais responsável, pois, a princípio, as pessoas envolvidas no conflito estariam dispostas a ingressar judicialmente quando, efetivamente, tenham razão, já que os seus gastos não serão ressarcidos⁴².

Aliado a esses pontos, necessária também a análise econômica sobre o tema, que será examinada em um capítulo próprio, a qual também será objeto de aprofundamento mais adiante, seja sob a perspectiva dos custos internos, que contemplam problemas de orçamento e de gestão, seja sob o ponto do acesso pelos jurisdicionados em relação às custas da demanda.

A ausência de uniformização da aplicação da legislação brasileira também é um fator a ser observado, pois a discrepância de entendimento entre os Tribunais – e até mesmo entre os próprios setores, como turmas, câmaras e varas – ocasionam um cenário de insegurança jurídica aos jurisdicionados⁴³.

Não obstante todo o contexto apresentado a partir da Constituição Federal de 1988, deve-se esclarecer que o panorama de crise já vinha sendo examinado desde a criação do Código

³⁹ TABAK, Benjamin Miranda. O custo da justiça à luz das modernas técnicas de gestão judicial e da análise comportamental do direito. *Revista jurídica*, Curitiba, v. 3, n. 48, 2017 [Online]. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.48.20.pdf. Acesso em: 27 jul. 2022.

⁴⁰ Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 out. 2021).

⁴¹ GUERINI, João Furtado; OBREGON, Macelo Fernando Quiroga. A Clássica dicotomia na classificação dos sistemas de repartição de custas no processo civil: sistema inglês x sistema norte-americano. *Revista Derecho y Cambio Social*, n. 53, ano XV, 2018. Lima, Peru. [Online]. Disponível em: https://www.derechocambiosocial.com/revista053/A_CLASSICA_DICOTOMIA.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

⁴² Conforme será visto mais à frente, no estudo da análise econômica da litigância, a probabilidade de êxito impacta o custo judicial esperado da parte, a qual se sente incentivada a permanecer no litígio pelo otimismo em vencer.

⁴³ Eduardo Cambi há muito se debruçou sobre essa questão e trouxe a ideia de "jurisprudência lotérica", quando uma mesma questão jurídica é julgada de duas ou mais maneiras distintas. Para o autor, essa situação "proporciona a falta de certeza do direito, sendo causa de crise, pois é a certeza quanto à aplicação do direito que dá segurança à sociedade e aos indivíduos que a compõem, na medida em que sub incerto enim iure nemo bonorum aut animae securus vivit (sob um direito incerto, ninguém vive seguro dos bens ou da vida). (CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência lotérica*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.90, n.786, p.108-128, abr. 2001).

de Processo Civil de 1939, tendo o legislador, em sua exposição de motivos, apresentado dificuldades relacionadas à morosidade da justiça e a sua efetividade, consoante se verifica no seguinte trecho:

O processo era mais uma congérie de regras, de formalidades e de minúcias rituais e técnicas a que não se imprimira nenhum espírito de sistema e, pior (sic), a que não mais animava o largo pensamento de tornar eficaz o instrumento de efetivação do direito. Incapaz de colimar o seu objetivo técnico, que é o de tornar precisa em cada caso a vontade da lei, e de assim tutelar os direitos que os particulares deduzem em juízo, o processo decaía da sua dignidade de meio revelador do direito e tornara-se uma arma do litigante, um meio de protelação das situações ilegítimas, e os seus benefícios eram maiores para quem lesa o direito alheio do que para quem acorre em defesa do próprio.

Pode-se dizer, porém, que não foi de caráter meramente técnico a crise do nosso Direito Judiciário. As profundas transformações operadas em todos os campos da atividade humana, particularmente as transformações sociais e políticas, concorreram para manifestar a extensão dessa crise, pois levaram os benefícios da ordem jurídica a terrenos que a velha aparelhagem judiciária não estava capacitada para alcançar. O processo em vigor, formalista e bizantino (sic), era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces⁴⁴.

Conclui-se, portanto, que dadas as devidas ressalvas com o contexto histórico da época, que tinha uma população proporcionalmente menor do que nos dias atuais⁴⁵, notadamente pelo escopo do processo civil do momento, há mais de oitenta anos já se discutia o problema do processo civil e sua efetividade na sociedade.

O tema está longe de ser combatido em curto prazo, mas se mostra necessária a reunião de esforços para que se consiga caminhar e melhorar o sistema para que todos tenham acesso à tutela jurisdicional tempestiva e adequada. Um breve estudo do ordenamento jurídico indica que o legislador tentou modificar esse panorama.

O Código de Processo Civil de 1973, formulado em um contexto de liberalismo, com um pensamento de não intervenção Estatal, foi estruturado para que o processo fosse mera

⁴⁴ BRASIL. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1938. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em: 01 out. 2021.

⁴⁵ De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil tinha, em 1940, o total de 41.236.315 (quarenta e um milhões, duzentos e trinta e seis mil, trezentos e quinze) pessoas, sendo que, atualmente, a população brasileira é de 214.407.127 (duzentos e quatorze milhões, quatrocentos e sete mil cento, e vinte oito) pessoas. A diferença de números é significativa para os contextos processual e social da época, em comparação ao que se tem atualmente. No entanto, nota-se que, mesmo com um número populacional muito inferior, o país já convivia com problemas de morosidade na justiça. Conferir: BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estatística de povoamento: evolução da população brasileira*. Disponível em: <https://brasil500anos.ibge.gov.br/estatisticas-do-povoamento/evolucao-da-populacao-brasileira.html>. Acesso em: 30 ago. 2021; BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *População do Brasil*. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php. Acesso em: 30 ago. 2021).

satisfação do direito material no período chamado “procedimentalismo”. Construiu-se, à época, sobre uma estrutura formal e estanque, cujo procedimento estava centralizado na figura do juiz, o qual apenas tinha espaço para fazer a subsunção da norma ao caso concreto⁴⁶.

O Estado Democrático de Direito instituído com a Constituição Federal de 1988 teve um papel relevante na codificação processual de 1973 que, embora não tenha respondido de imediato às nuances trazidas pela nova carta constitucional⁴⁷, adaptou-se aos poucos a essa nova realidade.

Percebe-se, pois, que o corpo normativo de 1973 passou a ser olhado sob o prisma dos ditames constitucionais, o que culminou com uma onda de reformas, indicando que houve uma busca pela efetividade do processo e em uma perspectiva de que não era apenas o Poder Judiciário o detentor do monopólio para a solução de contendas.

Essa mudança de panorama do acesso à justiça, não mais voltado ao acesso ao Poder Judiciário, pode ser visualizada a partir da criação da Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais na estrutura da justiça do país.

Registre-se que o ordenamento brasileiro já possuía uma legislação que disciplinava sobre "pequenas causas" na Lei nº 7.244/84, o que representou uma porta de entrada aos menos favorecidos economicamente para resolver seus conflitos, contudo, a Lei nº 9.099/95 representou um novo parâmetro de acesso à justiça no país, trazendo não só a hipótese de Juizado Especial Cível, como também o ingresso do jurisdicionado no âmbito criminal.

A legislação de 1995, embora parecida em alguns pontos com o diploma sobre "Juizados de Pequenas Causas", trouxe mudanças procedimentais e de competência e inaugurou um sistema de solução de conflitos⁴⁸, alinhado com o paradigma constitucional. Posteriormente,

⁴⁶ Sobre o panorama histórico das codificações brasileiras, conferir: MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In MACÊDO Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs). *Doutrina Seleccionada*: parte geral. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 35-63.

⁴⁷ Fazendo um comparativo com o Código Civil, Rodrigo Mazzei aponta que a recepção dos ditames disposta na Constituição Federal de 1988 foi mais tímida no Direito Processual, "pouco se cogitando sobre revogação de dispositivos atrelados ao Código de Processo Civil, também sendo de presença pequena as falas sobre a necessidade de uma releitura completa da codificação de 1973, para que esta se conformasse a um modelo de Estado Democrático." O autor afirma, ainda, que, em verdade, os grandes trabalhos sobre a visualização da legislação processual sob o prisma do ordenamento constitucional passaram a surgir no fim da década de 90 e no virar do milênio. (MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In MACÊDO Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs). *Doutrina Seleccionada*: parte geral. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 35-63).

⁴⁸ No âmbito cível, importante registrar que a Lei 9.099/95 modificou a nomenclatura, eliminando a expressão "pequenas causas" para "Juizados Especiais". Além disso, ampliou-se o procedimento, aumentando-se a competência para julgamento de causas de até vinte salários mínimos para quarenta salários mínimos. Contudo, torna-se obrigatória a presença do advogado nas situações que envolvem causas acima de vinte salários. (CHASIN, Ana Carolina da Matta. O Juizado Especial Cível e a Reforma do Judiciário no Brasil. *Revista de Ciência Política*, vol. 21, n. 1, p. 97-114, jan./jun. 2012).

seguindo esse escopo, também foi criado o Juizado Especial no âmbito da Justiça Federal (Lei 10.259/2001).

A instauração de uma audiência de conciliação no procedimento do Juizado Especial se mostrou como um avanço a fim de que se consiga obter a resolução dos litígios antes mesmo de se prosseguir às demais fases processuais e, nesse sentido, tem-se que referida legislação pôde ser considerada um embrião para o nascimento de um microsistema de solução adequada de litígios que existe no âmbito do direito processual civil.

Contudo, viu-se que, na prática forense, a realização da supracitada audiência não exigia profissional capacitado para conduzi-la, tampouco havia previsão de curso de formação na área, de forma a inviabilizar que a pessoa nomeada como conciliadora intervenha junto às partes tecnicamente e firmasse uma análise técnica para o tratamento do conflito⁴⁹, à diferença do que foi feito no Código de Processo Civil de 2015 ou na Lei de Mediação, os quais serão enfrentados mais adiante. Entretanto, ainda assim, mostrou-se um avanço, diante do sistema que existia à época.

A busca por maior celeridade e efetividade no processo trouxe algumas reformas realizadas no Código de Processo Civil de 1973, como a Lei nº 9.245/95, a qual alterou as regras relativas ao procedimento sumário, com a instauração de uma primeira audiência de conciliação.

A Lei nº 8.952/94 também estabeleceu disposições sobre conciliação, prevendo a possibilidade de o juiz, a qualquer tempo, poder conciliar as partes (art. 125, IV), bem como a realização de uma audiência preliminar de conciliação no procedimento ordinário, de forma a tentar o acordo entre as partes, mas também para sanear o processo.

Necessário evidenciar, neste tocante, que referidas reformas não se configuram como a instauração de um sistema de método adequado de soluções de conflitos no âmbito judicial, mas são essenciais para demonstrar a mudança de pensamento do legislador para que se instaure um processo compatível com os anseios de se resolverem os litígios das partes.

Outro aspecto pertinente no contexto de solução ao abarrotamento do judiciário foi a criação da Lei de Arbitragem, em 1996, para se obter a solução aos conflitos por intermédio de um terceiro que, embora também tenha caráter jurisdicional, não integra a estrutura de poderes do Estado, é um sistema heterocompositivo⁵⁰ ladeado à figura do juiz estatal.

⁴⁹ SANTIAGO, Hiasmine; NAVARRO, Trícia Navarro Xavier. Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: avanços e perspectivas. *Revista Eletrônica CNJ*, v. 4, p. 199-211, 2020.

⁵⁰ Apesar da relevância da arbitragem, vê-se que, em termos práticos e de rotina judiciária, a jurisdição arbitral ainda é intangível à maioria da população do país, seja pelos custos iniciais – sem se pensar no custo-benefício a curto ou médio prazo –, seja pelo próprio desconhecimento da população sobre esse método de tratamento de

Buscar uma composição dentro do processo é essencial para estimular uma mudança de pensamento nos sujeitos, que não pode mais ser centrada apenas na figura do juiz, e viabilizar um tratamento para o conflito de modo que os envolvidos, por si próprios, cheguem a uma solução.

Seguindo essa linha do tempo, passa-se ao exame constitucional sobre a questão, com destaque para a Emenda Constitucional nº 19/1998 e a Emenda Constitucional 45/2004. A primeira introduziu o princípio da eficiência no âmbito da administração pública no *caput* do artigo 37 que, segundo Júlio Cesar Marcellino Junior, ofereceu “as bases normativas da reforma administrativa de caráter gerencial, passando a vincular os demais princípios da administração pública. Aproxima-se o Poder Judiciário da ideia de empresa, pautando-se pela diretriz da relação custo-benefício”⁵¹.

A Emenda Constitucional nº 45/2004, por sua vez, foi inserida no sistema jurídico justamente para remodelar o Poder Judiciário da época, dando-lhe mais transparência. Naquela ocasião, foi criado o Conselho Nacional de Justiça, órgão administrativo do Poder em questão com o papel de fiscalizar e organizar a estrutura jurisdicional, cuja atuação se destaca na atualidade e será muito examinada no presente trabalho.

conflito. No tocante aos gastos com arbitragem, há quem defenda que é simplista a ideia de que o valor para as partes se socorrerem da jurisdição arbitral é maior do que a estatal. Nesses termos Joaquim de Paiva Muniz aponta dois motivos para reforçar essa ideia de simplismo: “[...] a uma, porque se deve focar mais no custo relativo do que no absoluto. Como a arbitragem mostra-se mais rápida do que o processo judicial, a diferença do custo do dinheiro no tempo compensa financeiramente o investimento maior em um primeiro momento. Note-se que os juros moratórios aplicáveis aos processos são inferiores ao custo de captação de recursos no mercado, ou seja, se o credor precisar do valor objeto da arbitragem para outro fim terá prejuízo. Some-se a isso a possibilidade de perdas de boas oportunidades de investimentos. O outro grande aspecto do custo relativo concerne ao tempo. Einstein ensinou que ele é relativo, então a duração média de uma arbitragem doméstica, entre 15 e 18 meses, ou mesmo de dois a três anos em litígios muito complexos, mostra-se muito rápida, comparada com o processo judicial. Não devemos, contudo, nos conformar em ser os “menos piores” (sic). A arbitragem pode ser mais célere, se os árbitros forem menos atarefados e não tiverem temor de tomar providências como indeferir perícias e manifestações desnecessárias. A duas, o custo final do processo judicial poderá ser mais alto do que a arbitragem, considerando a sucumbência, especialmente no novo Código de Processo Civil, que restringiu a margem de manobra para o Poder Judiciário reduzir o montante dessa verba quando o valor da causa mostra-se elevado. Na arbitragem, a princípio, não é devido sucumbência ao advogado, embora seja comum ressarcimento da parte vencedora pelo custo razoável com honorários advocatícios – o que não se confunde com a verba sucumbencial do Código de Processo Civil, de natureza autônoma e devida diretamente ao advogado. Grandes litígios judiciais tenderão a dar azo a grandes sucumbências, por força da lei processual, aumentando a condenação no mínimo em 10% ao passo que na arbitragem as partes poderão fixar honorários advocatícios em outras bases, o que poderá ocasionar custo menor com advogados da parte ganhadora”. (MUNIZ, Joaquim de Paiva. Guia do politicamente incorreto da arbitragem brasileira: visão crítica de vinte anos de sucesso, [Online]. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50/2016. p. 213 - 227. Jul-Set/2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.14.PDF. Acesso em: 05 set. 2021).

⁵¹ MARCELLINO JR., Júlio Cesar. *O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade*. 2014. 302f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/123198/326774.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 out. 2021.

Além disso, para contenção do grande número de demandas, especialmente no âmbito dos tribunais, foram inseridos, por meio da Emenda Constitucional sob exame, dois mecanismos nos Tribunais Superiores para uniformização de jurisprudência: a súmula vinculante e a repercussão geral. Aliado ao princípio da eficiência no âmbito da administração pública em geral, referido instrumento normativo ainda trouxe o princípio da razoável duração do processo em razão de o Brasil ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica⁵², tendo trazido essa previsão ao ordenamento interno⁵³.

O modelo de sincretismo processual no procedimento executivo a partir de 2005 pela Lei nº 11.232 é um grande exemplo que objetivou conferir velocidade ao trâmite processual, tornando-se desnecessário citar novamente o executado para se cumprir a sentença, aproveitando a fase inicial de conhecimento.

Ressalte-se que não se busca falar exaustivamente de todas as reformas realizadas na legislação, mas apenas foram citados exemplos de modificações que se amoldaram ao novo paradigma processual, influenciados pelo ideário constitucional de acesso à justiça e de uma prestação jurisdicional com presteza e eficiência, o que implicou na simplificação de procedimentos, redução de algumas vias recursais e desenvolvimento de tutela em situações de urgência.

Não obstante todas essas reformas terem sido elementares para o sistema processual civil, convém registrar que ainda eram estruturadas sob um código sob uma vertente liberal, diferentemente do paradigma que se tem atualmente com o Código de Processo Civil de 2015, que contemplou as aspirações constitucionais e foi oxigenado pelos direitos e pelas garantias fundamentais.

Passado todo esse contexto de reforma, surgiu a necessidade de ir além para se buscar mecanismos de tratamento adequado de conflitos e, nesse contexto, surgiu a Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, responsável por criar, no âmbito do Poder Judiciário, a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses.

Referido ato plantou a semente do que se tem atualmente, com a previsão de se inserir a mediação e a conciliação no âmbito do Judiciário por meio da criação de Centros Judiciários

⁵² Art. 8. Garantias Judiciais. Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (OEA - Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 30 ago. 2021).

⁵³ Acerca do panorama histórico do tema, conferir: CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; NEVES, Aline Regina das. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e duração razoável do processo. *Revista de Processo*, v. 276, p. 467-501, 2018.

de Solução de Conflitos e Cidadania. Esse instrumento teve grande importância por estruturar um sistema de métodos autocompositivos, com as principais diretrizes e até mesmo a previsão de capacitação dos profissionais para atuarem na área.

O cenário apresentado permitiu que o país desenvolvesse um verdadeiro microsistema de solução de conflitos, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), ao lado das disposições sobre a arbitragem modificadas por intermédio da Lei 13.129/2015.

O artigo 3º⁵⁴ da legislação processual civil foi fundamental por introduzir a necessidade de todos os sujeitos processuais estimularem o uso dos métodos adequados de tratamento de conflitos, bem como para determinar ao Estado o dever de priorizar a solução consensual, contemplando, ainda, uma cláusula de atipicidade de solução de disputas⁵⁵. Trata-se, pois, de criação de distintos caminhos para solução de conflitos dos jurisdicionados, identificando-se com um verdadeiro sistema de “Justiça Multiportas”⁵⁶.

Apesar do grande avanço que o sistema processual obtém com a inserção de um sistema Multiportas, o processo continua permeado pelos mesmos problemas já relatados anteriormente: falta de conhecimento da população sobre essas questões, ausência de estrutura adequada, ausência de capacitação dos profissionais da área para atuação.

Nesse sentido, a introdução de outras “portas” para solução de conflitos, embora positiva e muito importante, deve ser observada como uma medida séria para redução da

⁵⁴ Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial

⁵⁵ Para tratar o tema com mais profundidade, ver: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 1. 1024p

⁵⁶ O termo “Justiça Multiportas” foi inspirado na expressão norte-americana “Multi-Door Courthouse”, expressão que se popularizou após conferência feita por Frank Sander no ano de 1976, com a ideia de que os tribunais se transformassem em centros de resolução de disputas, com a oferta aos jurisdicionados de diferentes ferramentas de solução de conflitos. Deve-se pontuar que, embora não tenha sido a intenção de Sander, o qual, inclusive, não formulou essa expressão – criada pela American Bar Association norte-americana –, o fato é que o termo se popularizou e o autor é lembrado como o idealizador da estrutura acima citada, tendo se difundido em todo o mundo, com repercussões também no Brasil. Sobre a questão: SANDER, Frank E.A. *Varieties of Dispute Processing*. In.: Levin, A Leo; WHELLER, Russell R. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. Saint Paul: West Publishing, 1979, p.86-87. DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos*. In: Hermes Zaneti Jr.; Trícia Navarro Xavier Cabral. (Org.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC - v.9 - Justiça Multiportas Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. 1.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. V. 9, p. 35-66. CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 32. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

litigiosidade, como um aspecto que caminha ao lado do Poder Judiciário como opção de tratamento de conflitos.

O panorama normativo de mudanças ao longo do tempo contribuiu para a modificação do conceito de acesso à justiça, mas, como já identificado acima, os problemas não advêm apenas da legislação.

A dimensão do acesso à justiça é mais ampla do que o mero direito à tutela jurisdicional pelo Estado e a alteração legislativa evidencia que, de fato, o contexto inserido privilegia outras formas de solução de conflitos para se obter o chamado “acesso à ordem jurídica justa” trazido por Kazuo Watanabe⁵⁷.

Nesse contexto, dada a vagueza da expressão, por se tratar de um conceito indeterminado, deve-se destacar que o autor cita algumas dimensões que abrangem esse direito e trazem um caminho para uma mudança de perspectiva, a saber: (i) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente, a cargo de especialistas, orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; (ii) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (iii) direito à pré-ordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (iv) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso⁵⁸.

Todos esses pontos são necessários para se iniciar uma necessária revisitação do acesso à justiça e, constatada a multiplicidade de fatores que culminam com a chamada "Crise do Judiciário", é certo que se vive, cotidianamente em crise e, mesmo que tenha ocorrido mudanças significativas para alteração desse cenário, ainda há muito a ser feito, notadamente porque exige um empenho exíguo de vários setores da sociedade⁵⁹.

O fato é que culturas fundadas na litigiosidade não contribuem para o sistema de solução de conflitos, seja no âmbito do sistema Multiportas, seja por meio da solução adjudicada pelo juiz estatal. Assim, os envolvidos devem assumir um compromisso sério com o sistema, sob

⁵⁷ WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e sociedade moderna. In: WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

⁵⁸ WATANABE. *Acesso à Justiça e sociedade moderna*, 2019. p. 3-10.

⁵⁹ O Relatório do Banco Mundial analisou a questão do desempenho do Poder Judiciário brasileiro e foi enfático ao mencionar que, embora este poder não seja isento de culpa, tem sido utilizado como bode expiatório universal para uma situação em que há outros que contribuem igualmente, se não até mais, o que deixa claro que os problemas não podem ser unicamente voltados ao Judiciário, mas a uma série de fatores que o circundam. (Banco Mundial. [2004]. *Fazendo com que a Justiça Conte: medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil*. Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica, América Latina e Caribe. Banco Mundial. Disponível em: <https://www.amb.com.br/docs/bancomundial.pdf>. Acesso em: 02 out. 2021).

pena de ser mais uma porta para estar abarrotada que, possivelmente, recairá sobre o Poder Judiciário⁶⁰.

Partindo desse prisma, ao se entender que a solução de conflitos não está adstrita ao Poder Judiciário em virtude de outras possibilidades existentes no ordenamento jurídico, deve-se enfrentar o motivo pelo qual o Poder Estatal ainda possui o papel central na solução de conflitos e a sua relação com a litigiosidade e suas facetas, que culminam com a perpetuação da crise acima descrita.

Além dos diversos entraves como custos, morosidade, cultura conflituosa na sociedade, ainda se destaca um outro óbice que será objeto do presente trabalho: o uso desvirtuado do acesso à justiça e a permanência inconsequente perante o Poder Judiciário, que culmina com o fenômeno do abuso do direito de litigar e outros tipos de litigância irresponsável que serão examinadas nos tópicos subsequentes.

1.3 CONCEITO DE LITÍGIO, A IDENTIFICAÇÃO DO ABUSO DE DIREITO PROCESSUAL E AS “FACES” DA LITIGÂNCIA

Estudado o panorama de crise do Poder Judiciário e constatada a necessidade de revisitação do conceito de acesso à justiça, passa-se ao exame do nascedouro do problema pelo qual perpassa o sistema jurídico: a litigiosidade.

A primeira questão a ser pontuada perpassa pelas premissas teóricas do estudo da teoria geral do processo, as quais trazem o conceito de “litígio” dado por Francesco Carnelutti: basicamente, trata-se de constitui um conflito de interesses qualificado por uma pretensão⁶¹ de

⁶⁰ Ao tratar dos métodos de tratamento de conflitos na experiência norte-americana, Todd B. Carver e Albert A. Vondra definem que as chamadas ADRs, na década de 1980, eram tratadas como uma maneira sensata e econômica de manter empresas fora dos tribunais e longe de todo tipo de litígio, no entanto, rapidamente as esperanças dos métodos desapareceram e indenizações, cobranças legais e o número de ações judiciais nos Estados Unidos continuaram a aumentar, mesmo para muitas das empresas que adotaram ADR. Quando as empresas utilizaram a ADR de forma eficaz, colheram os seus benefícios, com custos mais baixos, resoluções rápidas de disputas e resultados bons. Na Chevron, por exemplo, uma mediação de uma disputa com base em ADR custou US \$ 25.000, enquanto a mediação por meio de advogado externo teria custado cerca de US \$ 700.000 e chegaria aos tribunais em US \$ 2,5 milhões em um período de três a cinco anos. Segundo os autores, a "diferença entre o sucesso e o fracasso residem principalmente no nível de comprometimento. As empresas que dão prioridade máxima aos ADR - mesmo nos casos em que têm certeza de que estão certas - estão economizando muito tempo, dinheiro e especialização. Em contraste, as empresas que permitem que velhos hábitos litigiosos se insinuem no processo também podem voltar aos tribunais". Assim, para os autores, a solução de ADR funciona se a administração adotá-las "com todo o coração" (tradução livre) (CARVER, Todd B.; VONDRA, Albert A. *Alternative dispute resolution: why it doesn't work and why it does*. *Harvard Business Review*, may/jun. 1994, [Online]. Disponível em: <https://hbr.org/1994/05/alternative-dispute-resolution-why-it-doesnt-work-and-why-it-does>. Acesso em: 30 ago. 2021).

⁶¹ A ideia de pretensão, segundo o autor, é a “exigência da subordinação do interesse alheio ao interesse próprio (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 93).

um dos interessados e pela resistência do outro em uma relação⁶². Nesse aspecto, o conflito de interesses deve ser juridicamente relevante, ou seja, deve transcender para o direito.

A concepção de Carnelutti foi objeto de críticas por representar um conceito sociológico do tema, e não jurídico, identificando-se por um conceito “pré-processual”⁶³. Ocorre que essa concepção é valorosa no presente estudo ao se partir do pressuposto de que o acesso à justiça não é semelhante ao acesso ao Poder Judiciário e, assim, não há que se falar em resolução de conflitos apenas pela via judicial, ou seja, pelo caminho processual.

De todo modo, não se pode entender que a litigância, por si só, é um problema, pois é um dos atributos essenciais para a existência de um sistema destinado a solucionar as contendas existentes na sociedade, dentre os quais se encontra o sistema de justiça.

No entanto, referida questão passa a ser uma patologia a partir do momento em que se identifica a litigância reflete um excesso de demandismo pelo viés do abuso de direito processual e da utilização da máquina da justiça de forma inconsequente com o objetivo de postergar a solução dos conflitos.

Nesse cenário, se a Constituição Federal de 1988 ampliou a tutela dos direitos e culminou com a propositura de numerosas ações, tal como já visto anteriormente, abriu-se espaço também para atuações ilícitas no curso processual, para o ajuizamento de demandas frívolas e inconsequentes, bem como para a permanência desarrazoada da parte no curso do processo.

Dentro desse aspecto de análise dos comportamentos das partes e do amplo acesso à justiça, o contexto atual permite identificar as “faces” da litigância, com a existência dos litigantes eventuais, habituais/repetitivos e frívolos, nomenclatura esta que não tem sido estudada com profundidade pela doutrina brasileira.

A gênese da ideia dos litigantes frequentes no sistema de justiça adveio com as ideias de Marc Galanter, professor da Universidade de Wisconsin-Madison, que trouxe a “teoria da capacidade das partes” (“party capability theory”) e fez referência aos “repeat players” e “one-

⁶² CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 93.

⁶³ Cândido Rangel Dinamarco afirmou que a crítica foi feita por Piero Calamandrei, acompanhada de Enrico Tullio Liebman; O próprio Dinamarco refuta a ideia de lide como polo metodológico no estudo da ciência processual, mas reconhece que “[...] a lide presta-se com muita utilidade a justificar didaticamente a necessidade do processo e do exercício da jurisdição, quando se trata de matéria disponível (especialmente, direito das obrigações), sendo possível a satisfação da pretensão pela pessoa a quem dirigida e, portanto, sendo relevante a sua resistência” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, vol. I, 3. ed., 2000, nº 109).

shooter”⁶⁴ os quais, em tradução literal, significam, respectivamente, “jogador que se repete” e “atirador de um só disparo”⁶⁵⁻⁶⁶.

No Brasil, os termos foram traduzidos como “litigantes habituais” e “litigantes eventuais” no livro “Acesso à Justiça”, de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, com a ideia do professor da Universidade de Wisconsin-Madison⁶⁷. A primeira expressão, segundo Marc Galanter, relaciona-se aos atores que se envolvem em várias litigâncias similares ao longo do tempo, ao passo que a segunda se refere àqueles que, ocasionalmente, buscam pelo sistema de justiça⁶⁸.

Marc Galanter aponta que cada ator participa de uma maneira diferente no âmbito da litigância e, no comparativo entre “repeat-players” e “one-shooter”, segundo o autor, os litigantes habituais desfrutam de algumas vantagens, quais sejam: (i) o conhecimento prévio, por já terem litigado anteriormente; (ii) desenvolvimento de maior expertise e pronto acesso a especialistas; (iii) o fato de desfrutarem de economias de escala e têm baixos custos iniciais, pois têm mais casos; (iv) a criação de relações informais mais facilitadas com as instituições, por estarem sempre litigando; (v) a possibilidade de apostar nas probabilidades e testar

⁶⁴ Sobre a questão, esclarecedoras são as lições de Marcelo Veiga Franco: “[...] essa bipartição idealizada por Marc Galanter é denominada ‘teoria da capacidade das partes’ (party capability theory). Por meio dela, sustenta-se que as variadas capacidades entre os tipos de partes geram uma presunção por meio da qual os sujeitos processuais mais capazes – sobretudo em termos econômicos – agregam condições de extrair maiores vantagens de um padrão de litigiosidade repetitiva e, com isso, possuem maiores chances de influenciar os resultados de demandas judiciais em seu favor. [...] a manutenção da assimetria entre as partes favorece àquelas possuidoras de mais recursos e experiências – os chamados ‘haves’ – para que saiam na frente (*come out ahead*) em comparação com aquelas que não os possuem na mesma proporção – os chamados ‘have-nots’” (FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração Pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Londrina, PR: Tooth, 2021. p. 68).

⁶⁵ Marc Galanter reconhece que as figuras que vão aos tribunais não se exaurem apenas nestes dois conceitos e existem figuras intermediárias e, em verdade, essa subdivisão pode ser pensada mais em um contínuo do que dicotômico. O autor examinou as características estruturais dos atores que vão ao sistema legal estadunidense para propor uma ideia de sistema jurídico redistributivo a partir da análise da litigância. Assim, observou, basicamente, a distinção das condições econômicas, organizacionais e estruturais dos “repeat players” e dos “one-shooters” implicam em diferentes posturas processuais. (GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Tradução de Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018 [Livro Digital]).

⁶⁶ É necessário esclarecer que essas ideias vieram em um contexto histórico do direito diferente do que se tem hoje e foram aplicadas ao direito norte-americano, no entanto, o trabalho de Marc Galanter foi um dos mais relevantes no tema da litigância. Joel B. Grossman, Herbert M. Kritzer e Stewartigo Macaulay expuseram que a obra de Galanter foi classificada como uma “citação clássica” presente no *ranking* dos quinze artigos mais citados do mundo no âmbito da pesquisa jurídica, segundo dados da “Social Science Citation Index – SSCI”, serviço que mede o índice de citações científicas (GROSSMAN, Joel B.; KRITZER, Herbert M.; MACAULAY, Stewartigo. Do the “haves” still come out ahead? *Law & Society Review*. Law and Society Association, Vol. 33, Number 4, p. 803, 1999).

⁶⁷ Sobre a questão, ver: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 25.

⁶⁸ GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Tradução de Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018 [Livro Digital].

estratégias para determinados casos, a fim de aplicá-las aos casos semelhantes no futuro e minimizar a probabilidade de perda⁶⁹.

Obviamente, os pontos positivos acima apresentados estão sob o ponto de vista do próprio litigante habitual⁷⁰, que busca formas de maximizar ganhos a partir dos casos repetidos que estão em juízo, no entanto, em termos de andamento processual e da estrutura do sistema de justiça, o fenômeno deve ser visto como um entrave ao funcionamento dos órgãos judiciários por contribuir para um cenário de lentidão na solução dos casos.

Nesse ponto, Marcelo Veiga Franco aponta que a inefetividade crônica da função judicial pode ser classificada como uma “vantagem competitiva” inserida em uma análise econômica do custo-benefício da judicialização⁷¹.

Essa dicotomia entre habituais e eventuais, embora não aprofundada, já tem aparecido com mais frequência no estudo da litigância e do acesso à justiça na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Na homologação de acordo celebrada no âmbito da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165 a respeito dos Planos Econômicos, por exemplo, o Ministro Ricardo Lewandowski mencionou a questão dos litigantes eventuais e habituais, nos seguintes termos:

[...] Numa sociedade de massas, essencialmente burocratizada, os litígios de interesse público são a regra, não a exceção. São lides com natureza repetitiva, que contrapõem litigantes eventuais aos habituais, tendo por fundamento a irrisignação quanto a condutas fundadas em políticas públicas ou regulatórias⁷².

O trecho acima identifica a preocupação do Supremo Tribunal Federal com a temática e a questão dos Planos Econômicos é um bom exemplo de litigância habitual, em um contexto em que as instituições financeiras estavam – e ainda estão, pois muitas ações ainda estão em trâmite – no polo passivo das demandas para resolver as questões sobre expurgos inflacionários da época das numerosas modificações de Planos Econômicos pelo governo brasileiro. Nesse

⁶⁹ GALANTER, Marc. *Por que "quem tem" sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Tradução de Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018 [Livro Digital].

⁷⁰ Marc Galanter, pensando em um sistema de justiça redistributivo, propõe mudanças estratégicas no sistema jurídico justamente para minimizar essas vantagens dos litigantes habituais e para que os “one-shooter” obtenham vantagens que a eles não foi dada anteriormente (GALANTER, Marc. *Por que "quem tem" sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Tradução de Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018 [Livro Digital]).

⁷¹ FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração Pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Londrina, PR: Tooth, 2021. p. 112.

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165/DF*. Recorrente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF. Amicus Curiae: Associação Brasileira do Consumidor - ABRACON e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 01 de março de 2018. Publicado em 16/02/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752370270>. Acesso em: 10 ago. 2021.

contexto, identifica-se que o acordo já abrangeu 118 mil poupadores⁷³, podendo ser facilmente percebida a grande quantidade de processos judiciais que discutiam essa temática.

É importante registrar que, em uma sociedade massificada, ou seja, com gostos e interesses semelhantes e até mesmo padronizados, marcada pelo alto índice de consumo, a existência de demandas repetitivas com afinidades de matérias, por si só, não pode ser visualizada unicamente de forma negativa, pois é comum a repetição de casos.

O problema reside no fato de essa questão representar um potencial benefício ao litigante, o qual retarda a solução dos conflitos que chegam até ele para se aproveitar do sistema de justiça e contribuir ainda mais para a morosidade do sistema⁷⁴.

Traçada essa perspectiva econômica da questão, o Conselho Nacional de Justiça⁷⁵ detectou os maiores litigantes no país, ou seja, os que mais aparecem no polo das relações processuais, figurando no estudo o Poder Público e os principais setores que influenciam no mercado de consumo: instituições financeiras, setores de telefonia e planos de saúde, questão essa que será mais aprofundada posteriormente no presente trabalho.

Parece, portanto, que, em termos privados, aqueles que ocupam a posição de litigantes frequentes no Poder Judiciário Brasileiro são os que maior detêm o poder econômico, devendo ser investigado a quem interessa a manutenção desse comportamento, prejudicando todo o sistema de justiça e desequilibrando um dos polos da relação, o que será melhor enfrentado quando da análise econômica do processo.

Assim, o fato de os litigantes habituais não alterarem suas práticas internas – ou até mesmo criarem uma política para que se busque a solução judicialmente –, não se preocuparem

⁷³ Dados extraídos do monitoramento realizado pelo Conselho Nacional e Justiça. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Programa Resolve: Poupança – Planos Econômicos*. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYjk3YWwFIMjktMGY3NC00ZmI0LThiMzQtN2I1MWVjY2VINGRjIiwidCI6ImFkOTE5MGU2LWM0NWQtNDYwMC1iYzVjLWVjYTU1NGNjZjQ5NyIsImMiOiJ9>. Acesso em: 07 nov. 2021).

⁷⁴ Nesse ponto, na esteira do que Marc Galanter apresentou, esclarecedoras são as lições de Boaventura de Sousa Santos: “[...] o litigante frequente programa e estrutura as suas relações contratuais de forma a garantir a sua defesa em caso de eventual conflito, sendo muitas vezes ele próprio a escrever o contrato; tem um acesso fácil a especialistas; beneficia de economias de escala, sendo baixo o investimento inicial para cada litígio; tem oportunidades para estabelecer relações informais com os responsáveis das instituições nos diferentes níveis hierárquicos; tem uma reputação como litigante que se esforça por manter como meio para tornar mais creditíveis as suas posições; pode arriscar-se a litigar em ações onde não são claros seus direitos, na medida em que o facto de litigar com frequência o leva a calcular suas vantagens relativamente a um conjunto de situações, minimizando os altos riscos que possam existir num caso ou noutro; pode e tem interesse em influenciar, não só o próprio conteúdo das leis, substantivas ou processuais, mas também a interpretação, para que ambas lhe sejam favoráveis, visto ser repetidamente afetado por elas”. (SANTOS, Boaventura de Sousa *apud* PIGNANELI, Guilherme. *Análise econômica da litigância: uma busca pelo efetivo acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 134).

⁷⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os cem maiores litigantes*. Brasília, DF, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 06 nov. 2021.

com um caráter preventivo para evitar os conflitos e permanecerem inertes em soluções extrajudiciais, mostra-se prejudicial a todo o sistema e deve ser combatido.

Sobre a questão, Guilherme Pignaneli aponta que a habitualidade se torna uma conduta cômoda, pois apenas parte dos serviços são judicializados, além de o fator tempo decorrente da morosidade da Justiça também os favorecer os litigantes frequentes. Esse ambiente faz com que sejam dispensados investimentos em recursos materiais e humanos, organização, gestão, logística e administração, bem como serviços de atendimento ao cliente, o que, por certo, seria um bom passo para solução extrajudicial de conflitos⁷⁶.

Segundo lecionam Maria Cecília de Araújo Asperti, Paulo Eduardo Alves da Silva, Daniela Monteiro Gabbay e Susana Henriques da Costa, apesar de, aparentemente, o sistema de justiça brasileiro ser igualmente aberto a todos, a realidade demonstra que sua estrutura e suas regras favorecem os litigantes habituais que, frequentemente, beneficiam-se da complexidade do sistema e da quantidade de processos judiciais pendentes⁷⁷.

Além dessas das categorias de litigantes, também é necessário destacar a litigância frívola que, segundo conceitua Júlio Cesar Marcellino Jr., é aquela “com baixa probabilidade de êxito, proposta pelo jurisdicionado sem levar em conta os custos acarretados ao erário”⁷⁸ e, na qualidade de litigante desonesto, ajuíza-se a ação, ainda que tenha consciência de que o benefício que poderá obter com o julgamento será inferior ao custo de tramitação do processo.

É possível identificar o litigante frívolo sob duas perspectivas: (i) aquele cujas causas comportam uma discussão meritória, embora os custos de litigar sejam altos e não sejam favoráveis, na perspectiva gastos com o processo x resultado final da demanda; (ii) aquele que se utiliza da máquina judiciária tão somente para constranger a parte contrária, mas sem qualquer perspectiva em termos de êxito na aplicação do direito⁷⁹.

⁷⁶ PIGNANELI, Guilherme. *Análise econômica da litigância: uma busca pelo efetivo acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 134-135.

⁷⁷ ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 1, p. 11-33, 2019, [Online]. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3503/pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021.

⁷⁸ MARCELLINO JR., Júlio Cesar. *O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade*. 2014. 302 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/123198/326774.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 nov. 2021.

⁷⁹ Acerca do comportamento dos litigantes frívolos, Luiz Fux e Bruno Bodart trazem a concepção de teoria dos prospectos para identificar que as partes se posicionam de forma diferente em demandas frívolas, em comparação a outros tipos de causas: “[...] a teoria dos prospectos preconiza que os indivíduos possuem aversão a riscos em ganhos e preferência por riscos em perdas considerando determinado ponto de referência. Sendo assim, autores seriam mais propensos a firmar acordos, pois é a opção de ganho com menores riscos, enquanto réus prefeririam litigar, considerada a opção de prejuízo com maior incerteza. A literatura aponta, contudo, que a situação se inverte

Destaca-se, ainda, que, embora o presente estudo tenha como ponto de partida o acesso à justiça, o que, a princípio, poderia evidenciar apenas a litigância habitual sob a perspectiva de quem ingressa em juízo, o comportamento abusivo não está relacionado apenas ao ato de ajuizar as ações.

Assim, a situação de abuso do direito processual também pode importar em um comportamento negativo no curso do processo, tais como aqueles que apresentam recursos ou incidentes meramente protelatórios, bem como medidas infundadas e deslocadas do iter procedimental previsto na legislação, ou, ainda, descumprem furtivamente a sua contratação para se valer da estrutura do Poder Judiciário para ganhar mais tempo em não satisfazer o direito material perquirido pela parte.

Nesse cenário, o presente trabalho analisará a litigância habitual pela perspectiva de quem figura no polo passivo, ou seja, aqueles que figuram frequentemente como réus no Poder Judiciário, corte este que será melhor aprofundado no próximo capítulo.

Não obstante essa questão, convém ressaltar que, pelos conceitos apresentados, o estudo da litigância habitual converge com a litigância frívola, podendo-se inferir que, por vezes, o litigante habitual também é frívolo, mas nem sempre o contrário é verdadeiro.

Para fins da presente pesquisa, estudar-se-á o caráter negativo da litigiosidade repetitiva, que impacta e congestiona o sistema de justiça, e, muitas vezes, caminha junto com a frivolidade.

Verifica-se que a legislação processual civil não apresentou textualmente os institutos acima citados, o que não significa que também não merecem a reprimenda do ordenamento, pois trouxe o abuso do direito processual, que tem como espécies os institutos da litigância de má-fé e do ato atentatório à dignidade da justiça.

Passa-se, portanto, à análise do abuso do direito de litigar no ordenamento, suas repercussões no direito processual civil e em que medidas o instituto se aplica a essas faces da litigância estudadas no presente tópico.

quando a probabilidade de ganho ou perda é diminuta, pois indivíduos tendem a sobredimensionar resultados com reduzidas chances de ocorrência em razão da propriedade da sensibilidade marginal decrescente. No campo das ações frívolas, cuja probabilidade de Êxito é baixa, autores teriam preferência pela opção mais arriscada (litigar) e réus pela menos arriscada (fazer acordo). Consequentemente, autores estariam dispostos a demandar uma quantia maior e os réus dispostos a oferecer mais nas negociações por um acordo. A conclusão de que as partes se comportam diferentemente em casos envolvendo ações frívolas, em comparação com outros tipos de causas, sugere a conveniência de políticas destinadas a estimular autores, e não réus, a fazer acordo em demandas dessa espécie". (FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 97).

1.4 O TRATAMENTO DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO E DO “ABUSO DE DIREITO DE LITIGAR” NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PROCESSUAL

As faces negativas da litigância exigem o estudo do chamado “abuso do direito de litigar”, cuja base teórica situa-se nos ditames da boa-fé e da teoria do abuso de direito legislação material, no âmbito do direito privado.

O abuso das situações jurídicas processuais não é tema novo e passou por um grande desenvolvimento histórico desde o direito romano⁸⁰. Não obstante toda a sua trajetória secular, André Luís Santoro Carradita sustenta que, até a consolidação da teoria do abuso do direito no âmbito do Direito Privado, a disciplina normativa era analisada separada e desordenadamente do Direito Público, como se não houvesse convergência entre eles.

Segundo o autor, a moderna teoria do abuso do direito “forneceu o esquema dogmático necessário para ordenar as hipóteses de abuso processual que já eram previstas no ordenamento jurídico e identificadas pela jurisprudência”⁸¹. A partir dessa constatação, é possível identificar que, de acordo com Carradita, a “teoria do abuso do direito processual deve ser vista como uma derivação da teoria do abuso do direito, ou seja, como uma adaptação desta às peculiaridades do processo”⁸².

No direito brasileiro, André Luís Santoro Carradita⁸³ leciona que o Código de Processo Civil de 1939 foi o primeiro no ordenamento jurídico a receber um tratamento sobre o abuso de situações jurídicas processuais, tratando-o em vários dispositivos esparsos e dedicou o conceito e as consequências, respectivamente, nos artigos 3º e 63⁸⁴.

⁸⁰ Sobre o contexto histórico do abuso do processo, conferir: CARRADITA, André Luís Santoro. *Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil*. 2013. 444f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22082014-091232/publico/ANDRE_CARRADITA_Abuso_de_situacoes_juridicas_processuais-versao_final.pdf. Acesso em: 01 nov. 2021.

⁸¹ CARRADITA. *Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil*. 2013.

⁸² CARRADITA. *Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil*. 2013.

⁸³ CARRADITA. *Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil*. 2013.

⁸⁴ Art. 3º Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro. Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuzer [sic], maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo. [...]

Art. 63. Sem prejuízo [sic] do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado. § 1º Quando, não obstante vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deverá condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que houver dado causa. § 2º Quando a parte, vencedora ou vencida, tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas. § 3º Si [sic] a temeridade ou malícia for imputável [sic] ao procurador o juiz levará o caso ao conhecimento do Conselho local da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo [sic] do disposto no parágrafo anterior.

O Código de Processo Civil atual, por sua vez, não trouxe uma disciplina específica sobre o tema e apenas elencou as hipóteses de litigância de má-fé, ato atentatório à dignidade da justiça e responsabilidade das partes por danos processuais, tendo como parâmetro o descumprimento dos deveres processuais elencados no rol exemplificativo do artigo 77⁸⁵.

Assim, esses mecanismos constituem a forma pela qual a doutrina e a jurisprudência, geralmente, se utilizam para combater o comportamento abusivo das partes dentro do processo, inexistindo uma sistematização específica sobre a “abuso do direito processual”.

A questão do abuso de direito pode ser vista na codificação material, no artigo 187 do Código Civil, o qual define que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”⁸⁶.

Uma ressalva há de ser feita: apesar da importância da teoria, a sua aplicação deve observar as peculiaridades da relação jurídica processual, que, segundo leciona José Olympio de Castro Filho, possui características distintas da relação de direito material, com sujeito, objeto e pressupostos divergentes⁸⁷ e, desse modo, o presente escrito se voltará apenas sobre a relação processual para fins de especialização do estudo.

(BRASIL. *Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, RJ, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

⁸⁵ Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo: I - expor os fatos em juízo conforme a verdade; II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento; III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito; IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação; V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva; VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso. VII - informar e manter atualizados seus dados cadastrais perante os órgãos do Poder Judiciário e, no caso do § 6º do art. 246 deste Código, da Administração Tributária, para recebimento de citações e intimações. (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 out. 2021)

⁸⁶ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

⁸⁷ CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do Direito no Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 26.

Para a relação jurídica-processual, a análise do abuso de direito parte do princípio da boa-fé⁸⁸⁻⁸⁹ que, nas lições de Rui Stoco, “no plano ético e moral, significa lealdade, franqueza, honestidade, ou seja, conformidade entre o pensar, o dizer e o fazer”⁹⁰. Trata-se de vocábulo que advém da palavra “fides” do Direito Romano que, à época, possuía diferentes significados, os quais, inicialmente, eram aplicados ao direito público da época e só foram incorporados ao direito privado a partir da “bona fides” contratual e possessória⁹¹.

O princípio veio textualmente no Código de Processo Civil atual, entre as suas normas fundamentais (artigo 5º), o que não significa que não já era observado na legislação processual de 1973, que trazia, ainda que de forma tímida, institutos a ela relacionados⁹².

A Constituição Federal traz um amplo sustentáculo para a configuração da lealdade processual e a doutrina se divide quanto aos fundamentos constitucionais que dela advêm. Antônio do Passo Cabral afirma que advém do princípio do contraditório, por ser limite à atuação processual⁹³. Brunela Vieira de Vincenzi, por sua vez, entende que o embasamento

⁸⁸ A boa-fé é um princípio que veio da legislação material. Segundo Fredie Didier Jr., “a consagração do princípio da boa-fé processual foi resultado de uma expansão da exigência de boa-fé do direito privado ao direito público. A jurisprudência alemã entendeu aplicável o § 242 do Código Civil alemão (cláusula geral de boa-fé) também ao direito processual civil e penal. De um modo geral, a doutrina seguiu o mesmo caminho. Na verdade, a boa-fé objetiva expandiu-se para todos os ramos do direito, mesmo os ‘não civis’”. (DIDIER JR., Fredie. *Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil*. *Revista de Processo*, v. 171, p. 35-48, 2009).

⁸⁹ A relação entre a teoria do abuso de direito processual e a boa-fé é bem explicada por Michele Taruffo: “[...] há de ser notado que algumas cláusulas gerais ou princípios gerais concernentes ao abuso de instrumentos processuais são utilizados quase em todos os lugares. A cláusula geral mais comum que é referida nos sistemas de civil law é a ‘cláusula de boa-fé’ sob seus vários nomes: bona fides, buona fede, Treu und Glaube, e assim por diante). A referência a tal cláusula é digna de atenção por diversas razões. De um lado, ela torna claro que o problema do ADP não é sempre uma discussão independente e conceitual ou historicamente autônoma. Pelo contrário, ele está profundamente arraigado nas idéias (sic) absolutamente gerais do direito. É bem sabido, em verdade, que o conceito básico de ‘abuso’ tem sua origem na área do direito substantivo (especialmente do direito de propriedade), e que o conceito de ADP deriva de valores gerais de lealdade e correção supostamente existentes nos níveis mais profundos do sistema legal como tal (ver, por exemplo, Taniguchi com referência ao direito japonês e especificamente ao art. 1, 3, do Código Civil japonês; ver também Oteiza e Taelman). Por outro lado, a referência à cláusula geral da boa-fé deve ser interpretada - pelo menos em alguns países - como um sintoma do desenvolvimento ainda insuficiente de um conceito mais específico de ‘lealdade no procedimento’ que poderia possivelmente ser utilizado para definir analiticamente abusos na administração da justiça.” (TARUFFO, Michele. *Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual [relatório geral]*. *Revista de processo*. Vol. 177/2009. p 153-183. Nov/2009).

⁹⁰ STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

⁹¹ MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SORRILHA, Rúbia Cristina. O princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro: um breve estudo do Novo Código de Processo Civil, [Online]. *Revista eletrônica de direito processual*, v. 18, p. 174-208, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2017.27003>. Acesso em: 03 ago. 2021.

⁹² O Código de Processo Civil de 1973 trouxe a palavra “boa-fé” apenas uma vez, no inciso I do artigo 14 como um dever das partes e de todos os envolvidos no processo. Não obstante, a previsão desse ditame, ainda que implicitamente, vinha por meio da previsão sobre a litigância de má-fé (arts. 16 a 18), a previsão dos atos atentatórios à dignidade da justiça (§ único do art. 14 e art. 600) e da punição por recurso de embargos de declaração manifestamente protelatório (art. 538, § único).

⁹³ Segundo o autor: “A compreensão de deveres de colaboração e participação como decorrentes do princípio constitucional do contraditório permitem extrair a matriz constitucional da boa-fé processual objetiva, complementada e detalhada pelas disposições gerais do princípio da probidade na normativa do CPC, tomado

advém da solidariedade prevista no inciso I do artigo 3º do ordenamento constitucional, relativo aos objetivos da República⁹⁴.

Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron disciplinaram que a boa-fé foi trazida como cláusula geral processual e possui reflexos em todo o sistema processual⁹⁵.

De uma forma geral, a boa-fé – seja no âmbito processual, seja no direito material – possui uma dupla perspectiva: a noção objetiva e subjetiva⁹⁶. A primeira se refere a um padrão de conduta geral a ser observado, ao passo que a segunda se refere ao plano psicológico e interno do sujeito que pratica aquele comportamento⁹⁷.

como cláusula geral da ética no processo. A vitória da boa-fé objetiva evita o subjetivismo das disposições legais específicas, reconduzindo o debate sobre a boa-fé para a confiança e a proteção de expectativas”. (CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista Baiana de Direito*. v. 4. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2009, p. 181-208).

⁹⁴“[...] A boa-fé objetiva também está na Constituição Federal. Sem rebuços, quando o constituinte estabeleceu que são princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV) e que constitui objetivo fundamental da República, entre outros, construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), está elevando a um grau máximo o dever de cooperação e lealdade no trato social, no desenvolvimento da economia por todos os seus meios”. (VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 162-163)

⁹⁵ Sobre a importância do princípio, lecionam os autores: Reconhecendo-se a Constituição como a justificadora da presença da boa-fé objetiva em todo o sistema normativo atual, a consequência natural e lógica é que o Poder Judiciário, seus agentes e as partes envolvidas no procedimento em contraditório não escapam da submissão ao “dever de agir de acordo com os padrões socialmente reconhecidos de lisura e lealdade”. Andou bem, portanto, o novo CPC quando inseriu entre as “normas fundamentais do processo civil” o dever de todos os que atuam em juízo de “comportar-se de acordo com a boa-fé” (art. 5.º). É bom lembrar que esse é o rumo que vinha seguindo a jurisprudência, mesmo sem texto normativo expresso como o ora adotado pelo Novo CPC. (THEODORO JR. Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [Livro Digital]).

⁹⁶ Segundo a análise histórica de Antônio Menezes Cordeiro, o Direito Canônico conferiu à boa-fé subjetiva um conteúdo ético, de modo que estaria de boa fé quem não incorresse em pecado. O Direito Germânico, por sua vez, reintroduziu elementos objetivos, ou seja, a boa-fé estava ligada à proteção da aparência e da tutela da palavra dada. Quanto à boa-fé objetiva, o autor aponta que a sua ascensão ocorreu com a edição do § 242 do BGB Alemão, em 1900, que positivou que “o devedor é obrigado a efetuar sua prestação como exigem a boa-fé e a intenção das partes determinada segundo os usos”. Na perspectiva de Antônio Menezes Cordeiro, o desenvolvimento desse dispositivo deu origem a outros quatro institutos: responsabilidade pré-contratual, deveres acessórios, abuso do direito e alteração das circunstâncias. (CORDEIRO, Antônio Menezes. A boa fé nos finais do século XX. *Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*, Lisboa, ano 56, v. III, p. 887-912, dez. 1996. p. 896, [Online]. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MCordeiro96.pdf. Acesso em: 1 dez. 2022).

⁹⁷ Sobre os desdobramentos da boa-fé, conferir: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional*. São Paulo: Ed. RT, 1999. CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina.

A doutrina converge no sentido de que o artigo 5º do Código de Processo Civil trouxe a boa-fé em seu aspecto objetivo⁹⁸, ou seja, impõe a todos os sujeitos que participem do processo de forma honesta e leal, independentemente de seu ânimo interno⁹⁹.

A previsão como norma fundamental, pois, reflete a intenção do legislador em criar um ambiente que se harmoniza com as garantias constitucionais e com um processo célere, eficiente e justo, tal como previsto na exposição de motivos do referido diploma¹⁰⁰⁻¹⁰¹.

Desse modo, o sujeito – seja qual for sua posição no processo – que age com deslealdade, desonestidade e de forma ímproba está ofendendo justamente a norma fundamental instituída na legislação processual.

Nesses termos, o assunto pode ser visualizado pelo prisma das partes tanto na qualidade de autor – quando ajuíza ações destituídas de fundamento, por exemplo – quanto na qualidade de réu, ao apresentar incidentes ou abusar do seu direito de defesa, como também sob a perspectiva do juiz, quando age de forma contraditória nos autos¹⁰², ou, ainda, pelo enfoque do

⁹⁸ Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 496. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado: artigo por artigo*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 12. DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 19ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. Vol. 1. p. 119.

⁹⁹ A questão também foi sedimentada no Fórum Permanente de Processualistas Civis, que criou o enunciado nº 374, com a seguinte redação: “O art. 5º prevê a boa-fé objetiva”. (Enunciado nº 5 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Carta de São Paulo. São Paulo, São Paulo, 18 a 20 de março de 2016. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso: em 01 de nov. de 2021).

¹⁰⁰ Sobre a questão, destaca-se o trecho da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015: “Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo (BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021).

¹⁰¹ Nesse ponto, esclarecedoras são as lições de Eduardo Tomasevicius Filho: “Considerando que a conduta segundo a boa-fé é aquela que produz o resultado mais eficiente, por buscar-se a realização dos atos da maneira mais fácil e simples, sempre voltada à facilitação da situação das demais pessoas, age segundo a boa-fé processual todo aquele que procura cooperar com o bom andamento processual, e isso vale para todos: partes, magistrados, órgãos do Ministério Público, advogados, conciliadores, mediadores, serventuários e auxiliares da justiça. Nesse sentido, a parte age conforme a boa-fé ao procurar a solução consensual dos conflitos antes de levá-lo ao Estado-juiz. [...] Também não age corretamente, quando procura o Poder Judiciário para satisfazer interesses ilegítimos ou quando falta com a verdade dos fatos”. (TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *A boa-fé no novo Código de Processo Civil*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar Marx; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. (Org.). *Processo Civil Contemporâneo: Homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Junior*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1, p. 84-101).

¹⁰² Sobre esse ponto, relevante trazer um dos deveres anexos da boa-fé, o chamado “*nemo potest venire contra factum proprium*”, em que há a proibição de comportamentos contraditórios, como em uma hipótese em que o juiz determina a intimação da parte para pagamento das custas de ingresso e, após o pagamento, extingue o processo por ausência de preparo. Um caso como esse já chegou ao Superior Tribunal de Justiça, ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973, que se manifestou no sentido de que “a conduta do Juízo a quo revela-se contraditória e viola o princípio insculpido na máxima *nemo potest venire contra factum proprium*, na medida em que anteriormente determinou - quando não precisava fazê-lo - a intimação para recolhimento do preparo e, ato

Ministério Público ou dos advogados, quando se utilizam de manobras processuais dolosamente para tumultuar o processo. É possível visualizar um grande número de situações em que ocorre o desrespeito à boa-fé processual.

Como corolário da boa-fé processual, Márcio Carvalho Faria¹⁰³ aponta que o dever de cooperação consagrou expressamente a obrigação de o juiz, antes de decidir, ainda que em matérias de ordem pública, alertar as partes que determinada conduta pode vir a representar ato contrário à boa-fé processual.

Trata-se de uma obrigação de lealdade do magistrado com as partes, evitando surpresas ou eventuais injustiças, na visão do autor. No entanto, embora adotado o princípio como norma fundamental, prevista no artigo 6º da legislação processual civil, não foi definida uma sanção respectiva para o caso de seu descumprimento, ao contrário do que ocorre, por exemplo, no direito português¹⁰⁴.

Fixadas essas premissas, vê-se que o abuso de direito processual é um gênero que comporta todas as espécies de comportamentos ilícitos ou abusivos no curso do processo, dentre as quais se encontram a litigância de má-fé, o ato atentatório à dignidade da justiça.

Considerando a ampla aplicação e os numerosos contornos a teoria do abuso de direito no aspecto processual possui, por envolver todos aqueles que participam do processo, é necessário fazer um recorte para se examinar a questão apenas pela ótica do abuso do direito de litigar, em especial do uso da máquina pública de forma ardil e desleal, com o destaque para a litigância habitual utilizada de forma frívola.

As ideias estabelecidas no tópico anterior das “vantagens” do litigante habitual no sistema de justiça levam à conclusão que o seu comportamento abusivo ocorre ao se utilizar de

contínuo, mesmo após o cumprimento de sua ordem, entendeu por bem julgar extinta a demanda, sem julgamento de mérito. V - Tal atitude viola o princípio da boa-fé objetiva porque criou, na parte autora, a legítima expectativa de que, após o recolhimento do preparo, dentro do prazo estabelecido pelo Magistrado, suas razões iniciais seriam examinadas, observando-se o devido processo legal.”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [Terceira Turma]. *Recurso Especial nº 1.116.574/ES*. Recurso Especial - Embargos à Execução - Preliminar de Intempestividade - Inexistência - Art. 244, do Código De Processo Civil - Prequestionamento - Ausência - Incidência da Súmula 211/STJ - Preparo - Ausência - Intimação Pessoal - Desnecessidade - Precedentes desta Corte Superior - Porém, determinada a intimação para recolhimento do preparo e devidamente cumprido - Violação do Princípio da Confiança [Venire Contra Factum Proprium] - Decisão que extingue a demanda, sem julgamento de mérito - Princípio da Boa-Fé Objetiva - Observância - Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. [...] Recorrente: TERVAP Pitanga Mineração e Pavimentação LTDA. Recorrido: Hilda Marlene Loss e outros. Relator: Ministro Massami Uyeda, 14 de abril de 2011. Publicado em 27/04/2011. Decisão por unanimidade. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=200900067524>. Acesso em: 10 out. 2021).

¹⁰³ FÁRIA, Márcio Carvalho. A lealdade processual, o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro e a experiência portuguesa. *Revista de Processo*, v. 230, 2014 [Online]. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1395_1430.pdf. Acesso em: 30 nov. 2021.

¹⁰⁴ FÁRIA. A lealdade processual, o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro e a experiência portuguesa. 2014 [Online].

aparato organizacional próprio para descumprir direitos e optar pela via judicante, com atos protelatórios e temerários que prejudicam o bom andamento do processo.

Deve-se coibir o abuso no processo por não haver dano apenas à parte contrária, como afirma José Olympio de Castro Filho, mas ao próprio Estado, pois a prestação jurisdicional tem um custo operacional e, portanto, a utilização do processo acaba ensejando, no mínimo, desperdício de dinheiro público¹⁰⁵.

Para além da afronta à norma fundamental de boa-fé processual, apesar de não haver uma previsão expressa destinada à reprimenda do comportamento ímprobo dos litigantes habituais, é possível aplicar as sanções previstas no artigo 81 do Código de Processo Civil, impondo a condenação de multa, que, conforme consta no artigo, o valor “deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou”¹⁰⁶.

O legislador não trouxe a definição de litigância de má-fé no artigo 80, mas apresentou um rol taxativo¹⁰⁷ de condutas que se enquadram na referida hipótese, quais sejam: (i) deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; (ii) alterar a verdade dos fatos; (iii) usar do processo para conseguir objetivo ilegal; (iv) opuser resistência injustificada ao andamento do processo; (v) proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; (vi) provocar incidente manifestamente infundado; (vii) interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

¹⁰⁵ CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do direito no processo civil*. 2.^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 33.

¹⁰⁶ BRASIL. *Lei nº 13.105, 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 ago. 2021.

¹⁰⁷ Por ser um rol que impõe sanções, parece razoável o posicionamento da doutrina e da jurisprudência no sentido de que as hipóteses de litigância de má-fé constituem um rol taxativo. O Superior Tribunal de Justiça, nesse contexto, já concluiu que “as sanções aplicáveis ao litigante de má-fé são aquelas taxativamente previstas pelo legislador, não comportando interpretação extensiva” (Recurso Especial nº 1.663.193/SP). Em recente posicionamento, a Terceira Turma entendeu, nos autos do Recurso Especial nº 1.989.076/MT que o benefício da gratuidade de justiça não pode ser revogado como punição por litigância de má-fé, pois esta possui previsão específica, que não inclui a revogação dos benefícios da justiça gratuita. A Relatora Ministra Nancy Andrighi advertiu que “a revogação do benefício pressupõe prova da inexistência ou do desaparecimento da incapacidade econômica, não estando atrelada à eventual conduta improba da parte no processo”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial nº 1.989.076/MT*. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SÚMULA 284/STF. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PARTE BENEFICIÁRIA DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. DESCABIMENTO. [...] Recorrente: Locari Machry. Recorrido: Banco Cetelem S/A. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Decisão por unanimidade, 17 de maio de 2022. Publicado em 19/05/2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=153726284&num_registro=202200581711&data=20220519&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 20 ago. 2022).

Ademais, o ordenamento também trouxe a previsão de punição por ato atentatório à dignidade da justiça aos que descumprirem os deveres processuais listados nos parágrafos 1º e 2º do artigo 77, bem como no artigo 772 do Código de Processo Civil.

Registre-se que, ao contrário das penalidades da litigância de má-fé, que são exaustivas, os deveres processuais do artigo 77 possuem um rol meramente exemplificativo, podendo ser auferíveis casuisticamente. De toda forma, vê-se que as hipóteses trazidas pela legislação são amplas e possibilitam ampla interpretação, o que facilita o cotejo entre o comportamento da parte com as previsões listadas no dispositivo em referência.

Em linhas gerais, é possível identificar as seguintes consequências jurídicas aos litigantes habituais: reparação por perdas e danos (arts. 79 e 81 do CPC); multa (arts. 81; 968, III; 1026, § 2º; § único do art. 774; § 2º do art. 896 do CPC); obrigação de arcar com custos do processo (arts. 81; 93; 485, § 2º do CPC).

Seguindo essas premissas, o Superior Tribunal de Justiça criou um importante precedente nos autos do Recurso Especial nº 1.817.845/MS, definindo o conceito de “assédio processual”, em um caso no qual foi constatada a apresentação de ações iguais em foros semelhantes.

A Terceira Turma, portanto, trouxe a seguinte definição: “O ajuizamento de sucessivas ações judiciais, desprovidas de fundamentação idônea e intentadas com propósito doloso, pode configurar ato ilícito de abuso do direito de ação ou de defesa, o denominado assédio processual”¹⁰⁸.

Apesar de ser específica para um caso concreto, vê-se a relevância do tema, que já vem sendo admitido na instância superior, notadamente porque a experiência forense indica que ainda é tímida a aplicação de sanções processuais pelos magistrados brasileiros¹⁰⁹.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial nº 1.817.845/MS*. Civil e Processual Civil. Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais. Omissão e obscuridade. Inocorrência. Fundamentação suficiente. Questão decidida. Abuso do direito de ação e de defesa. Reconhecimento como ato ilícito. Possibilidade. Prévia tipificação legal das condutas. Desnecessidade. Ajuizamento sucessivo e repetitivo de ações temerárias, desprovidas de fundamentação idônea e intentadas com propósito doloso. Má utilização dos direitos fundamentais de ação e defesa. Possibilidade. [...] Recorrente: Alberto Jorge Muniz e outros. Recorrido: Celso Izidoro Rottili. Relatora p/ Acórdão: Ministra Nancy Andrighi, 10 de outubro de 2019. Publicado em 17/10/2011. Decisão por maioria. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201601478267>. Acesso em: 01 nov. 2021.

¹⁰⁹ Sobre a questão, pontua Bruno Furtado Silveira: “não se deve esquecer que os juízes que aplicam as penalidades por litigância de má-fé criam uma indisposição com as partes sancionadas e principalmente com seus respectivos advogados. Com a consciência de que terão que se relacionar outras vezes com os mesmos advogados que atuaram de forma desleal, muitos juízes optam por adotar uma postura mais branda frente à litigância de má-fé. Uma vertente da sociologia identifica como traço característico do brasileiro a cordialidade, no sentido de que as pessoas no Brasil normalmente evitam atritos e indisposições. Essa característica dos brasileiros é totalmente avessa a uma postura impessoal inerente à condenação por litigância de má-fé. (SILVEIRA, Bruno Furtado. Análise econômica

Em 2020, por outro lado, a Corte Superior, nos autos do Recurso Especial nº 1.770.890/SC¹¹⁰, lastreado em outros entendimentos, entendeu pela excepcionalidade no reconhecimento do abuso de direito de ação por estar relacionado ao princípio do acesso à justiça. Portanto, o Superior Tribunal de Justiça já vem reconhecendo o abuso do direito, mas também entende que não pode ser aplicável indistintamente a todos os casos.

Obviamente que deve haver o reconhecimento dessas situações com fundamento em critérios objetivos para fins de não tolher as garantias processuais previstas na Constituição Federal e nas normas fundamentais do processo civil.

O fato é que o sistema de punição para quem se comporta de forma desleal no processo deve ser melhor aplicado na praxe forense e o Poder Judiciário Brasileiro, pois se observa uma atuação incipiente nesse âmbito¹¹¹. Alguns fatores podem ser observados para justificar essa

do processo: motivações econômicas da litigância de má-fé. *Revista de Análise Econômica do Direito*, vol. 2. Jul – Dez, 2021).

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial nº 1.770.890/SC*. Recurso Especial. Ação Indenizatória. Ajuizamento. Ação Popular. Prazo Prescricional. Termo Inicial. Teoria da actio nata. Dano e sua extensão. Ciência inequívoca. Lesão. Decurso do tempo. Prescrição. Não ocorrência. Danos Morais. Direito De Ação. Abuso. Inexistência. Pretensão Legítima. Proteção Do Patrimônio Público. 1. Recurso especial interposto na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a discutir i) a ocorrência ou não da prescrição da pretensão indenizatória e ii) a configuração de abuso do direito de ação em virtude do ajuizamento de ação popular que pretendia o reconhecimento de irregularidades no procedimento de alienação de um imóvel pertencente ao município. 3. No tocante à prescrição, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem adotado a teoria da actio nata, segundo a qual a pretensão surge apenas quando há ciência inequívoca da lesão e de sua extensão pelo titular do direito violado. Precedentes. 4. Na hipótese, quando do ajuizamento da ação popular, os autores não tinham ciência inequívoca da extensão dos danos provocados pela referida ação, visto que decorreram do curso do processo. A alegada lesão do direito perdurou enquanto tramitou a ação popular. 5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se orientado no sentido da excepcionalidade do reconhecimento de abuso do direito de ação, por estar intimamente atrelado ao acesso à justiça. Precedente. [...] Recorrente: Ereno Marchi e outros. Recorrido: Horst Bremer e outra. Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cuêva, 18 de agosto de 2020. Publicado em 26/08/2020. Decisão por unanimidade. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801958689&dt_publicacao=26/08/2020. Acesso em: 20 out. 2021.

¹¹¹ Não obstante essa constatação, verifica-se que o ordenamento vem desenvolvendo um viés preventivo do tema, notadamente com ações do Conselho Nacional de Justiça. A título exemplificativo, recentemente, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 129/2022, que recomenda aos tribunais a adoção de cautelas visando a evitar o abuso do direito de demandar que possa comprometer os projetos de infraestrutura qualificados pelo Programa de Parcerias de Investimentos previsto na Lei nº 13.334/2016. Assim, identificou-se a possibilidade de eventual abusividade no direito de demandar com o intento de questionar projetos, leilões ou contratos de infraestrutura que se encontram em fases de desenvolvimento e a normativa em questão sugere aos magistrados que, antes de formularem decisões relacionadas a tutelas de urgência sobre essa temática: (i) ouçam os órgãos da administração pública responsáveis pelo projeto de que trata o caput (artigo 3º, II); e (ii) dialoguem com protocolo formulado pelo mesmo CNJ, destinado a "subsidiar suas decisões quanto às ações referentes aos projetos de que trata o caput". De igual modo, a Recomendação nº 127/2022 trouxe recomendação aos tribunais a adoção de cautelas visando a coibir a judicialização predatória que possa acarretar o cerceamento de defesa e a limitação da liberdade de expressão. (Conferir: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 129, de 15 de junho de 2022*. Recomenda aos tribunais a adoção de cautelas visando a evitar o abuso do direito de demandar que possa comprometer os projetos de infraestrutura qualificados pelo Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), previsto na Lei no 13.334/2016. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1526482022062962bc6f384599d.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022 e BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 127, de 15 de fevereiro de 2022*. Recomenda aos tribunais a

situação: (i) a cultura do magistrado brasileiro e a sua cordialidade¹¹²; (ii) repetidas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça afastando a aplicação de multa por litigância de má-fé, o que pode gerar um desestímulo ao juiz; (iii) a alta carga de subjetividade que traz do conceito e das suas características, que dificultam a aferição no caso concreto; (iv) a dificuldade de se verificar a intenção do agente em atuar com má-fé; (v) ausência de delineamento claro sobre os dispositivos processuais que tratam do tema, o que dificultam o exame casuístico; (vi) a ausência de estrutura adequada nos órgãos jurisdicionais que permite um exame detalhado e pormenorizado do processo, incluindo tanto estrutura física – com numerosos processos distribuídos para poucos magistrados –, quanto estrutura de pessoal¹¹³.

Analisado o sistema de reprimendas e o tratamento do abuso de direito de litigar, deve-se fazer um exame sobre os instrumentos disponíveis no Direito Processual Civil para tratamento da temática, situação que será exposta no próximo tópico.

1.5 MECANISMOS PROCESSUAIS DE TRATAMENTO DA LITIOSIDADE HABITUAL E ABUSIVA

A partir do estudo da crise do Poder Judiciário já tratado acima, das faces da litigância que o assolam e do sistema de abuso de direito de litigar, vê-se a necessidade de aplicação do paradigma que foi anunciado no início deste capítulo: a busca pelo acesso dos jurisdicionados a uma ordem jurídica justa.

Para tanto, importante estudar os mecanismos que a legislação processual civil trouxe para tratar a litigiosidade, ou seja, deve-se partir dos instrumentos que o ordenamento jurídico-processual previu para identificar formas de lidar com a questão, seja por meio de reprimendas, seja por prevenção e tratamento de conflitos. Alguns correspondem a inovações legislativas, outros já estavam no sistema processual anterior e podem ser visualizados em conjunto com as demais novidades trazidas pelo Código de 2015.

Aqui uma ressalva há de ser feita: conforme já defendido nesse estudo, a litigiosidade, em si, não é um problema, mas o seu uso patológico pode transformá-la em um, de modo que

adoção de cautelas visando a coibir a judicialização predatória que possa acarretar o cerceamento de defesa e a limitação da liberdade de expressão. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original17591220220217620e8cf0e759c.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022).

¹¹² No livro “Raízes do Brasil”, Sérgio Buarque de Holanda apresenta o “homem cordial”, que possui lhaneza no trato, a hospitalidade, a generosidade, o que pode ser um impeditivo para aplicação com severidade de punições no âmbito do processo. (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146-147).

¹¹³ Essas questões constituem uma estrutura do Poder Judiciário que contribuem para a litigância, conforme será examinado no tópico 4.3 deste trabalho.

se deve identificar as técnicas processuais para cuidar da litigiosidade visualizada como um problema ao sistema de justiça.

Ao tratar do tema da contenção da litigiosidade, Claudio Penedo Madureira expõe que a “técnica empregada pelo Código de Processo Civil de 2015 para enfrentamento do problema relativo às dificuldades encontradas pelo Poder Judiciário para imprimir duração razoável ao processo foi fomentar a contenção da litigiosidade das partes”¹¹⁴.

O autor apresenta três técnicas empregadas pelo legislador para promover a contenção da litigiosidade no processo, que têm como finalidade induzir a concepção de um processo cooperativo e comprometido com o convencimento do jurisdicionado: (i) a amplificação da noção de contraditório; (ii) a recepção da teoria dos precedentes e (iii) o surgimento de uma nova metódica para a fundamentação jurídica¹¹⁵.

O presente trabalho, todavia, enfrentará a questão da litigiosidade habitual e, assim, buscou-se não só falar em contenção, mas trazer um exame propositivo dos dispositivos trazidos pela legislação processual com vistas a tratar a litigiosidade no processo.

Em uma análise sistemática do Código de Processo Civil, é possível identificar os seguintes filtros para contenção e tratamento da litigiosidade: (i) os poderes-deveres de gerenciamento do juiz; (ii) instrumentos de análise da petição inicial; (iii) mecanismos auto e heterocompositivos; (iv) mecanismos de padronização de decisões; (v) sistema de cooperação institucional; (vi) sistema de penalidades; (vii) sucumbência recursal. Passa-se ao exame detalhado de cada um desses pontos.

O juiz, como principal condutor do procedimento, pode se utilizar de poderes-deveres para prevenção das atitudes de litigantes habituais, incumbindo-lhe, nos termos do artigo 139, zelar pela duração razoável do processo (inciso II) e prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias (inciso III).

Também deve advertir o devedor que sua atitude constitui ato atentatório à dignidade da justiça (§ 1º do art. 77 e inciso II do art. 772); indeferir diligências inúteis ou protelatórias (§ único do art. 370); proferir decisão que obste o objetivo das partes, no caso em que constatou que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei (art. 142), aplicando as penalidades de litigância de má-fé; advertir o ofensor que lhe será

¹¹⁴ MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. E-book Kindle.

¹¹⁵ MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. E-book Kindle.

cassada a palavra na hipótese de utilização de expressões ou prática de condutas ofensivas (§1º do art. 78).

Os instrumentos de análise da petição inicial podem ser visualizados como o indeferimento da petição inicial (CPC, art. 330¹¹⁶) ou a improcedência liminar do pedido (CPC, art. 332¹¹⁷). Tratam-se de formas de extinção prematura do feito nas hipóteses em processo natimorto, pois a petição inicial não reúne as condições necessárias para prosseguimento da demanda, seja por não preenchimento dos requisitos legais a sua constituição e a existência de vícios insanáveis, seja por irem de encontro ao sistema de precedentes instituídos pela legislação processual.

Conforme já exposto anteriormente, o uso da máquina judiciária para propositura de demandas frívolas é uma realidade, de forma que esses mecanismos funcionam para impedir o desenvolvimento da litigância predatória e que isso se perpetue no Poder Judiciário, impacte em custos e em tempo para, posteriormente, ser extinta¹¹⁸.

Nesse ponto, ressalte-se que a extinção primitiva da petição inicial deve privilegiar o contraditório e ser precedida de intimação prévia ao demandante para se manifestar e, se for o caso, regularizar a questão, em uma postura dialógica e cooperativa estabelecida nas normas fundamentais existentes nos artigos 1º a 12 do Código de Processo Civil.

¹¹⁶ Art. 330. A petição inicial será indeferida quando: I - for inepta; II - a parte for manifestamente ilegítima; III - o autor carecer de interesse processual; IV - não atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321 (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 out. 2021).

¹¹⁷ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar: I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local. § 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 out. 2021).

¹¹⁸ Sobre a improcedência liminar do pedido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery bem elucidaram a questão: “seria perda de tempo, dinheiro e de atividade jurisdicional insistir-se na citação e na prática dos demais atos do processo, quando o juízo ou mesmo a jurisprudência como um todo já tem posição firmada quanto à pretensão deduzida”. (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015. p. 909). É importante ressaltar que, malgrado se manifestem dessa forma, os autores citados consideram o dispositivo inconstitucional por ferir garantias da isonomia, da legalidade, do devido processo legal, do direito de defesa, com o que, com o devido respeito, não se pode concordar. Segundo os autores, o “autor tem o direito de ver efetivada a citação do réu, que pode abrir mão de seu direito e submeter-se à pretensão, independentemente do precedente jurídico do tribunal”. No entanto, sem adentrar com profundidade à temática, que merece um escrito específico sobre a questão, parecem estar com razão Marinoni, Arenhart e Mitidiero, os quais defendem que “pode o contraditório ser exercido eficazmente na apelação, inclusive com a possibilidade de o juiz se retratar e reconhecer que o precedente não é aplicável” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante o procedimento comum*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 169-170).

Na outra categoria de filtro para contenção e tratamento da litigiosidade estão os mecanismos auto e heterocompositivos previstos na legislação processual civil. Conforme já exposto na presente pesquisa, o artigo 3º do Código de Processo Civil trouxe a previsão de contemplar as vias de solução de conflitos, que não se esgotam apenas no Poder Judiciário. Assim, além de delegar ao Estado o papel na solução de conflitos, o dispositivo admite a arbitragem como método nesse sistema Multiportas já descrito no presente estudo.

O artigo 334 da legislação processual inseriu a Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos introduzida pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e trouxe a audiência de conciliação ou a sessão de mediação – a depender do tipo de conflito – como etapa inaugural do procedimento comum e postergou o prazo para apresentação da defesa para momento posterior à realização da audiência.

Apesar de a prática forense indicar que o ato obrigatório não tem sido muito aceito na comunidade jurídica¹¹⁹, o fato é que essa etapa prévia proporciona que as partes possam “dialogar sobre o conflito, não só para se tentar um acordo, mas também para que elas passassem a conhecer melhor os contornos fáticos e jurídicos do litígio, inclusive para fins de ampla defesa”¹²⁰.

Vê-se, portanto, que a tutela do tratamento dos conflitos por meio dos mecanismos auto e heterocompositivos expressamente prevista no Código de Processo Civil se revela como uma forma de evitar a litigiosidade, desde que todos estejam comprometidos com o escopo instituído pelo legislador¹²¹⁻¹²².

¹¹⁹ Sobre o assunto, Marcelo Mazzola apresenta a seguinte crítica àqueles que dispensam a audiência sob o fundamento de falta de estrutura: “Preocupa-nos, por exemplo, a ideia de que a falta de estrutura de determinado foro possa ser considerada argumento legítimo para justificar a dispensa da audiência de mediação. Ora, não é a lei que deve adequar-se aos juízes, mas, sim, o contrário. Aliás, todos os tribunais tiveram tempo de sobra para se estruturar e criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs)”. (MAZZOLA, Marcelo. Dever de comprometimento do juiz e a audiência de mediação do artigo 334 do NCPC. Críticas aos dribles hermenêuticos e à sua designação aleatória. *Revista de Processo*. Vol. 276, p. 125 - 150. Fev, 2018).

¹²⁰ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A eficiência da audiência do art. 334 do CPC. *Revista de Processo*. Vol. 298. p. 107-120. Dez, 2019.

¹²¹ O tratamento dessa questão demanda a análise de uma série de medidas para funcionamento adequado, tais como a estrutura adequada para realização das audiências, a capacitação dos profissionais, a mudança de cultura de litigiosidade entre os atores processuais. Sobre o tema, conferir: LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC e o modelo multiportas: observações sobre a implementação de um novo paradigma. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JR., H. (Org.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 1. p. 909-923.

¹²² A título de esclarecimento, esta autora entende que a conjugação do Código de Processo Civil com a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o Código de Processo Civil, a Lei de Mediação e a Lei de Arbitragem formam verdadeiro microsistema de solução de conflitos. Esse microsistema contempla a utilização dos métodos adequados não apenas no curso do procedimento comum, como também a realização de sessões pré-processuais, o que indica a contenção da litigiosidade. Ocorre que referida questão não foi indicada no presente tópico por tratar apenas dos mecanismos existentes no Código de Processo Civil.

Por fim, os mecanismos de padronização de decisões previstos no Código de Processo Civil são uma forma de uniformização da aplicação do direito, de forma que o jurisdicionado pode ter o conhecimento prévio da juridicidade do seu conflito para se socorrer do Poder Judiciário.

A legislação processual civil trouxe um sistema de precedentes¹²³ e determina em seu artigo 927 que juízes e tribunais observarão: (i) as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; (ii) os enunciados de súmula vinculante; (iii) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (iv) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (v) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O dispositivo traz a observância obrigatória das decisões judiciais para dar maior uniformidade e segurança jurídica ao sistema, o que contribui para o tratamento da litigância habitual à medida em que coíbe o uso abusivo do direito de ação, pois o autor deverá observar os pronunciamentos judiciais, retirando o espaço daqueles que apresentam demandas frívolas e desnecessárias.

Além das súmulas (vinculantes ou não), dos recursos repetitivos e da repercussão geral que já estavam no ordenamento processual anterior, o Código de Processo Civil contempla novos mecanismos de uniformização das decisões judiciais, quais sejam, o incidente de assunção de competência e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Essas formas de padronização das decisões contribuem para diminuição de pronunciamentos divergentes sobre o mesmo tema, conferindo maior segurança jurídica aos jurisdicionados e reduz as chances das aventuras jurídicas promovidas por litigantes habituais, dada a uniformização da matéria pelos tribunais.

Reforçando a importância desse sistema, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 444 no ano de 2022, que cria o Banco Nacional de Precedentes (BNP) para consulta e divulgação por órgãos e pelo público em geral de precedentes judiciais, com ênfase nos pronunciamentos judiciais listados no artigo 927 do Código de Processo Civil em todas as suas fases processuais¹²⁴.

¹²³ Sobre a classificação dos precedentes, conferir: ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

¹²⁴ Trata-se de resultado do Grupo de Trabalho instituído pela Portaria nº 240/2020 do Conselho Nacional de Justiça, criado para laboração de estudos e de propostas voltadas ao fortalecimento dos precedentes no sistema jurídico. Convém ressaltar o sítio eletrônico criado para consulta, resultado desse grupo:

No ano de 2011, o Conselho Nacional de Justiça, em parceria com a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, realizou um estudo sobre as demandas judiciais e a morosidade da justiça, tendo diagnosticado que "os indivíduos – pessoas físicas e jurídicas – utilizam-se do Judiciário, muitas vezes, de forma alternativa (que não na busca da efetiva prestação jurisdicional), de acordo com seus interesses"¹²⁵.

A existência de distintas decisões sobre o tema, segundo o estudo, estimula o uso instrumental do Poder Judiciário, fomentando comportamentos oportunistas das partes. Fundamental, portanto, a adoção de um sistema de padronização de julgamentos, tal como feito no ordenamento processual atual.

Outro aspecto de tratamento da litigiosidade habitual e abusiva encontra-se no sistema de intercâmbio institucional, consubstanciado na cooperação judiciária nacional¹²⁶, instrumento que visa à eficiência e à celeridade na atividade jurisdicional, por meio da relação direta e simplificada entre os órgãos do Poder Judiciário e entre este com instituições externas.

A Cooperação Judiciária Nacional está disciplinada nos artigos 67 a 68 do Código de Processo Civil e foi regulamentada pela Resolução nº 350/2020 do Conselho Nacional de Justiça, para tratar dos atos e de todas as nuances do instituto.

Por meio desses mecanismos, são possíveis a prática de atos conjuntos e concertados, o compartilhamento de informações e servidores, a realização de mutirões conjuntos, a produção de provas, a comunicação entre órgãos, entre outros, o que contribuiu para a criação de uma estrutura própria envolvendo os órgãos judiciários para identificação da litigância habitual e o seu tratamento.

A título exemplificativo, algumas comarcas do Poder Judiciário do Espírito Santo receberam numerosos processos após o desastre ambiental do rompimento da barragem em

<https://bnpr.cnj.jus.br/bnpr-web/>. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 444, de 25 de fevereiro de 2022*. Institui o Banco Nacional de Precedentes (BNP) para consulta e divulgação por órgãos e pelo público em geral de precedentes judiciais, com ênfase nos pronunciamentos judiciais listados no art. 927 do Código de Processo Civil em todas as suas fases processuais. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4415>. Acesso em: 22 set. 2022).

¹²⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil: diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil*. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.

¹²⁶ O conceito de cooperação judiciária nacional é trazido por Fredie Didier Jr.: "A cooperação judiciária nacional é o complexo de instrumentos e atos jurídicos pelos quais os órgãos judiciários brasileiros podem interagir entre si, com tribunais arbitrais ou órgãos administrativos, com o propósito de colaboração para o processamento e/ou julgamento de casos e, de modo mais genérico, para a própria administração da Justiça, por meio de compartilhamento ou delegação de competências, prática de atos processuais, centralização de processos, produção de prova comum, gestão de processos e de outras técnicas destinadas ao aprimoramento da prestação jurisdicional no Brasil". (DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional: esboço de uma teoria para o Direito Brasileiro [arts. 67-69, CPC]*. 2º ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 51-52).

Mariana/MG¹²⁷ ocasionado pela mineradora Samarco S/A¹²⁸, em que moradores da região do Rio Doce afetados pelo acidente postulavam por indenizações pela falta de abastecimento de água ou pelo impedimento em praticar atividades na região pela contaminação do rio.

Esse é um caso prático que reflete a possibilidade de cooperação entre juízos das regiões do Rio Doce, os quais podem trabalhar com intercâmbio de informações, realização de provas conjuntas e uniformização de decisões, que se deparam com alto número de processos similares por identidade de fatos e, assim, é possível utilizar pontos em comum para solução em massa desse litigante, que se tornou habitual por ocasião do grande impacto que assolou o local.

Esse sistema de troca de informações e estrutura entre órgãos, esferas de poder e até mesmo entre atores externos ao processo também viabiliza a utilização de mecanismos de cooperação com o próprio litigante habitual, sendo possível, por exemplo, parcerias interinstitucionais para a comunicação processual facilitada, dado o grande volume de processos em que atua a mesma pessoa.

Por fim, um modelo de penalidades trata a litigiosidade na medida em que esta se transforma em uma patologia para o sistema de justiça, tal como apresentado anteriormente no contexto das litigâncias habitual e frívola.

As nuances dos institutos de litigância de má-fé e do ato atentatório à dignidade da justiça já foram apresentadas no tópico anterior, no entanto, é importante esclarecer que, no exame do tratamento da litigiosidade que é pertinente neste momento do texto, a previsão normativa das penalidades traz um triplo caráter: (i) inibitório de impedir ajuizamento de ações despropositadas, de se utilizar da morosidade para perpetuar conflitos e de ter comportamentos infundados no processo; (ii) pedagógico contra aquele que age de má-fé como forma de conscientizar a parte pelo seu ato; (iii) punitivo para coibir a conduta do sujeito.

No âmbito recursal, a inovação trazida pela legislação processual veio com a inserção de majoração de honorários sucumbenciais em âmbito recursal¹²⁹, o que pode significar como

¹²⁷ De acordo com o sítio eletrônico do Poder Judiciário do Espírito Santo, por exemplo, “os processos relativos ao desastre ambiental compõem quase todo o acervo físico do 3º Juizado Especial [de Colatina], que também já opera com Processo Judicial Eletrônico, (Pje)” (JUIZADOS de Colatina agilizam a solução dos conflitos gerados pelo desastre ambiental de Mariana. *Tribunal de Justiça do Espírito Santo*, Espírito Santo, 27 jul. 2018. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/juizados-de-colatina-aceleram-processos-para-solucionar-conflitos-gerados-pelo-desastre-de-mariana/>. Acesso em: 05 nov. 2021).

¹²⁸ Sobre o acontecimento à época, conferir: BARRAGEM se rompe, e enxurrada de lama destrói distrito de Mariana. *Portal G1 Minas Gerais*, Minas Gerais, 05 nov. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2015/11/barragem-de-rejeitos-se-rompe-em-distrito-de-mariana.html>. Acesso em: 09 nov. 2021.

¹²⁹ Art. 85. [...] § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. (BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de*

um desestímulo aos litigantes habituais e inconsequentes a se perpetuarem com os processos em âmbito recursal, pois isso impacta em majoração de honorários sucumbenciais em caso de desprovimento do recurso e, conseqüentemente, em aumento de gastos na litigância¹³⁰ _¹³¹.

Ocorre que, ao se tratar do litigante habitual e da característica de que grande parte que compõem essa categoria é formada por grandes empresas com alto poderio econômico, a majoração dos honorários sucumbenciais, por si só, talvez não tenha grande impacto para modificação de sua postura, notadamente porque muitos desses se utilizam do sistema recursal para criar precedentes a eles favoráveis¹³².

Em linhas gerais, é possível identificar que o Código de Processo Civil trouxe um tratamento da litigiosidade em vários de seus dispositivos, como mencionados acima, mas, em termos das litigâncias habitual e frívola, poderia ter sido mais específico e tratar com exatidão dos temas.

Não obstante, é plenamente possível tratar a litigiosidade com o sistema que se tem hoje, aliado às normas fundamentais nele inseridas para melhor análise do caso concreto.

O combate às falhas da prestação jurisdicional perpassa também por questões estruturais, de investimentos que devem ser examinados sob um plano político-administrativo,

março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 out. 2021).

¹³⁰ Nos tópicos subsequentes desse trabalho, identificar-se-á se esse sistema de custas, de fato, implica em redução do número da litigância habitual e frívola ou se, ainda assim, os gastos compensam para se manter no sistema de justiça e levar a causa até às instâncias superiores, a fim de postergar a solução fora do Poder Judiciário.

¹³¹ Sobre essa questão, importante transcrever a observação de Guilherme Pignaneli: “[...] em que pese a aplicação da majoração dos honorários advocatícios na seara recursal não impedir a distribuição de uma ação abusiva, reduz, significativamente, o seu tempo de vida útil, porquanto em uma análise recursal *ex ante*, desestimularia a apresentação de recursos ilegítimos, justamente em razão da alta probabilidade de incidência e baixa chances de reversão da decisão”. (PIGNANELI. *Análise econômica da litigância: uma busca pelo efetivo acesso à justiça*, 2019. p. 195-196).

¹³² Essa realidade é bem apresentada por Maria Cecília de Araújo Asperti, Paulo Eduardo Alves da Silva, Daniela Monteiro Gabbay e Susana Henriques da Costa: “Em termos de poder de barganha, estudos indicam que, por trabalhar em intensa escala, litigantes habituais brasileiros adotam o que Galanter chama de “minimax” estratégia, especialmente para propor acordos nos casos em que sabem que as chances de sucesso nos tribunais são baixas (GALANTER, 1974, pp. 141-144). Enquanto fazem isso, eles disputam as regras do litígio porque, ao contrário dos litigantes eventuais, que buscam resultados individuais e tangíveis em cada reclamação, os litigantes habituais podem manobrar essas reivindicações repetidas extremamente numerosas com o objetivo de obter precedentes de jurisprudência favorável em certas questões e resolução nos casos em que as chances de sucesso são remotas. Para obter precedentes de jurisprudência favorável, litigantes habituais recorrem a advogados e a escritórios de advocacia de prestígio, que gozam de grande proximidade com os Tribunais Superiores, juízes e servidores. Esses advogados também são juristas renomados e respeitados, que preparam pareceres jurídicos em questões polêmicas em favor de litigantes habituais [...]. Tais opiniões exercem influência relevante na formação de súmulas nos tribunais superiores, como bem como nas reformas institucionais e jurídicas relacionadas aos assuntos envolvidos”. (ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 1, p. 11-33, 2019, [Online], [tradução nossa]. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3503/pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021).

que vão além da mera previsão normativa e envolvem a organização e gerenciamento dos serviços judiciários.

Deve-se ter em mente, ainda, que não se fala em melhoria da estrutura judicial sem passar pela análise econômica do processo e gerenciamento de seus custos, o que será examinado posteriormente nesse trabalho.

A ideia nesse capítulo foi trazer algumas noções gerais de como o ordenamento tem enfrentado a questão da litigiosidade e, traçado esse panorama, passa-se ao exame dos atores que contribuem para esse sistema.

2 OS CEM MAIORES LITIGANTES: OS PLANOS DE SAÚDE COMO INTEGRANTES DA CADEIA DE LITIGÂNCIA HABITUAL

Apresentado o panorama do sistema jurídico brasileiro e a construção do princípio do acesso à justiça, que não pode ser visualizado apenas como sinônimo do Poder Judiciário, verificou-se que no exame da litigiosidade há uma categoria específica sobre o qual esse trabalho irá se aprofundar: o litigante habitual.

Para tanto, dada a amplitude do tema, necessário o recorte para melhor especialização, de forma que o exame recairá sobre a análise dos planos de saúde, a sua posição jurídica no ordenamento brasileiro e as suas nuances contratuais que, inevitavelmente, impactam o sistema de justiça brasileiro.

Dito isso, o presente capítulo irá analisá-los na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, as suas modalidades e como a sua forma contratual possui alguns conceitos importantes da economia. Por fim, esse panorama reclama análise de questões pragmáticas que reclamam uma análise jurisprudencial.

2.1 O INDISPENSÁVEL RECORTE METODOLÓGICO NO ASPECTO DA LITIGÂNCIA HABITUAL

Traçado o panorama sobre a litigância habitual, o seu surgimento e as repercussões no ordenamento jurídico, deve-se identificar quem são as pessoas que integram essa categoria no sistema de justiça brasileiro.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça lançou um painel chamado “Grandes Litigantes”¹³³, com dados dos principais integrantes dos polos ativo e passivo de seis tribunais da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho, com o objetivo de melhorar a gestão judiciária e identificar as causas de pedir que mais se repetem no Poder Judiciário.

Apesar de muito relevante ao presente trabalho, referido mecanismo ainda está em fase de homologação e validação dos dados, razão pela qual não será possível a sua utilização na construção da presente dissertação.

¹³³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Painel “Grandes Litigantes”*. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em: 15 ago. 2022.

O ponto de partida será, portanto, o outro estudo realizado também pelo Conselho Nacional de Justiça, que trata dos cem maiores litigantes¹³⁴ nos processos judiciais brasileiros, excluídos os dados da justiça criminal, da Justiça Eleitoral e da Justiça Militar¹³⁵, realizado no ano de 2012¹³⁶, o qual elencou os dez setores que mais figuram como parte passiva no Poder Judiciário: 1) Setor Público Federal; 2) Bancos; 3) Setor Público Municipal; 4) Setor Público Estadual; 5) Telefonia; 6) Comércio; 7) Seguros/Previdência; 8) Indústria; 9) Serviços e 10) Conselhos Profissionais. Esses dados reúnem três esferas da Justiça, quais sejam, Justiça Federal, Estadual e Trabalhista.

No âmbito apenas da Justiça Estadual, a listagem apresenta-se da seguinte forma: 1) Bancos; 2) Setor Público Municipal; 3) Setor Público Estadual; 4) Setor Público Federal; 5) Telefonia; 6) Seguros/Previdência; 7) Comércio; 8) Indústria; 9) Serviços; 10) Transporte.

Crucial pontuar, ainda, que o estudo em referência já havia sido elaborado no ano de 2010 e, em comparativo com os dados do estudo mais atual sobre o tema, este publicado no ano de 2012, o ranking apresenta-se dessa forma: 1) Setor Público Federal; 2) Bancos; 3) Setor Público Estadual; 4) Telefonia; 5) Setor Público Municipal; 6) Conselhos Profissionais; 7) Seguros/Previdência; 8) Serviços; 9) Planos e Saúde; 10) Associações.

Especificamente no âmbito da Justiça Estadual, em um comparativo entre os dois estudos, tem-se o seguinte panorama: 1) Bancos; 2) Setor Público Estadual; 3) Setor Público Municipal; 4) Telefonia; 5) Setor Público Federal; 6) Seguros/Previdência; 7) Serviços; 8) Planos de Saúde; 9) Educação; 10) Consórcio.

O ponto de relevância desses resultados reside no fato de que, excluídos os entes Estatais entre os maiores litigantes, os demais integrantes, basicamente, estão relacionados às empresas de bens de consumo, o que envolve as relações amparadas pelo Código de Defesa do Consumidor.

¹³⁴ Esclareça-se que o relatório já foi elaborado há pouco mais de dez anos, o que justifica ser utilizado apenas como ponto de partida, tendo em vista não haver um novo estudo exatamente da forma como realizado pelo Conselho Nacional de Justiça naquela oportunidade. Conforme será visto adiante, há outros estudos mais atualizados elaborados em anos posteriores que também versam sobre a presença de litigantes repetitivos, o que, inclusive, motivou o recorte metodológico que será abordado neste tópico. Significa dizer que a ideia apresentada não se baseou apenas em números de 2012, mas em outros relatórios que também abordam a temática, embora não tão completo quanto o que fora feito pelo Conselho Nacional de Justiça.

¹³⁵ De acordo com o estudo, segundo consta no relatório, os dados relativos a essas esferas de competência foram excluídos em razão de, nos três casos, o polo ativo ser o Estado e o polo passivo ser composto por particulares.

¹³⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os cem maiores litigantes*. Brasília, DF, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 06 nov. 2021.

Nesse contexto, no Relatório Analítico Propositivo elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2018¹³⁷, que apurou os maiores litigantes em ações consumeristas, figuram, entre os maiores litigantes, os setores de telecomunicações, bancos, concessionárias de serviços básicos, planos de saúde e seguros.

O estudo “O uso da justiça e o litígio no Brasil”¹³⁸ realizado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) de 2015 identifica que a maior parte dos processos está associada aos setores financeiro e de telefonia. Não obstante, outro destaque no âmbito das relações privadas reside nos setores de seguro e planos de saúde, que também se encontram na listagem dos maiores litigantes nos Tribunais de Justiça analisados.

Nesse sentido, é digno de reflexão examinar o motivo que leva as onze unidades da federação analisadas e o Distrito Federal, terem a categoria "Seguros e Planos de Saúde" na lista dos principais litigantes, conforme dados do relatório da AMB acima mencionado, dada a sua relevância no mercado de consumo, com reflexos diretos aos usuários do sistema de saúde suplementar brasileiro.

Dada a multiplicidade de causas que envolve cada um dos maiores litigantes listados pelo Conselho Nacional de Justiça, optou-se, na presente pesquisa, para se fazer um recorte mais aprofundado e utilizar apenas um setor que aparece nas listas: os planos privados de saúde.

A individualização é necessária para investigar de forma pormenorizada as causas que levam a essa litigância em massa no âmbito do Poder Judiciário, especialmente por a saúde ser direito social constitucionalmente garantido, nos termos do artigo 6º¹³⁹ da Carta Constitucional, de onde se conclui ser um setor indispensável do mercado.

Destaca-se que o Poder Público figura na lista como um dos principais litigantes no Poder Judiciário e a prestação dos serviços de saúde também está dentro de seu espectro de abrangência, sendo o principal responsável pela garantia desse direito à população com o Sistema Único de Saúde.

No entanto, considerando que há uma grande complexidade em tratar os temas público e privado de forma conjunta por exigir estudos de diversas naturezas jurídicas, o que ampliaria

¹³⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Políticas públicas do Poder Judiciário: os maiores litigantes em questões consumeristas, mapeamento e proposições*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/just-pesquisa-maiores-litigantes2018.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021.

¹³⁸ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). *O uso da justiça e o litígio no Brasil*. Disponível em: <https://cpj.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/05/2015-O-uso-da-justica-e-do-litigio-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021.

¹³⁹ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2021).

demasiadamente o objeto desse trabalho, este se debruçará apenas sobre o prisma da judicialização no âmbito do setor privado.

Os dados expostos refletem que, de fato, há uma situação de litigiosidade repetitiva quanto a essa categoria, sendo possível concluir que os planos de saúde integram, juntamente com outros setores, o rol de litigantes habituais no sistema judiciário brasileiro, levando em consideração as lições apresentadas no tópico anterior.

De igual forma, vê-se que o painel dos Grandes Litigantes citado acima e há pouco lançado, apesar de ainda estar em fase de homologação e validação, traz o setor de saúde como integrantes do rol de maiores litigantes na divisão de “Maiores Segmentos por Atividade”.

Segundo dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar, 49.995.883 (quarenta e nove milhões, novecentos e noventa e cinco mil oitocentos e oitenta e três) de brasileiros são usuários em planos de assistência médica e 29.239.226 (vinte e nove milhões, duzentos e trinta e nove mil e duzentos e vinte e seis) estão em planos exclusivamente odontológicos¹⁴⁰. Em termos proporcionais e considerando o tamanho da população brasileira, composta por 214.407.127 (duzentos e quatorze milhões, quatrocentos e sete mil cento e vinte e sete) pessoas¹⁴¹, o número pode até ser visto como diminuto, porém é representativo.

Isso, porque, prioritariamente – ao menos em tese – o Poder Público deve prestar saúde de qualidade à população, assim, os dados são expressivos e revelam o quanto os cidadãos dependem de saúde suplementar, discussão que não será aprofundada por fugir ao escopo do presente trabalho¹⁴².

O número, portanto, é significativo e o alto número de contratações de planos de saúde privados reflete diretamente no Poder Judiciário, com uma massificação de litígios e numerosas ações judiciais sobre o tema, hipótese que é confirmada pelo estudo apresentado pela AMB citado neste tópico.

¹⁴⁰ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). *Sala de situação: operadoras de planos privados*. Disponível em: https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/sala-de-situacao.html. Acesso em: 13 fev. 2022.

¹⁴¹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *População do Brasil*. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php. Acesso em: 30 ago. 2021

¹⁴² Consoante já exposto, considerando que o escopo do trabalho cinge-se apenas aos planos privados, não cabe aqui realizar uma análise aprofundada sobre o motivo pelo qual os cidadãos optam pela iniciativa privada na prestação dos serviços de saúde ou por eventuais patologias enfrentadas no sistema público. É bem verdade que, no sistema de saúde brasileiro, ainda que o cidadão opte por ter um plano de saúde, não está totalmente desvinculado do Sistema Único de Saúde, destacando-se, por exemplo, que a política de vacinação brasileira é totalmente organizada pelo SUS, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) também integra o sistema, entre outras atuações que não cabem mencionar, por fugir ao problema da pesquisa. Sobre o tema, conferir: PAIM, Jairnilson Silva. *SUS - Sistema Único de Saúde: tudo o que você precisa saber*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Atheneu, 2019.

Dados das Estatísticas Processuais do Direito à Saúde criado pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁴³ demonstram que apenas no ano de 2021 foram ajuizados 150,95 mil casos novos relacionados à Saúde Suplementar. A taxa de congestionamento de processos, que representa os processos que foram ajuizados e que não tiveram solução, relacionados a planos de saúde está em 78,05% no ano de 2022, ou seja, mais da metade dos processos que tramitam no Poder Judiciário não possui rápida solução.

No capítulo anterior, viu-se que o fenômeno da litigância habitual se configura como obstáculo ao acesso à justiça, seja porque a uma das partes há grandes vantagens estratégicas em relação à outra que trazem impactos à parte contrária e ao sistema de justiça, sem um tratamento individualizado dos casos, seja porque a situação trazida acima também repercute no tempo em que se analisam as demandas, atrasando a prestação da tutela jurisdicional, o que impede uma solução em espaço de tempo razoável.

Nesses termos, deve-se avaliar em que medida a atuação dos planos privados de saúde na categoria de maior litigante pode se revelar prejudicial ao sistema de justiça e até mesmo ao acesso à tutela jurisdicional justa, efetiva e adequada.

Para tanto, antes de se iniciar esse ponto, necessário trazer a estrutura do sistema de saúde no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O conceito de “saúde” é amplo e plurissignificativo¹⁴⁴ e, segundo o conceito da Organização Mundial de Saúde¹⁴⁵, não se refere apenas à ausência de doença e contempla a

¹⁴³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Estatísticas Processuais de Direito à Saúde*. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 26 ago. 2022.

¹⁴⁴ Relevante trazer as ideias de Moacyr Scliar, que, ao tratar do conceito de saúde, identifica que este “reflete a conjuntura social, econômica, política e cultural. Ou seja: saúde não representa a mesma coisa para todas as pessoas. Dependerá da época, do lugar, da classe social. Dependerá de valores individuais, dependerá de concepções científicas, religiosas, filosóficas. O mesmo, aliás, pode ser dito das doenças. Aquilo que é considerado doença varia muito”. (SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, abr. 2007, [Online]. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>. Acesso em: 8 fev. 2022). Vê-se, a título exemplificativo, que mais de trinta anos atrás a Organização Mundial da Saúde classificava a homossexualidade como doença, tendo sido removida da lista no dia 17 de maio de 1990, o que é inadmissível para os tempos atuais (LAURENTI, Ruy. Homossexualismo e a Classificação Internacional de Doenças. *Revista de Saúde Pública* 18 (5), Out, 1984, [Online]. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-89101984000500002>. Acesso em: 22 jan. 2022).

¹⁴⁵ No fim da Segunda Guerra Mundial, a Organização Mundial de Saúde difundiu o primeiro conceito de saúde: “saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidade”. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE [OMS]. *International Health Conference*. New York: OMS, 1948. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/49056/09789275120057_eng.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em: 22 jan. 2022).

prevenção, o meio social, o bem-estar físico e a saúde mental^{146,147}. A expressão “direito à saúde” seria um verdadeiro “guarda-chuva” que abarca numerosas situações, com uma ideia interdisciplinar que abrange questões econômicas, sociais e culturais.

Considerando que o presente estudo está destinado à análise da atuação dos planos de saúde e a sua relação com a litigância habitual no sistema de justiça, não será necessário adentrar profundamente ao conceito de saúde e todas as suas nuances, que devem ser estudadas de forma minuciosa por uma área própria, mas o escopo deste tópico é apenas analisar a relação entre a prestação da saúde e o Estado para, posteriormente, chegar-se à esfera particular de atuação.

A prestação de serviços de saúde perpassa pela perspectiva tanto dos sujeitos que dela se utilizam, quanto por quem tem o dever de fornecê-la, o que, inevitavelmente, recai sobre o aparato Estatal. Essa relação sofreu grandes mudanças ao longo dos anos, em grande parte influenciados pelo modelo de Estado, o que, via de consequência, também modifica o prisma do acesso à saúde e dos direitos dele decorrentes. Sobre a relação do modelo estatal com a criação de estruturas para atender aos cidadãos, leciona Álvaro Luís de A. S. Ciarlini¹⁴⁸:

[...] o surgimento de Welfare State, ou Estado de Bem-Estar Social, representa uma síntese das expectativas sedimentadas nas estruturas sociopolíticas do Estado Social e dos princípios políticos liberais que se afirmaram no Ocidente a partir do término da Segunda Grande Guerra.

A ênfase desse sistema é justamente a de que todos os indivíduos teriam o direito a um conjunto de bens e serviços fornecidos direta ou indiretamente pelo Estado, em

¹⁴⁶ O conceito tradicional de saúde trazido pela Organização Mundial de Saúde foi objeto de críticas pelos estudiosos, os quais aventaram, por exemplo, que permitiria abusos por parte do Poder Político, que se utilizaria desse conceito para intervir na vida das pessoas, sob o pretexto de promoção à saúde (SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, abr. 2007, [Online]. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>. Acesso em: 8 fev. 2022). De todo modo, a academia já admite que esse conceito está superado em razão de ser ainda mais amplo e exigir uma visão multidisciplinar do tema. No entanto, considerando que o objetivo do presente trabalho não é o aprofundamento desse conceito, é possível visualizá-lo de uma forma geral, apenas para se trazer o contexto histórico dessa definição. Sobre os novos contornos do conceito de saúde, conferir: SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, 31 [5]: 538-42, Out, 1997, [Online]. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016>. Acesso em: 22 jan. 2022 e DE SÁ, Clodoaldo; PUERTO, José. Conceito de saúde: caminhos para a construção de uma proposta transdisciplinar e participativa. *Revista andaluza de medicina del deporte*, ISSN 1888-7546, N.º. 1, 2009, p. 35-38, [Online]. Disponível em: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-andaluza-medicina-del-deporte-284-articulo-conceito-saude-caminhos-construcao-uma-13134196>. Acesso em: 22 jan. 2022.

¹⁴⁷ No Brasil, o conceito ampliado de saúde foi definido âmbito da 8ª Conferência Nacional de Saúde, no ano de 1986, segundo o qual “[...] a saúde é resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida. A saúde não é um conceito abstrato. Define-se no contexto histórico de determinada sociedade e num dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistada pela população em suas lutas cotidianas”. (BRASIL. *Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Disponível em: http://www.ccs.saude.gov.br/cns/pdfs/8conferencia/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em: 01 fev. 2022).

¹⁴⁸ CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo Sales. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502197732/>. Acesso em: 13 Mar 2022.

virtude do poder regulamentar exercido por este sobre a sociedade civil. Nessa perspectiva, esses direitos englobariam itens como a cobertura dos serviços de saúde, de educação integral do cidadão, de auxílio financeiro aos desempregados, de garantia de renda mínima, etc.

Nesse sentido, a ideia de proteção sanitária sob o comando do Estado foi ampliada após a Segunda Guerra Mundial, em um contexto de Estado de Bem-Estar Social¹⁴⁹. A Organização Mundial da Saúde, criada no ano de 1948, trouxe, no preâmbulo de sua Constituição¹⁵⁰, a saúde como condição de pleno bem-estar físico, mental e social, e não apenas na ausência de doença¹⁵¹.

A saúde também foi consagrada a direito humano na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁵² e, no ano de 1966, foi contemplada também no Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais¹⁵³.

As Constituições do pós-Guerra da Itália, de Portugal e Espanhola, por exemplo, trouxeram categoricamente o direito à saúde. A Constituição Italiana de 1947 "protege a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade e garante tratamento gratuito aos indigentes" (art. 32)¹⁵⁴. Em Portugal, a Carta de 1976 apresenta que "todos têm direito à

¹⁴⁹ No mesmo sentido, leciona André Cezar Médici: As estruturas de assistência médica passam a fazer parte das atribuições financeiras do Estado somente após a II Guerra Mundial, quando a política social deixa de ser calcada no universo do trabalho para se tornar universal, isto é, estendida a todos enquanto atributo da cidadania. É a partir dos anos 50 e 60 que os gastos públicos com saúde passam a crescer em largas proporções, especialmente no conjunto das economias desenvolvidas. (MÉDICI, André Cezar. Aspectos teóricos e conceituais do financiamento das políticas de saúde. In: PIOLA, Sérgio Francisco; VIANNA, Sólton Magalhães (org.). *Economia da saúde: conceitos e contribuição para a gestão da saúde*. Brasília: IPEA, 2002. p. 23-24).

¹⁵⁰ Os Estados Membros desta Constituição declaram, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, que os seguintes princípios são basilares para a felicidade dos povos, para as suas relações harmoniosas e para a sua segurança; A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade. Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. [...] ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/oms2.html>. Acesso em: 01 jan. 2022.

¹⁵¹ Apesar de haver críticas a esse conceito, a intenção do presente trabalho reside apenas em apresentar, rapidamente, as perspectivas do direito à saúde em âmbito internacional. Sobre as críticas a esse conceito, conferir: DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista Saúde Pública*. 22 (4). Ago, 1988, [Online]. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/5y9xHbXS96M9BhMWWgrRWgd/?lang=pt>. Acesso em: 01 jan. 2022.

¹⁵² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral da ONU, França, 10 dez. 1948. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em: 15 ago. 2021.

¹⁵³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1966. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em: 01 mar. 2022. Relevante pontuar que referido instrumento normativo foi incorporado à legislação brasileira por meio do Decreto nº 591/92 (BRASIL. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 03 mar. 2022.

¹⁵⁴ Art. 32. A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamentos gratuitos aos indigentes. Ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, salvo disposição de lei. A lei não pode, em hipótese alguma, violar os limites impostos pelo respeito à pessoa humana.

proteção da saúde e o dever de a defender e promover" (art. 64)¹⁵⁵. A Constituição da Espanha de 1978, e igual modo, reconhece o direito à proteção da saúde¹⁵⁶.

No Brasil, por outro lado, a questão da saúde não se desenvolveu dessa maneira e, embora o Estado de Bem-Estar Social não tenha sido implementado no país da mesma forma que nas outras sociedades ocidentais, o seu modelo influenciou a criação de estruturas para atender a parcelas da população menos prestigiadas¹⁵⁷. Segundo Jairnilson Paim, Claudia Travassos, Celia Almeida, Ligia Bahia e James Macinko, o sistema de saúde brasileiro é constituído por uma variedade de organizações públicas e privadas estabelecidas em diferentes períodos históricos¹⁵⁸.

Fazendo um breve retrospecto histórico sobre o tema no Brasil, tem-se que, por muitos anos, o direito à saúde foi visualizado apenas como um serviço público, mas não como um direito público subjetivo, tal como é na Constituição Federal atual¹⁵⁹.

As Constituições de 1824 e 1891 não mencionavam o direito à saúde e as demais Cartas Magnas somente faziam referência na execução de planos para a saúde e no aspecto legislativo, ou seja, acerca da competência dos entes federativos para legislar sobre defesa e proteção da saúde. Em todos os casos, independentemente do seu aspecto de atuação, não houve uma previsão de um direito fundamental social.

Os primeiros passos para maior abrangência da saúde pública se iniciaram na década de 1920, quando trabalhadores tinham assistências médica e farmacêutica nas caixas de

(ITÁLIA. Constituição da República Italiana de 1947 [versão em português]. Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 13 jan. 2022).

¹⁵⁵ Todos têm direito, para si e para a sua família, a uma habitação de dimensão adequada, em condições de higiene e conforto e que preserve a intimidade pessoal e a privacidade familiar. (PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Portugal, [2005]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 13 jan. 2022).

¹⁵⁶ Artigo 43. 1. Reconhece-se o direito à proteção da saúde. (ESPAÑA. *Constituição Espanhola de 1978* (versão em português). Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022).

¹⁵⁷ CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo Sales. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013. [Livro Dgital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502197732/>. Acesso em: 13 Mar 2022.

¹⁵⁸ PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Claudia; ALMEIDA, Celia; BAHIA, Ligia; MACINKO, James. O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. *The Lancet*, [Online] Maio, 2011. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/artigos/artigo_saude_brasil_1.pdf

¹⁵⁹ SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. SUS: quando um sistema de saúde nacional e único na sua conformação organizativa foi implantado num país federativo. Exigência de novos paradigmas administrativos. *Saúde em Debate*, v. 30, n. 73/47, p. 189-204, maio/dez. 2006.

aposentadoria e pensão criadas pelas empresas para seus empregados¹⁶⁰⁻¹⁶¹. A assistência médica, assim, era visualizada sob um aspecto previdenciário e vinculado ao contrato de trabalho, sob a égide do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

A formação do mercado de saúde privado teve o seu nascedouro nesse período, ligada a instituições filantrópicas e organizadas pela própria população, por meio de fundos específicos. A Lei Eloy Chaves de 1923 foi a precursora na regulamentação da previdência social e da assistência à saúde, criando Caixa de Aposentadoria e Pensão (CAP) para empresas do ramo de estrada de ferro existentes no país, com custeio realizado a partir de contribuição entre patrões e empregados¹⁶². Posteriormente, esse modelo saiu do setor ferroviário e passou a abranger outras categorias de trabalhadores.

Na era Vargas em 1930, as Caixas de Aposentadoria e Pensão foram, posteriormente, absorvidas por institutos de aposentadoria e pensão (IAP), com natureza jurídica de organização pública autárquica e participação direta do Estado. Ainda no contexto de reformas realizadas nesse período, a saúde passou a ter relevo com o Ministério da Educação e da Saúde Pública, que remodelou os serviços sanitários do país¹⁶³, mas só teve um ministério próprio no ano de 1953, no retorno de Getúlio Vargas à Presidência da República.

O contexto posterior à criação do Ministério da Saúde não avançou e continuou estruturado sob um regime hospitalocêntrico e privatista, deixando a sua margem um número enorme de excluídos.¹⁶⁴

Sem o intuito de pormenorizar todo o período histórico pelo qual passou a saúde no Brasil, mas apenas com o objetivo de destacar seus pontos principais, nessa linha do tempo,

¹⁶⁰ ROMERO, Luiz Carlos. O sistema único de saúde: um capítulo à parte. In: DANTAS, Bruno. (Org.). *Os Cidadãos na Carta Cidadã*. Senado Federal: Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/seguridade-social-o-sistema-unico-de-saude-um-capitulo-a-parte>. Acesso em: 02 jan. 2022.

¹⁶¹ Os quatro direitos/benefícios que teriam os contribuintes dessas caixas eram: em primeiro lugar, os “socorros médicos em caso de doença em sua pessoa ou pessoa de sua família”; em segundo, os “medicamentos obtidos por preço especial determinado pelo Conselho de Administração” e, por fim, a “aposentadoria” e a “pensão para seus herdeiros em caso de morte”. (Art. 9º do Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, que cria, em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no País, uma caixa de aposentadoria e pensões para os respectivos empregados, – conhecido como Lei Elói Chaves).

¹⁶² BRAVO, Maria Inês Souza. MATOS, Maurílio Castro de. Projeto ético-político do Serviço Social e sua relação com a reforma sanitária: elementos para o debate. In: MOTA, et al. *Serviço Social e Saúde: Formação e Trabalho Profissional*. São Paulo: Cortez Editora, 2006, p.197-217.

¹⁶³ BERTOLLI FILHO, Claudio. História da saúde pública no Brasil. 5ª ed. São Paulo: Ática, 2011.

¹⁶⁴ ROMERO, Luiz Carlos. O sistema único de saúde: um capítulo à parte. In: DANTAS, Bruno. (Org.). *Os Cidadãos na Carta Cidadã*. Senado Federal: Instituto Legislativo Brasileiro, Brasília., 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/seguridade-social-o-sistema-unico-de-saude-um-capitulo-a-parte>. Acesso em: 02 jan. 2022.

tem-se que a Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço na área, fruto da movimentação de setores sociais¹⁶⁵, com a criação do Sistema Único de Saúde.

Nesse sistema, os pontos principais são a previsão de acesso universal e a instituição de um direito à saúde a todos, além de ter sido organizada uma estrutura própria de prestação de serviços de saúde no país nos âmbitos público e privado.

Diante disso, o ponto inicial para a análise da categoria dos planos de saúde no sistema jurídico brasileiro deve ser a Constituição Federal, que trouxe a saúde como direito social no artigo 6º e a previsão específica do artigo 196¹⁶⁶ como direito de todos e dever do Estado. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a Constituição Federal de 1988 “atribuiu a titularidade de direitos sociais a toda e qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade ou de seu vínculo de permanência no Brasil, como ocorre no caso do direito à saúde e da tutela do meio ambiente”¹⁶⁷.

A saúde, assim, foi elevada à categoria de direito social e fundamental¹⁶⁸, cabendo ao Estado a prestação prioritária dos serviços de saúde, de forma universalizada e igualitária, tratando-se, pois, de uma função prestacional¹⁶⁹.

¹⁶⁵ De acordo com Jairnilson Paim, Cláudia Travassos, Celia Almeida, Lígia Bahia e James Macinko, a proposta brasileira, que começou a tomar forma em meados da década de 1970, estruturou-se durante a luta pela redemocratização. Um amplo movimento social cresceu no país, reunindo iniciativas de diversos setores da sociedade – desde os movimentos de base até a população de classe média e os sindicatos –, em alguns casos associados aos partidos políticos de esquerda, ilegais na época. A concepção política e ideológica do movimento pela reforma sanitária brasileira defendia a saúde não como uma questão exclusivamente biológica a ser resolvida pelos serviços médicos, mas sim como uma questão social e política a ser abordada no espaço público. Segundo Luiz Carlos Romero, o sistema instituído pela Constituição Federal objetivava reverter o quadro de inadequação e perversidade do sistema de saúde vigente, constituído ao longo de quase um século e consolidado no período da ditadura militar. (PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Cláudia; ALMEIDA, Celia; BAHIA, Lígia; MACINKO, James. O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. *The Lancet*, [online] Maio, 2011. Disponível em: http://bvsm.sau.gov.br/bvs/artigos/artigo_saude_brasil_1.pdf)

¹⁶⁶ Art. 196. 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. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2021).

¹⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 221.

¹⁶⁸ A ideia de os direitos sociais na categoria de direitos fundamentais possui uma controvérsia doutrinária: há quem defenda que todos os direitos do Título II são formalmente fundamentais e, portanto, figurariam como cláusula pétrea (CF, art. 60 § 4º) e, de outro lado, contrariamente a isso, a condição dos direitos como materialmente fundamentais pressupõe a observância de critérios como o "mínimo existencial" e estão na dependência de condições variadas no tempo dos recursos disponíveis. Sobre a questão, conferir: BRANDÃO, Rodrigo. *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 204. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 145-146.

¹⁶⁹ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco apontam três espécies de direitos fundamentais: (i) direitos de defesa; (ii) direitos de prestação e (iii) direitos de participação. Os primeiros, basicamente, impõem ao Estado um dever de abstenção, de não interferência, para assegurar as liberdades individuais. Os segundos exigem que o Estado atue para atenuar desigualdades e visam a dar condições materiais necessárias ao desfrute efetivo das liberdades garantidas nos direitos de defesa. Por fim, regra geral os direitos de participação garantem a participação

A Seção II do Capítulo II do Título VIII (Da ordem social) da Carta Constitucional possui o regramento específico da organização do sistema de saúde brasileiro, o que representou um grande avanço ao que estava estabelecido anteriormente a 1988.

Nesse contexto, Mariana Siqueira de Carvalho explica que o Texto Constitucional incorporou uma nova lógica de organização da saúde, uma vez que: (i) o conceito de saúde foi entendido sob uma perspectiva de articulação entre políticas econômicas e sociais; (ii) a saúde foi tida como direito social universal, derivado do exercício da cidadania plena e não mais como direito previdenciário; (iii) a caracterização dos serviços e ações de saúde como de relevância pública; (iv) a criação de um Sistema Único de Saúde, descentralizado, com comando único em cada esfera de governo, atendido integral e com participação da comunidade; (v) a integração da saúde na seguridade social¹⁷⁰.

Nesse sentido, na visão da autora, foi criado um arcabouço jurídico para a promoção imediata do direito à saúde, deixando apenas alguns pontos para serem conformados pela legislação infraconstitucional.

Na execução das políticas públicas, foram inseridos no texto constitucional os artigos 197 a 200 para institucionalizar o sistema de saúde brasileiro, sem prejuízo da publicação de leis infraconstitucionais para complementar o tema.

dos cidadãos na formação da vontade do país. Nesse sentido, os direitos sociais podem se caracterizar como direito prestacional frente ao Estado, ou seja, com a exigência de que deve haver a prestação de serviços ou atividades para melhoria das condições de vida da população. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 178-190). O caráter prestacional dos direitos sociais também é apontado por Ingo Sarlet: Os direitos sociais, ou foram como tal designados por serem direitos a prestações do Estado na consecução da justiça social, mediante compensação de desigualdades fáticas e garantia do acesso a determinados bens - serviços por parte de parcelas da população socialmente vulneráveis, ou mesmo, como é o caso dos direitos dos trabalhadores (que incluem uma série de direitos típicos de liberdade e de igualdade, no sentido de proibições de discriminação), a qualificação de tais direitos como sendo também direitos sociais está diretamente vinculada à garantia de tutela de uma determinada classe social (os trabalhadores) no âmbito de relações no mais das vezes marcadas por níveis de manifesta assimetria - e desequilíbrio - de poder econômico e social. (p. 225)

¹⁷⁰ CARVALHO, Mariana Siqueira de. A saúde como direito social fundamental na constituição federal de 1988. *Revista De Direito Sanitário*, 4(2), 15-31, [Online]. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v4i2p15-31>. Acesso em 01 jan. 2022.

Por serem as ações e os serviços de saúde de relevância pública¹⁷¹, a Constituição Federal prevê, em seu artigo 197¹⁷², que cabe ao Poder Público dispor sobre sua regulamentação, sua fiscalização e seu controle. Segundo José Afonso da Silva, significa dizer que o Estado tem integral poder de dominação, no sentido de ter controle sobre as atividades¹⁷³.

Para além dessa previsão, o dispositivo ainda traz, na segunda parte, que a execução das referidas medidas relacionadas à saúde é feita diretamente pelo Estado ou por terceiros, seja pessoa jurídica de direito público, seja de direito privado. No entanto, embora a prestação de serviços de saúde seja aberta à iniciativa privada, o que, inclusive, também é trazido no artigo 199 do Diploma Constitucional, o seu exercício não é livre, ou seja, sujeita-se aos limites estatais¹⁷⁴.

O artigo 198¹⁷⁵ apresenta o Sistema Único de Saúde e define os principais direcionamentos para a sua atuação: (i) a relação entre os entes federados com o Sistema Único

¹⁷¹ Conforme lecionam Adriano Sant’Ana Pedra e Rodrigo Santos Neves, a saúde pública “não pode ser vista sob o olhar individual. Trata-se de um bem jurídico que afeta toda a coletividade, que é custeado pelo Poder Público, por meio dos impostos. A saúde é um bem público e, como tal, deve ser cuidada com zelo, para que toda a sociedade se beneficie dela”. (PEDRA, Adriano Sant’Ana; NEVES, Rodrigo Santos. Dever de vacinação para o combate à pandemia DA COVID-19. *Revista dos Tribunais*, vol. 1033/2021, Nov / 2021 [Online]. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017fdcab7a43aa246832&docguid=I254f48e03b9d11ec96a7945cbf8b867d&hitguid=I254f48e03b9d11ec96a7945cbf8b867d&spos=5&epos=5&td=8&context=24&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 03 dez. 2021).

¹⁷² Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2021).

¹⁷³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 844

¹⁷⁴ MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, vol. 2, p. 312.

¹⁷⁵ Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade. § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: I - os percentuais de que tratam os incisos II e III do § 2º; II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; IV - (revogado). § 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. § 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico, o

de Saúde; (ii) a meta do sistema de atendimento integral aos usuários, dando prioridade à prevenção; (iii) o custeio do Sistema Único de Saúde; (iv) a participação da comunidade na gestão do SUS, a regulamentação do agente comunitário de saúde e do agente de combate a endemias.

Há, assim, uma relação entre os entes federativos na participação do Sistema Único de Saúde, em um sistema único e hierarquizado, mas descentralizado, ou seja, os três entes federados devem cooperar entre si para operacionalizar os SUS, mas sem uma estrutura hierárquica.

Apesar de o Ministério da Saúde deter a direção nacional do Sistema Único de Saúde, incumbe aos Estados e Municípios a realização de políticas públicas, cujas atividades não são consideradas supletivas em relação à União. Exemplo recente da questão ocorreu no contexto de pandemia do Novo Coronavírus (COVID-19), no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672¹⁷⁶ e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341¹⁷⁷, a competência própria dos entes da federação na realização de serviços da saúde e na tomada de decisão das medidas para prezar pelo

piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. § 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2021).

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Tribunal Pleno]. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672/DF*. CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. [...] Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimados: Presidente da República e Ministro de Estado da Economia. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 13 de outubro de 2020. Publicado em 23/10/2020. Decisão por unanimidade. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344826938&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

¹⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Tribunal Pleno]. *Referendo em Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341/DF*. REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. [...] Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Intimados: Presidente da República. Amicus Curiae: Federação Brasileira de Telecomunicações (Febratel). Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Edson Fachin, 15 de abril de 2020. Publicado em 13/11/2020. Decisão por maioria. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

distanciamento social, a fim de evitar a proliferação do vírus, sem diminuir o exercício da competência da União.

A hierarquia estabelecida no SUS relaciona-se aos níveis de atenção à saúde, que variam de acordo com o tipo de cuidado prestado e as tecnologias exigidas para atendimento: básico (baixa complexidade), secundário (média complexidade) e terciário (alta complexidade)¹⁷⁸.

A porta de entrada para a estrutura dos sistemas de saúde é por meio dos Municípios, através das Unidades Básicas de Saúde, por meio das quais o cidadão é acompanhado, submete-se a consultas de enfermagem e acompanhamentos de saúde bucal, recebe medicamentos, entre outras funções, de forma que é denominada de “Atenção Básica”, responsável pela resolução de grande parte das necessidades de saúde primárias e, caso seja necessário, há o encaminhamento dos usuários para outros níveis de atenção¹⁷⁹.

Além disso, o ordenamento prevê que a municipalidade é responsável pelo atendimento integral, com prioridade para atividades preventivas. Conforme exposto acima, os Municípios, em geral, são grandes responsáveis por essa política. Por meio da Política Nacional de Atenção Básica¹⁸⁰, o atendimento preventivo é prioridade da Rede de Atenção à Saúde, orientada pelos princípios da universalidade, acessibilidade, vínculo, continuidade do cuidado, integralidade da atenção, responsabilização, humanização, equidade e participação social.

Sobre o custeio do Sistema Único de Saúde, o parágrafo 1º do artigo 198 disciplina que será arcado com recursos das três esferas de Poder, com fixação de valores mínimos para investimento em ações e serviços de saúde na elaboração de seu orçamento.

O último aspecto trazido no artigo 198 é a previsão de agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias, “que deverão ser selecionados por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação”.

¹⁷⁸ CARVALHO, Gilson. A Saúde Pública no Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 27, n. 78, jan. 2013, [Online]. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/68675/71254>. Acesso em: 14 fev. 2022.

¹⁷⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. *Política Nacional de Atenção Básica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_atencao_basica_2006.pdf. Acesso em: 03 dez. 2021.

¹⁸⁰ Segundo o Ministério da Saúde, a atenção básica integra um “conjunto de ações de saúde, no âmbito individual e coletivo, que abrange a promoção e a proteção da saúde, a prevenção de agravos, o diagnóstico, o tratamento, a reabilitação, a redução de danos e a manutenção da saúde com o objetivo de desenvolver uma atenção integral que impacte na situação de saúde e autonomia das pessoas e nos determinantes e condicionantes de saúde das coletividades”. (BRASIL. Ministério da Saúde. *Política Nacional de Atenção Básica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_atencao_basica.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022).

Ainda no âmbito específico do Sistema Único de Saúde, o artigo 200 traz as suas competências básicas, em um rol exemplificativo, com o destaque que a Lei nº 8.080/90, em complementação, acrescenta outras atividades de competência do SUS¹⁸¹.

De acordo com Ana Paula Barcellos, o artigo apresenta uma preferência sobre as políticas preventivas e, “[...] embora as atividades terapêuticas tenham grande importância, o sistema constitucional atribui evidente prioridade a ações de prevenção, cujo desenvolvimento adequado certamente será capaz de reduzir a demanda pela medicina curativa”¹⁸².

Registre-se que a Lei nº 8.080/90 é a base do funcionamento do sistema de saúde pública no país, responsável por regulamentar, dispor sobre o funcionamento e organizar o Sistema Único de Saúde, em complementação ao que foi disposto na Carta Constitucional.

Após a exposição sobre a estrutura constitucional da saúde pública, passa-se ao exame do artigo 199, que confere à iniciativa privada a prestação de assistência à saúde, ressaltando-se, no entanto, a análise já feita no artigo 197: trata-se de atividade controlada e limitada pelo Poder Público, que regulamenta os seus aspectos éticos e técnicos.

Não obstante haver o tratamento da estrutura de saúde privada com mais profundidade no tópico subsequente do presente trabalho, deve-se fazer um estudo da disciplina constitucional sobre o tema.

O ordenamento constitucional admitiu ao setor privado firmar contratos ou convênios com o Poder Público para atuar de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, priorizando-se as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. Nesse caso, conforme será visto mais adiante, trata-se de regime jurídico de direito público, apesar de permanecerem sob o princípio da livre iniciativa¹⁸³.

¹⁸¹ Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS): I - a execução de ações: a) de vigilância sanitária; b) de vigilância epidemiológica; c) de saúde do trabalhador; e d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica; II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico; III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde; IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar; V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho; VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção; VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde; VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano; IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico; XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados. (BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF. [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 15 jan. 2022).

¹⁸² BARCELLOS, Ana Paula. Artigos 196 a 200. In: BONAVIDES, Paulo; AGRA, Walber de Moura; MIRANDA, Jorge. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. 978-85-309-3831-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/>. Acesso em: 22 jan. 2022.

¹⁸³ SANTOS, Isabela Soares; UGÁ, Maria Alicia Dominguez; PORTO, Silvia Maria. O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. *Ciência Saúde Coletiva*, vol.

Ana Paula Barcellos¹⁸⁴ leciona que a prioridade de atuação das instituições filantrópicas ou as que atuam sem finalidade lucrativa não impede a atuação complementar de entidades que visem ao lucro, pois a ideia de preferência não se confunde com a de exclusividade.

Nos termos do parágrafo 2º do artigo 199, as instituições com fins lucrativos não gozam de auxílios ou subvenções, o que não significa que não podem ser remuneradas pela prestação de serviços prestados em complementação ao SUS¹⁸⁵.

A participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde do país é vedada, na forma do parágrafo 3º do artigo 199 do diploma Constitucional, entretanto, segundo leciona Barcellos, o dispositivo parece ter perdido parte do seu contexto após as Emendas Constitucionais nº 6 a 9, todas de 1995, que eliminaram a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, contida no revogado artigo 171, e boa parte das restrições gerais ao capital estrangeiro que existiam no texto constitucional.

Por fim, o parágrafo 4º do artigo 199 confere à lei a disciplina sobre “condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados”, vedada, no entanto, a sua comercialização¹⁸⁶.

13 (5), Out 2008, [Online]. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232008000500009>. Acesso em: 13 jan. 2022.

¹⁸⁴ BARCELLOS. Artigos 196 a 200, 2009 [Livro Digital].

¹⁸⁵ Interessante precedente que ilustra a questão estava sob discussão no Supremo Tribunal Federal era saber qual o critério de ressarcimento a um agente privado que prestou serviços públicos de saúde em substituição ao SUS por determinação judicial. O Plenário da Suprema Corte, em sede de Repercussão Geral (Tema 1.033), nos autos do Recurso Extraordinário nº 666.094, definiu que o ressarcimento às despesas médicas do hospital particular deve ter como limite máximo os valores de referência fixados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, com fundamento no art. 32, § 8º, da Lei nº 9.656/1998. Para tanto, foram fixados dois marcos temporais: (i) até dezembro de 2007, aplica-se a Tabela Única Nacional de Equivalência de Procedimentos – TUNEP; (ii) após esse período, deve-se a Tabela do SUS ajustada e conjugada com o Índice de Valoração do Ressarcimento – IVR. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Tribunal Pleno]. *Recurso Extraordinário nº 666.094/DF*. DIREITO CONSTITUCIONAL E SANITÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSSIBILIDADE DE ATENDIMENTO PELO SUS. RESSARCIMENTO DE UNIDADE PRIVADA DE SAÚDE. [...] Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: Unimed Brasília Cooperativa de Trabalho Médico. Amicus Curiae: Confederação Nacional de Saúde e outros. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 30 de setembro de 2021. Publicado em 04/02/2022. Decisão por unanimidade. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349493693&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2022).

¹⁸⁶ Essa previsão constitucional ganhou visibilidade na discussão sobre a constitucionalidade de pesquisas com células-tronco, tendo como objeto a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), o qual permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições. O Supremo Tribunal Federal, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, identificou que não há ofensa aos direitos à vida e à dignidade da pessoa humana. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Tribunal Pleno]. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF*. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS

Feito o panorama sobre a previsão constitucional do Sistema de Saúde brasileiro, passa-se ao aprofundamento da questão em relação ao sistema privado, o que será pormenorizado no próximo tópico.

2.3 LINHAS GERAIS SOBRE A ESTRUTURA DO SISTEMA DE SAÚDE BRASILEIRO

A estrutura dos sistemas de saúde pode variar a partir do protagonismo do financiamento público ou do privado, ou seja, em alguns países, há forte presença estatal na prestação dos serviços, ao passo que em outros a iniciativa privada é preponderante.

A Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico¹⁸⁷ apresenta quatro classificações que explicitam a relação dos seguros privados com o setor público nos sistemas sanitários do mundo: principal/substituta, duplicada, suplementar ou complementar.

Em locais como Holanda, Alemanha e Bélgica, o sistema privado é a principal fonte de financiamento da saúde básica para quem opta por não participar da cobertura pública, enquadrando-se na função substitutiva. Assim, o sujeito deve optar pelo sistema público ou pelo privado¹⁸⁸.

A função do seguro privado é considerada duplicada quando o setor privado fornece cobertura semelhante ao que é fornecido pelo sistema público, o que não impede que também ofereça alguns tratamentos adicionais e pode cobrir alguns procedimentos que não são considerados como fundamentais à saúde, como uma cirurgia estética. Esse é o caso de países como Reino Unido, Irlanda, Finlândia, Portugal, Espanha, Itália e Grécia¹⁸⁹.

A classificação suplementar do seguro privado ocorre quando há uma cobertura adicional para os riscos não incluídos no sistema de saúde público e, por fim, a função complementar ocorre quando há compartilhamento de custos exigido pelo sistema de saúde

CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. [...] Requerente: Procuradoria-Geral da República. Intimado: Congresso Nacional e outros. Relator: Ministro Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Publicado em 28/05/2010. Decisão por maioria. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 15 fev. 2022).

¹⁸⁷ OCDE - Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico. *Private health insurance in OECD countries*. Paris: OECD, 2004. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/private-health-insurance-in-oecd-countries_9789264007451-en. Acesso em: 06 jan. 2022.

¹⁸⁸ SANTOS, UGÁ, PORTO. O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde, 2008, [Online].

¹⁸⁹ SANTOS, UGÁ, PORTO. O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. [Online].

público. Exemplo do primeiro é a França que, prioritariamente, tem uma estrutura de saúde financiada pelo Estado, e o segundo pode ser ilustrado pelos Estados Unidos.

O sistema de saúde no Brasil pode ser visualizado sob três prismas: (i) o sistema público de saúde, com o financiamento direto do Estado nos níveis federal, estadual e municipal; (ii) o sistema privado de saúde, no qual se enquadram na categoria instituições sem fins lucrativos ou não, com financiamento de recursos públicos ou privados, regido, neste caso, sob o regime de direito público; (iii) o sistema de saúde tipicamente privado, no qual se encontram os planos de saúde privados e apólices de seguro¹⁹⁰.

O subsistema público de saúde no Brasil tem o financiamento público, com participação das três unidades federativas do orçamento e da gestão pública, com integração e articulação entre os poderes estatais, sendo que a prestação de serviços ocorre por rede própria dos Municípios, dos Estados e da União, além de serviços privados contratados ou conveniados.

Por outro lado, o subsistema privado tem financiamento privado, com subsídios do setor público, está sob a gestão privada, com controle da Agência Nacional de Saúde Suplementar e os prestadores de saúde são credenciados pelos planos de saúde ou por cooperativas médicas, mediante contrato privado.

Nesse particular, destaca-se que o sistema privado também é composto por profissionais que não possuem vínculo com o SUS ou com planos de saúde e que prestam serviços mediante a contraprestação do interessado, com uma contratação privada do indivíduo¹⁹¹. Portanto, o setor privado é composto tanto por profissionais autônomos que possuem sua própria forma de remuneração e de captação de clientes, quanto pelos serviços de planos e seguros de saúde, sendo estes últimos o objeto de estudo deste trabalho.

Não obstante a garantia de tratamento integral e cobertura universal do país pelo Sistema Único de Saúde¹⁹² a interligação entre os setores público e privado ocorre no fornecimento de serviços terceirizados ao Sistema Único de Saúde.

¹⁹⁰ PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Claudia; ALMEIDA, Celia; BAHIA, Ligia; MACINKO, James. O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. *The Lancet*, [online] Maio, 2011. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/artigos/artigo_saude_brasil_1.pdf

¹⁹¹ Sobre a questão, Gabriel Schulman aponta que há a distinção entre “a prestação de serviços de saúde pública por intermédio de particulares e a prestação no âmbito da saúde suplementar. Nesse sentido, do ponto de vista da atividade regulatória, é uma aproximação razoável vincular a saúde suplementar à ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar), e a prestação da saúde, de um modo geral, à ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária)” (SCHULMAN, Gabriel. *Direito Fundamental no Plano de Saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea*. 2009. 153 f. Dissertação [Mestrado em Direito das Relações Sociais] - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2009. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022).

¹⁹² É necessário pontuar que, embora se tenha conhecimento das deficiências do Sistema Único de Saúde e das dificuldades em sua cobertura ampla, tal como disciplinado na Constituição Federal e na lei, o presente trabalho não se destinará a tratar sobre a questão por fugir ao escopo do tema, que é direcionado ao sistema privado de

Nesse sentido, é possível classificar a atuação privada no país como duplicada, pois “oferece às pessoas que já estão cobertas pelo sistema público de saúde uma cobertura privada alternativa com o mesmo ‘cardápio’ de serviços, oferecido por diferentes prestadores ou não”¹⁹³.

Apesar dessa distinção de terminologia, a literatura sobre o tema, a legislação especializada¹⁹⁴ e os próprios órgãos reguladores do setor não aderiram a essa classificação e se referem ao subsistema privado como "assistência médica complementar", "atenção médica supletiva", "saúde suplementar" ou "assistência médica suplementar"¹⁹⁵.

De acordo com Célia Almeida, “não existe consenso na literatura sobre essa denominação, sendo que alguns utilizam o termo atenção médica supletiva e outros assistência médica complementar”. A autora, por sua vez, adotou a denominação “assistência médica suplementar”, a qual “significa a opção de pagar um seguro privado para ter acesso à assistência médica, a despeito da manutenção compulsória para a seguridade social que inclui o direito de acesso ao serviço público através de um sistema nacional de saúde”¹⁹⁶.

Esclareça-se, nesse particular, que comumente se utiliza a terminologia “seguro privado de saúde” como sinônimo de “plano de saúde privado”, no entanto, são categorias distintas¹⁹⁷, pois o primeiro se refere à hipótese de contrato em que há apenas o reembolso pelas despesas médicas relativas a consultas, exames entre outros procedimentos de saúde, porém não há o fornecimento de uma rede de atendimento.

saúde. Sabe-se que a excelência legislativa na previsão do Sistema Único de Saúde contrasta com o baixo custeio orçamentário, em especial nos últimos anos, em um nível de arrecadação pública cada vez mais em declínio, com flexibilizações no orçamento público. A questão exige uma análise crítica e pormenorizada, em especial diante da atual situação do país, no entanto, não será objeto desse estudo.

¹⁹³ https://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/colecao2011/livro_12.pdf

¹⁹⁴ A própria Lei nº 8.080/90 traz, em seu parágrafo 2º do artigo 4º, que a iniciativa privada participa do Sistema Único de Saúde de forma complementar. A lei ainda faz outras menções à complementariedade do sistema frente ao SUS e traz um capítulo específico (Capítulo II) intitulado “Da participação complementar”. Interessante a disciplina do artigo 24 da referida lei: “Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada. Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público”. Nesse caso, o caráter complementar se apresenta na hipótese de o Sistema Único de Saúde ser insuficiente para garantir a cobertura assistencial, hipótese em que, nos termos do parágrafo único, é possível celebrar contratos e convênios, o que se constata que, nessa hipótese, trata-se de regime de direito público. Essa previsão normativa, portanto, não se utiliza da classificação prevista pela OECD.

¹⁹⁵ 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. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. p. 49.

¹⁹⁶ ALMEIDA, Célia. *O mercado privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências da assistência médica suplementar*. Brasília: IPEA, 1998 [Livro Digital]. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2476/1/td_0599.pdf. Acesso em: 03 fev. 2022.

¹⁹⁷ Os seguros são regulamentados pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), ao passo que essa tarefa é feita pela Agência Nacional de Saúde Suplementar quanto aos Planos de Saúde.

O plano de saúde, de outro ângulo, disponibiliza uma rede própria cadastrada para atendimento médico, com laboratórios, clínicas e todo o aparato de saúde à disposição do usuário, com diferentes modalidades de participação do usuário e de atendimento, o que será aprofundado mais adiante.

Assim, embora sejam tratados como sinônimos e utilizados de forma indistinta, trata-se de uma impropriedade terminológica relacionar seguros de saúde a planos de saúde. Advirta-se que, no presente estudo, só será exposta a análise sobre plano de saúde, e não sobre os seguros^{198_199}.

Nesse contexto, importante trazer a subdivisão apresentada por Gustavo Tepedino, o qual leciona que, no âmbito da saúde privada,

[...] a atuação se dá através de três espécies de operadoras: a) empresas de medicina de grupo, que asseguram atendimento médico através de equipe profissional própria ou credenciada; b) as cooperativas de serviços médicos organizadas pelos próprios profissionais da saúde, que poderão também contar com médicos credenciados; c) as empresas seguradoras que, mediante contrato de seguro, reembolsam os segurados pelas despesas médicas e hospitalares, segundo limites estabelecidos na apólice. As duas primeiras espécies organizam os chamados planos de saúde, enquanto a terceira oferece os seguros de saúde, ou seguros-saúde²⁰⁰.

¹⁹⁸ Sobre a questão, leciona Arnaldo Rizzardo: “Despontam duas modalidades de empresas ligadas à saúde: as que oferecem serviços ligados à medicina, e as que oferecem seguros para o custeio da saúde. Pela primeira modalidade, há a prestação de serviços ligados à medicina. Mediante o pagamento de mensalidades, filia-se o indivíduo a um plano de saúde, recebendo, em contrapartida, serviços médicos, laboratoriais, odontológicos e hospitalares. Trata-se de um sistema de serviços de larga escala, de bom padrão técnico e profissional. As empresas constituem-se ou organizam-se para dar atendimentos relacionados à saúde, prevendo uma série de produtos, como exames, prontos-socorros, internamentos, fornecimento de remédios, transporte de doentes. Desenvolvem a prestação de tais serviços através de médicos e outros profissionais próprios, contratados previamente, nos hospitais sob sua responsabilidade ou conveniados [...] A segunda modalidade revela-se como uma operadora de seguro. Organiza-se uma pessoa jurídica para dar custeio aos riscos que se verificarem em seus segurados. Estabelece-se uma relação de doenças, cujo tratamento é custeado se qualquer delas ocorrer. O normal é a garantia dos segurados no custeio de enfermidades e ferimentos, assegurada a livre escolha dos médicos e hospitais. Há o reembolso das despesas efetuadas”. (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. São Paulo: Grupo GEN, 2021. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641994/>. Acesso em: 20 jan. 2022)

¹⁹⁹ Relevantes os apontamentos de João Fernando Moura Vianna: “[...] a atividade de seguro saúde guarda importantíssimas distinções com relação aos seguros tradicionais, em especial com relação à natureza do risco, a caracterização dos sinistros, bem como com relação aos conceitos de incerteza, de imprevisibilidade. Ou seja, no cerne da sua atividade. Por outro lado, encontramos fortíssima similaridade do Seguro Saúde com relação aos Planos de Saúde, seja no campo da operação médica e comercial, seja no campo da forma como os consumidores podem ver estas atividades, seja no campo do marco regulatório e legal”. (VIANNA, João Fernando Moura. *A Especificidade do Seguro Saúde frente ao modelo tradicional de seguro após a nova concepção trazida pelo marco regulatório*. Disponível em: http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/TT_RM_05. Acesso em: 16 jan. 2022).

²⁰⁰ TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica brasileira na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano I, vol. 2, Ed. Padma, São Cristóvão (RJ), abr/jun 2000, p. 57-58, [Online]. Disponível em: https://fesudeperj.brdeploy.com.br/arquivos_material/2017.06.07-15.02.3838Aula_17_Responsabilidade_medica_Tepedino.PDF. Acesso em: 03 jan. 2022.

No presente trabalho, ainda que não haja uma previsão da terminologia, utilizar-se-á a expressão “saúde suplementar”, mais difundida entre a academia e a legislação. Advirta-se, no entanto, que, embora o sistema de saúde privado integre a prestação de serviços médicos e odontológicos, estes não serão objeto de estudo do presente escrito.

Considerando a análise dos litigantes habituais nos estudos trazidos anteriormente, nota-se que não há qualquer menção a operadoras de planos odontológicos, o que reforça ainda mais a escolha do tema apenas para o âmbito da categoria que presta apenas serviços médicos.

2.4 ASPECTOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE

2.4.1 Iniciativa privada, justiça social e a regulamentação do sistema de saúde privado

Conforme já exposto no presente estudo, o ordenamento constitucional conferiu a possibilidade de o setor privado prestar os serviços públicos de saúde no artigo 199, o que possui clara relação com a liberdade de iniciativa prevista na Constituição Federal em alguns de seus dispositivos, dentre os quais se destacam o artigo 1º²⁰¹, com previsão sobre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, e o “caput” do artigo 170²⁰², que dispõe sobre a ordem econômica.

No entanto, a livre iniciativa sob a perspectiva da ordem econômica não pode ser visualizada sob um viés individualista²⁰³, de forma que deve trazer consigo os valores de se promover a justiça social. Leciona José Afonso da Silva²⁰⁴:

[...] a evolução das relações de produção e a necessidade de propiciar melhores condições de vida aos trabalhadores, bem como o mau uso dessa liberdade e a falácia da "harmonia natural dos interesses" do Estado liberal, fizeram surgir mecanismos de

²⁰¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2021).

²⁰² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2021).

²⁰³ Sobre a questão, Paulo Lobo observa que a livre iniciativa constitui princípio fundamental, se aliado aos valores sociais que deve realizar. Assim, a livre iniciativa, em sentido estrito, não constitui princípio fundamental da ordem jurídica. “Princípio fundamental é a conformação da livre iniciativa aos valores sociais que deve realizar e não ela própria, que deve ser concebida como pressuposto da atividade econômica, em virtude da opção constitucional pela economia de mercado regulado”. (LOBO, Paulo. *Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50).

²⁰⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 806.

condicionamento da iniciativa privada, em busca da realização de justiça social, de sorte .que o texto .supratranscrito do art. 170, parágrafo único, sujeito aos ditames da lei, há de ser entendido no contexto de urna Constituição preocupada com a justiça social e com o bem-estar coletivo. Assim, a liberdade de iniciativa econômica privada, num contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que "liberdade de ,desenvolvimento da empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidade de submeter-se às limitações postas pelo mesmo". É legítima, [sic] enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário. Daí por que a iniciativa econômica pública, embora sujeita a outros tantos condicionamentos constitucionais se torna legítima, por mais ampla que seja, quando destinada a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Nesse sentido, Ayeza Schmidt bem aponta que o equacionamento entre a livre iniciativa com a justiça estatal, com o escopo de haver melhor destinação do contrato em termos de função social, faz com que haja uma maior intervenção estatal nas relações privadas, com vistas a assegurar a dignidade da pessoa humana²⁰⁵.

Não à toa que o contrato de plano de saúde segue essa perspectiva, sendo regulamentado por uma autarquia federal própria, a Agência Nacional de Saúde Suplementar, conforme será apresentado em sequência, além de haver todo um arcabouço legislativo destinado ao tema, por se tratar de atividade econômica que lida, reflexamente, com o direito à vida, tutela máxima de proteção da Carta Constitucional.

Isso posto, além da previsão constitucional analisada no tópico anterior, foram criados alguns mecanismos legais e regulamentares para conferir a tutela estatal nas relações entre seguradoras de saúde e seus beneficiários. Em primeiro lugar, registre-se que as questões relacionadas à saúde privada, inicialmente, eram regidas pelo Decreto-Lei nº 73/66, que dispôs sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados.

O Código de Defesa do Consumidor, criado em 1990, foi um instrumento importante para tutela das relações sob o âmbito dos seguros privados de saúde, notadamente pelo reconhecimento da vulnerabilidade do usuário dos planos privados de saúde frente às empresas do setor, entretanto, como bem aponta Maria Stella Gregori, “a lei consumerista, em função de seu espectro geral na abordagem das relações de consumo, não tratava das peculiaridades que envolvem o setor saúde”²⁰⁶.

²⁰⁵ SCHMIDT, Ayeza. *O direito fundamental à saúde e o contrato de plano de saúde: a essencialidade do bem contratado*. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba/PR, 2014. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/03/mestrado_unibrasil_AYEZA-SCHIDT.pdf. Acesso em: 14 jan. 2022.

²⁰⁶ GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 [Livro Digital]. 1. ed. [Livro Digital].

Diante da necessidade de uma legislação especializada para melhor visualização e tratamento dos problemas que surgem nessa relação jurídica, foi criada a Lei nº 9.656/98²⁰⁷, marco legal sobre planos e seguros privados de saúde, com vigência até os dias atuais para tratar do tema, sem prejuízo da aplicação também do diploma consumerista.

Referido diploma regulamenta a questão sob três aspectos, segundo leciona Gregori: (i) o institucional, com previsão de regras sobre entrada, permanência e saúde das operadoras de saúde no mercado; (ii) econômico-financeiro, estabelecendo regras sobre a liquidez; (iii) assistencial, definindo as relações dos seguros privados com o usuário, como cobertura, rede credenciadas, carências, reajustes, doenças e outras regras sobre o cumprimento das cláusulas contratuais²⁰⁸.

Andrea Lazzarini Salazar, Karina Rodrigues e Vidal Serrano Nunes Júnior lecionam que, apesar de ter ocorrido avanços na proteção aos beneficiários de planos de saúde, a Lei nº 9.656/98 não resolveu os principais conflitos existentes e, ainda, legalizou algumas condutas que eram rechaçadas pelo Poder Judiciário.

Posteriormente, além da criação da lei específica, as críticas da opinião pública ao sistema de saúde privado clamaram pela instituição de um órgão de fiscalização do setor, surgindo, portanto, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Referida agência reguladora foi criada pela Medida Provisória nº 1.928/99, reeditada pela Medida Provisória nº 2.012-2/99 e convertida na Lei nº 9.961/00, com a finalidade de “promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto suas relações com prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no País”, conforme consta no seu artigo 3º²⁰⁹.

²⁰⁷ Segundo Andrea Lazzarini Salazar, Karina Rodrigues e Vidal Serrano Nunes Júnior, apesar de haver a regulamentação do setor pelo Código de Defesa do Consumidor, os abusos praticados em manifesto desrespeito ao referido diploma levaram o Instituto de Defesa do Consumidor e outras entidades de usuários e de profissionais de saúde a sustentarem a necessidade de uma regulamentação para o setor privado que contemplasse os princípios gerais estabelecidos na Constituição Federal, a Lei Orgânica da Saúde e no Código de Defesa do Consumidor. (SALAZAR, Andrea Lazzarini; RODRIGUES, Karine; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Assistência privada à saúde: regulamentação, posição Idec e reflexos no sistema público. In: ARANHA, Márcio Iorio. (Org.). *Direito Sanitário e Saúde Pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, v. I, p. 349-377, [Online]. Disponível em: https://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_san_v1.pdf. Acesso em: 14 jan. 2022). O estudo da história de criação da Lei nº 9656/98 é marcado por uma série de tensões e tentativas de manobras legislativas, no entanto, essa questão não será aprofundada por fugir ao escopo do trabalho. Para melhor aprofundamento da questão, conferir: GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 [Livro Digital]. 1. ed. [Livro Digital], Cap. 2.

²⁰⁸ GREGORI. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*, 2019 [Livro Digital].

²⁰⁹ Sobre a importância da criação da ANS, leciona Maria Stella Gregori: “A criação da ANS foi um marco importante para o mercado de saúde suplementar, à medida que o Estado sinalizava, de um lado, que esta atividade estava submetida aos princípios constitucionais da ordem econômica, da livre iniciativa e competição, por considerá-los instrumentos agregadores de eficiência a esse mercado; e, de outro, que tais atividades deveriam ser

O contexto histórico do surgimento da Agência Nacional de Saúde Suplementar advém de um período de privatizações de serviços públicos da década de 1990²¹⁰, no entanto, os planos privados de saúde não eram uma categoria a ser aberta à iniciativa privada, de acordo com Maria Stella Gregori. Segundo a autora, tratava-se de um mercado já instalado e que nunca havia sido objeto de regulação por parte do Estado, exceto em relação às seguradoras, que tinham seu aspecto econômico-financeiro regulado pela Susep - Superintendência de Seguros Privados²¹¹.

Assim, Maria Stella Gregori afirma que a regulação das operadoras de planos de saúde não advém do processo de desestatização que ocorria à época, mas da necessidade de o Estado intervir em uma atividade originariamente privada e considerada de relevância pública, por ser uma relação de consumo que afeta a vida humana constitucionalmente tutelada e indisponível, além de ter uma composição de mercado heterogênea e complexa²¹².

desenvolvidas de acordo com decisões e regulamentações editadas por um órgão estatal responsável por autorizar, regulamentar e fiscalizar o exercício dessas atividades, de modo a permitir que a competição se desse de forma saudável e em benefício da sociedade como um todo”. (GREGORI. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*, 2019 [Livre Digital]).

²¹⁰ O Programa Nacional de Desestatização (PND) criado pela Lei nº 8031/90 reformulou a posição do Estado frente à economia e foi responsável pela transferência de controle das empresas estatais para o setor privado. Esse contexto culminou com a criação de agências reguladoras, modelo importado do direito norte-americano, responsável, basicamente, por regular e/ou fiscalizar a atividade de um determinado setor da economia (LEHFELD, Lucas de Souza. Instrumentos processuais de controle social da atuação reguladora do estado contemporâneo brasileiro: limites à autonomia das agências reguladoras. *Revista de Direito Privado*, vol. 28/2006, p. 125 - 155, Out - Dez/ 2006). Nas palavras de Maria Sylvania Zanello Di Pitero, a agência reguladora “tem função de regular matéria específica que lhe está afeta” e, prossegue a autora dizendo que “regular significa, no caso, organizar determinado setor afeto à agência, bem como controlar as entidades que atuam nesse setor” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanello. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 529). No entanto, Alexandre Santos de Aragão leciona que é comum associar o surgimento das agências reguladoras ao movimento de desestatização verificado no Brasil principalmente a partir da década de noventa. No entanto, antes das agências reguladoras independentes que começaram a ser criadas quando da instalação do Programa Nacional de Desestatização – PND, o Brasil já tinha algumas entidades reguladoras, que não tinham perigo de independência frente ao Poder Executivo, como o Conselho Monetário Nacional – CMN, o Banco Central do Brasil, o Instituto do álcool e do Açúcar – IAA, o Instituto Brasileiro do Café – IBC e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM. Segundo o autor, é possível admitir que as agências reguladoras foram, em um primeiro momento, adotadas no Brasil em decorrência da desestatização de serviços públicos, o que não significa que sejam, por essência instrumento de desregulação ou da desestatização, pois logo depois foram criadas agências reguladoras, não mais de serviços públicos, mas de atividades econômicas stricto sensu, que propiciaram um aumento da intervenção estatal sem precedentes nestes setores, como é o caso da ANS (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5037-8/>. Acesso em: 20 jan. 2022).

²¹¹ GREGORI, Maria Stella. A saúde suplementar no contexto do estado regulador brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 59/2006, p. 109 - 126, Jul - Set/2006, [Online]. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc60000017fd8c07a423bf5a642&docguid=1ef16c090f25211dfab6f01000000000&hitguid=1ef16c090f25211dfab6f01000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=201&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 jan. 2022.

²¹² GREGORI. A saúde suplementar no contexto do estado regulador brasileiro. 2006, [Online].

É possível identificar que o sistema legislativo para direcionamento dos planos de saúde privados pode ser visualizado sob três perspectivas: (i) o regime especial, da Lei nº 9.656/98; (ii) o Código de Defesa do Consumidor; (iii) as normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Na praxe forense, vê-se que o diploma consumerista é essencial na fundamentação das decisões judiciais, fato este que pode ser confirmado mediante a análise dos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça, de forma que o regime contratual é fortemente influenciado pelas linhas protetivas do Código de Defesa do Consumidor, tal como a necessidade de boa-fé, a nulidade de cláusulas que limitam os direitos do consumidor, a facilitação da produção de prova com a inversão do ônus probatório, entre outros²¹³.

Destacam-se, por exemplo, o enunciado da Súmula nº 302 do Superior Tribunal de Justiça²¹⁴, que disciplina que “é abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”, bem como a Súmula nº 608²¹⁵ da referida Corte, que determina a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão²¹⁶.

As empresas de planos de saúde previstas no mercado de consumo organizam-se sob sete modalidades, nos termos do artigo 10 da Resolução de Diretoria Colegiada (RDC) nº 39/2000 da Agência Nacional de Saúde Suplementar: administradora de benefícios, cooperativa médica, cooperativa odontológica, autogestão, medicina de grupo, odontologia de grupo, e filantropia.

A primeira modalidade refere-se a uma operadora que, conforme se infere do seu próprio nome, administra planos de assistência à saúde, sem assumir o risco da operação, ou, ainda, efetua a contratação na qualidade de estipulante. A administradora de benefícios contrata e gerencia a oferta de plano de saúde nos mercados de consumo, porém não possui rede própria,

²¹³ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. em e-book baseada na 9. ed. Imprensa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

²¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 302*. É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2004]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula302.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

²¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 608*. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_608_2018_segunda_secao.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

²¹⁶ Este trabalho abordará com mais profundidade alguns temas de repercussão no âmbito da judicialização da saúde, com apresentação dos respectivos precedentes do Superior Tribunal de Justiça no tópico 3.5.

credenciada ou referenciada e não é titular dos consumidores dos planos que administra, fazendo apenas uma intermediação²¹⁷.

As cooperativas médicas são operadoras organizadas sem fins lucrativos, que operam planos privados de assistência à saúde e congregam médicos autônomos, figuram como sócios e prestadores de serviço, com recebimento proporcional a sua atuação, além da divisão do lucro final obtido pelas demais unidades²¹⁸. O entendimento vale para as cooperativas odontológicas, que, obviamente, referem-se aos serviços de odontologia.

Os planos de autogestão são entidades que operam planos de saúde em sistema fechado, para um público específico, a exemplo daqueles criados para uma categoria de trabalhadores de determinada empresa. Apesar desse exemplo, elas podem ou não estar vinculadas a empresas e, normalmente, são operadas por meio do departamento de recursos humanos²¹⁹.

No âmbito da medicina de grupo, maior categoria do mercado, enquadram-se as operadoras que comercializam planos privados de assistência à saúde²²⁰. Nessa mesma linha

²¹⁷ Art. 2º Considera-se Administradora de Benefícios a pessoa jurídica que propõe a contratação de plano coletivo na condição de estipulante ou que presta serviços para pessoas jurídicas contratantes de planos privados de assistência à saúde coletivos, desenvolvendo ao menos uma das seguintes atividades: I – promover a reunião de pessoas jurídicas contratantes na forma do artigo 23 da RN nº 195, de 14 de julho de 2009. II – contratar plano privado de assistência à saúde coletivo, na condição de estipulante, a ser disponibilizado para as pessoas jurídicas legitimadas para contratar; III – oferecimento de planos para associados das pessoas jurídicas contratantes; IV – apoio técnico na discussão de aspectos operacionais, tais como: a) negociação de reajuste; b) aplicação de mecanismos de regulação pela operadora de plano de saúde; e c) alteração de rede assistencial.[...] (BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa nº 196, de 14 de julho de 2009*. Dispõe sobre a Administradora de Benefícios.. Brasília, DF. [2009]. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OQ==>. Acesso em: 03 fev. 2022).

²¹⁸ CORDEIRO, Hésio. *A medicina de grupo e o complexo médico industrial*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/10658>. Acesso em: 30 dez. 2021.

²¹⁹ Art. 2º Para efeito desta resolução, define-se como operadora de planos privados de assistência à saúde na modalidade de autogestão: I – a pessoa jurídica de direito privado que, por intermédio de seu departamento de recursos humanos ou órgão assemelhado, opera plano privado de assistência à saúde exclusivamente aos seguintes beneficiários: a) sócios da pessoa jurídica; b) administradores e ex-administradores da entidade de autogestão; c) empregados e ex-empregados da entidade de autogestão; d) aposentados que tenham sido vinculados anteriormente à entidade de autogestão; e) pensionistas dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores; f) grupo familiar até o quarto grau de parentesco consanguíneo (sic), até o segundo grau de parentesco por afinidade, criança ou adolescente sob guarda ou tutela, curatelado, cônjuge ou companheiro dos beneficiários descritos nas alíneas anteriores. (BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa nº 137, de 14 de novembro de 2006*. Dispõe sobre as entidades de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar. Brasília, DF, [2014]. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTEwNw==>. Acesso em: 04 jan. 2022).

²²⁰ Sobre as medicinas de grupo, anota Célia Almeida: “A estrutura de atendimento compõe-se de serviços próprios e credenciados, sendo que as diferentes empresas combinam ou não as duas formas de oferta. O acesso à rede própria ou credenciada é livre e o uso de serviços não credenciados é previsto nos planos mais caros, implicando no ressarcimento dos gastos segundo valores calculados por múltiplos da tabela da Associação Médica Brasileira (AMB) e da Associação Brasileira de Hospitais (ABH), o que não garante a reposição total das despesas efetuadas”. (ALMEIDA, Célia. *O mercado privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências da assistência médica suplementar*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 1998. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2476/1/td_0599.pdf. Acesso em: 13 jan. 2022).

está a odontologia de grupo, a qual, como o nome já anuncia, opera exclusivamente planos odontológicos.

Por fim, filantropia refere-se a instituições sem fins lucrativos que operam planos privados de assistência à saúde, tais como as Santas Casas de Misericórdia. Relevante destacar que só se enquadram nessa categoria aqueles setores que obtiveram o certificado de entidade filantrópica junto ao Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS e declaração de utilidade pública federal, estadual ou municipal pelos órgãos governamentais competentes²²¹.

Vê-se que o sistema de saúde privado começou a se delinear perante o Estado apenas dez anos depois do ordenamento constitucional de 1988, seja por meio da inserção de leis regulamentando o setor, seja pela criação da agência para, além de regular, fiscalizar a atividade.

Não obstante esse atraso legislativo, notam-se grandes avanços na regulamentação do tema, aliado também à inserção dos precedentes dos Tribunais, que orientam a interpretação do aplicador da lei, o que será melhor aprofundado em tópico subsequente. Isso, porque, dada a indeterminação jurídica trazida nos instrumentos legislativos que regulam o tema, coube ao Poder Judiciário delinear a forma de aplicação da legislação, dada a relação de desequilíbrio e vulnerabilidade entre os envolvidos no contrato.

Diante do exposto, deve-se identificar as nuances dos contratos de plano de saúde, à luz da legislação e dos entendimentos judiciais atuais.

2.4.2 Principais modalidades de contrato de plano de saúde

Assim como toda empresa disponível no mercado de consumo, os planos de saúde privados celebram numerosos tipos contratuais, seja para manutenção da sua própria estrutura – tais como contratos de trabalho para seus funcionários, instrumentos para terceirização de certos serviços, entre outros –, seja para prestação dos serviços aos usuários.

O presente estudo se debruçará sobre a segunda tipologia, ou seja, haverá o exame apenas dos tipos contratuais disponíveis aos consumidores, usuários dos planos de saúde, que o buscam para prestação de serviços médicos, ambulatoriais e hospitalares, pois a perspectiva interna não é pertinente para os fins a que se destina este trabalho.

²²¹ Sobre o tema, conferir: FASCINA, Linus Pauling. *Filantropia como estratégia em cinco organizações hospitalares privadas no município de São Paulo*. 2009. 194 f. Tese (Doutorado em Administração de Empresas) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4561/71050100645.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2022.

Antes, porém, apresenta-se a definição de Plano Privado de Assistência à Saúde trazida pelo artigo 1º²²² da Lei nº 9.656/98:

Art. 1º

[...]

I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor;

[...]

Nas lições de Gabriel Schulmann²²³, dois pontos são dignos de atenção a partir do texto legal: (i) a indeterminação de prazo e de teto para os gastos mitiga a vinculação do plano de saúde ao contrato de seguro; (ii) o regime de coparticipação, ou seja, uma modalidade em que o contratante colabora com parte dos custos arcados pela operadora do plano, questão esta que será melhor tratada mais adiante.

O parágrafo 4º do artigo 1º²²⁴ da lei em comento prevê, ainda, que apenas pessoas jurídicas podem participar da organização e da implantação dos serviços de saúde. O artigo 34²²⁵, porém, permite à pessoa jurídica criar outra pessoa jurídica apenas para atuar na área dos planos de assistência, a qual deverá se organizar de acordo com as exigências impostas pela Lei nº 9.656/98.

²²² A Lei nº 9.656/98 ainda traz as definições de Operadora de Plano de Saúde e de Carteira nos incisos II e III do artigo 1º: [...] II - Operadora de Plano de Assistência à Saúde: pessoa jurídica constituída sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que opere produto, serviço ou contrato de que trata o inciso I deste artigo; III - Carteira: o conjunto de contratos de cobertura de custos assistenciais ou de serviços de assistência à saúde em qualquer das modalidades de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo, com todos os direitos e obrigações nele contidos. (BRASIL. *Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em: 03 jan. 2022).

²²³ SCHULMAN. *Direito Fundamental no Plano de Saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea*. 2009.

²²⁴ Art. 1º. [...] § 4º É vedada às pessoas físicas a operação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º deste artigo. (BRASIL. *Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em: 03 jan. 2022).

²²⁵ Art. 34. As pessoas jurídicas que executam outras atividades além das abrangidas por esta Lei deverão, na forma e no prazo definidos pela ANS, constituir pessoas jurídicas independentes, com ou sem fins lucrativos, especificamente para operar planos privados de assistência à saúde, na forma da legislação em vigor e em especial desta Lei e de seus regulamentos. (BRASIL. *Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em: 03 jan. 2022).

Conclui-se que, nos polos da relação contratual sempre haverá uma pessoa jurídica na prestação dos serviços de saúde privados e, nas palavras de Amanda Salis Guazzelli, é um negócio em que

[...] o consumidor - diretamente ou por intermédio da empresa ou associação da qual faz parte - contrata uma operadora para, mediante o pagamento de contribuições, prestar assistência em eventos que afetam a saúde, ou a efetuar a cobertura financeira dos riscos assinalados²²⁶.

Trata-se, portanto, de contrato bilateral – por prever a reciprocidade de obrigações – e oneroso em virtude de trazer benefícios e ônus para ambos os envolvidos. Além disso, também é classificado como aleatório “porquanto o ganho ou a perda dos pactuantes depende de circunstâncias futuras e incertas”²²⁷. A avença é caracterizada, ainda, por ser de execução continuada, que se protraí no tempo, característica esta, inclusive, que se difere do contrato de seguro de saúde, o qual, via de regra, possui prazo determinado e deve ser renovado, à exceção do seguro de vida²²⁸.

Esclareça-se que existem contratos de planos de saúde que foram firmados anteriormente à Lei nº 9.656/98, denominados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar de “Planos Antigos” ou “Não regulamentados”²²⁹, sendo fixado como marco temporal para fins dessa classificação todos os contratos que foram celebrados anteriormente à data de 02 de janeiro de 1999, quando passou a valer a Lei nº 9.656/98. Os “Planos Novos” ou “Regulamentados”, por seu turno, são aqueles que foram realizados na vigência da Lei dos Planos de Saúde.

²²⁶ GUAZZELLI, Amanda Salis. *A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações contratuais: uma análise a partir dos planos de saúde*. 2013. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, USP. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-28112013-142249/publico/Amanda_Guazzelli_Dissertacao.pdf. Acesso em: 18 dez. 2021.

²²⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. São Paulo: Grupo GEN, 2021. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641994/>. Acesso em: 20 jan. 2022.

²²⁸ Nesse ponto, devem-se destacar as lições de Cláudia Lima Marques sobre a modalidade contratual: “Trata-se de uma série de novos contratos ou relações contratuais que utilizam os métodos de contratação de massa (através de contratos de adesão ou de condições gerais dos contratos), para fornecer serviços especiais no mercado, criando relações jurídicas complexas de longa duração, envolvendo uma cadeia de fornecedores organizados entre si e com uma característica determinante: a posição de ‘catividade’ ou ‘dependência’ dos clientes”. “contratos cativos de longa duração, a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor com uma finalidade em comum, assegurar para o consumidor o tratamento de ajudá-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a saúde deste, de sua família, dependentes ou beneficiários”. (MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. em e-book baseada na 9. ed. Imprensa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019)

²²⁹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). *Glossário Temático de Saúde Suplementar*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/glossario/?view=termo&id=212&historico=>. Acesso em: 22 jan. 2022.

Essa distinção tem relevância para se averiguar a aplicabilidade da Lei dos Planos de Saúde aos contratos de plano de saúde antigos, havendo a discussão se haveria ofensa ao direito adquirido. Nesse particular, a redação do artigo 35 da Lei nº 9.656/98 alterada pela MP nº 2.177-44/01 previu a aplicabilidade do referido ordenamento apenas aos planos novos, a saber:

Aplicam-se as disposições desta Lei a todos os contratos celebrados a partir de sua vigência, assegurada aos consumidores com contratos anteriores, bem como àqueles com contratos celebrados entre 2 de setembro de 1998 e 1º de janeiro de 1999, a possibilidade de optar pela adaptação ao sistema previsto nesta Lei.

Reiterando jurisprudência já firmada sobre o tema (ADI-MC n.º 1931/DF), o Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 948.634, firmado sob o rito da Repercussão Geral (Tema 123), estabeleceu a impossibilidade de aplicação da Lei dos Planos de Saúde aos contratos antigos, fixando a tese de que

As disposições da Lei 9.656/1998, à luz do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, somente incidem sobre os contratos celebrados a partir de sua vigência, bem como nos contratos que, firmados anteriormente, foram adaptados ao seu regime, sendo as respectivas disposições inaplicáveis aos beneficiários que, exercendo sua autonomia de vontade, optaram por manter os planos antigos inalterados²³⁰.

Assim, a Suprema Corte fixou marcos temporais para aplicação da lei no que se refere aos contratos de planos de saúde.

Prosseguindo com o exame dos tipos contratuais nos planos de saúde, a Resolução Normativa nº 195/2009 da Agência Nacional de Saúde Suplementar prevê, em seu artigo 2º que, para fins de contratação, os planos de saúde são classificados em (i) individual ou familiar, cuja adesão é livre (art. 3º)²³¹; (ii) coletivo empresarial, em que é necessário vínculo com pessoa

²³⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Tribunal Pleno]. *Recurso Extraordinário nº 948.634/RS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 123 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CIVIL. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. PLANOS DE SAÚDE. LEI 9.656/1998. DISCUSSÃO SOBRE A SUA APLICAÇÃO EM RELAÇÃO A CONTRATOS FIRMADOS ANTERIORMENTE À RESPECTIVA VIGÊNCIA. I - A blindagem constitucional ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada configura cláusula pétrea, bem assim um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, consubstanciando garantias individuais de todos os cidadãos. II - Os efeitos decorrentes da entrada em vigor da Lei 9.656/1998 em relação a fatos passados, presentes, futuros e pendentes pode variar, de acordo com os diferentes graus da retroatividade das leis, admitida pela doutrina e jurisprudência em casos particulares. [...] Recorrente: Unimed Porto Alegre - Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico LTDA. Recorrido: Iara Maria Cardoso dos Santos. Amicus Curiae: Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE). Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 20 de outubro de 2020. Publicado em 18/11/2020. Decisão por maioria. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754402903>. Acesso em: 15 fev. 2022.*

²³¹ Art. 3º Plano privado de assistência à saúde individual ou familiar é aquele que oferece cobertura da atenção prestada para a livre adesão de beneficiários, pessoas naturais, com ou sem grupo familiar. (BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009*. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação

jurídica, por relação empregatícia ou estatutária (art. 5º)²³²; e (iii) coletivo por adesão, no qual se exige um vínculo com associação profissional ou sindicato (art. 9º)²³³.²³⁴

Um ponto polêmico que distingue os planos individuais dos coletivos por adesão está no reajuste das parcelas, as quais são revistas, nos primeiros, de acordo com índice da Agência Nacional de Saúde Suplementar, geralmente após um ano de contrato. Já nos planos por adesão, a data de reajuste é pactuada antecipadamente com acordo coletivo e, não raras vezes, o realinhamento dos valores pagos é mais alto, pois não há um parâmetro regulatório estabelecido pela ANS quanto a esse tema.

Atualmente, há uma escassa oferta de planos individuais no mercado, destacando-se que a Agência Nacional de Saúde Suplementar definiu que as operadoras de planos de saúde podem

para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Brasília, DF. [2009]. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA==>. Acesso em: 03 fev. 2022).

²³² Art. 5º Plano privado de assistência à saúde coletivo empresarial é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população delimitada e vinculada à pessoa jurídica por relação empregatícia ou estatutária. (BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009*. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Brasília, DF. [2009]. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA==>. Acesso em: 03 fev. 2022).

²³³ Art. 9º Plano privado de assistência à saúde coletivo por adesão é aquele que oferece cobertura da atenção prestada à população que mantenha vínculo [1] com as seguintes pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial: I – conselhos profissionais e entidades de classe, nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão; II – sindicatos, centrais sindicais e respectivas federações e confederações; III – associações profissionais legalmente constituídas; IV - cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas; V - caixas de assistência e fundações de direito privado que se enquadrem nas disposições desta resolução; VI - entidades previstas na Lei no 7.395, de 31 de outubro de 1985, e na Lei no 7.398, de 4 de novembro de 1985; (BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009*. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Brasília, DF. [2009]. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA==>. Acesso em: 03 fev. 2022).

²³⁴ Célia Barbosa Abreu e Dalton Robert Tibúrcio trazem as diferenças principais entre as modalidades de contratos de planos de saúde, nos seguintes termos: “[...] os planos individual/familiar e coletivo empresarial ou por adesão, diferem em relação ao regime jurídico, especialmente no que toca: (i) à cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária, em caso de doenças ou lesões preexistentes, admitida apenas para o individual/familiar e para o coletivo por adesão, assim como para o coletivo empresarial com número de participantes inferior a 30 beneficiários (RN-ANS nº 195/2009, art. 4º, 7º, 12); (ii) à possibilidade de rescisão unilateral, admitida apenas para o coletivo empresarial e por adesão, mesmo sem o cumprimento dos requisitos do art. 13, parágrafo único, II, da Lei nº 9.656/98 e desde que prevista no contrato e que a rescisão se opere em relação ao contrato como um todo (art. 17, parágrafo único da RN-ANS nº 195/2009); (iii) e à necessidade de prévia aprovação da ANS para o reajuste das contraprestações pecuniárias, prevista na Lei nº 9.656/98 apenas para o individual/familiar (art. 35-E, § 2º)”. (ABREU, Célia Barbosa; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Oferta obrigatória de planos de saúde individuais e familiares: livre iniciativa e direito fundamental à boa regulação. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 5, p. 209-233, 2018, [Online]. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i2.54197>. Acesso em: 3 jan. 2022).

comercializar no mercado a modalidade que melhor lhes aprouver, o que culminou com uma drástica redução na comercialização de planos individuais²³⁵.

Segundo Fausto Pereira dos Santos, vive-se uma “coletivização de processo de compra dos planos de saúde”²³⁶, de forma que há uma crescente na adesão de sua modalidade coletiva e uma queda nos contratos individuais.

Diante dessa situação, a Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor (CTFC) do Senado Federal aprovou, no dia 21 de setembro de 2021, o Projeto de Lei do Senado nº 153/2017²³⁷, de autoria do senador José Antônio Machado Reguffe, que, para autorização de funcionamento, as operadoras devem comercializar planos de saúde individual ou familiar²³⁸.

Outro aspecto que diferencia essas categorias diz respeito à carência que, nos planos individuais, costumam ter um prazo maior do que nos planos coletivos.

Por fim, também como distinção entre as duas categorias apresentadas, a Lei dos Planos de Saúde, em seu parágrafo único do artigo 13, veda às operadoras a possibilidade de suspensão do contrato ou rescisão unilateral dos contratos individuais, salvo por fraude do consumidor inadimplência por período superior a 60 dias, a cada ano de vigência do contrato, desde que avisado o consumidor até o quinquagésimo dia de inadimplemento, o que não ocorre nos planos coletivos²³⁹.

²³⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Planos de Saúde Individuais: espécie em extinção*. [s.l.], 02 outubro de 2013. Disponível em: https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/planos-de-saude-individuais-especie-em-extinco?utm_campaign=&utm_adgroup=&creative=&keyword=&gclid=Cj0KCKQjw3IqSBhCoARIsAMBkTb0R9IduzTMiqBZ47_1lJz5alXiSR9mujlJHn7GLmmK1X1aZjnnFTiAaAmDbEALw_wcB. Acesso em: 03 fev. 2022.

²³⁶ SANTOS, Fausto Pereira dos. *A Regulação Pública da Saúde no Brasil: o caso da Saúde Suplementar*. Campinas. 2006. 227 f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas. p. 169, 2006. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/CAMP_b3662311c9ccce85d2d3bcfb2e0bd7d3. Acesso em: 14 fev. 2022.

²³⁷ De acordo com o Projeto de Lei do Senado nº 153/17, haveria a inserção do inciso VIII do artigo 8º da Lei nº 9.656/98, acrescentando a determinação de que, para obter autorização de funcionamento, os planos de saúde devem comercializar planos individuais de assistência à saúde. A justificativa reside no fato de que as operadoras de planos de saúde “se utilizam de uma artimanha para se negarem a oferecer planos de saúde individuais, obrigando os consumidores a adquirir planos coletivos que não contam com garantias importantes aos consumidores”. Apesar de interessante a iniciativa, deve-se olhar com cuidado esse tipo de intervenção do Estado na economia, o que, inclusive, poderá ser melhor analisado quando da análise econômica dos contratos de plano de saúde no tópico subsequente. (BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 153, de 2017*. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, para obrigar as empresas de planos de saúde a oferecer e comercializar planos de saúde individuais aos consumidores. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5298950&ts=1633382195984&disposition=inline>. Acesso em: 11 fev. 2022).

²³⁸ VENDA obrigatória de planos de saúde individuais é aprovada. Brasília, DF, 22/09/2021. *Agência Senado*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/22/venda-obrigatoria-de-planos-de-saude-individuais-e-aprovada>. Acesso em: 15 fev. 2022.

²³⁹ Art. 13. [...] Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas: I - a recontagem de carências; II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos

Além das modalidades contratuais, os planos de saúde podem colocar no mercado os seguintes segmentos para escolha do consumidor, que podem ser comercializados isoladamente ou de forma combinada: (i) o plano-referência; (ii) o plano ambulatorial; (iii) o plano hospitalar; (iv) o plano odontológico.

O plano-referência é o mais abrangente e fornece, nos termos do artigo 10 da Lei nº 9.656/98, “cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar”. É um plano de oferecimento obrigatório pelas operadoras, salvo para entidades de autogestão, cooperativas odontológicas e odontologias de grupo, nos termos do parágrafo 3º do artigo em referência.

Os planos que cobrem apenas procedimentos de consultas médicas, exames e tratamentos sem internação estão incluídos na modalidade de plano ambulatorial. Já o plano hospitalar fornece cobertura para “atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência”, porém, não inclui atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação²⁴⁰.

O plano odontológico garante assistência odontológica, que compreende “consultas, exames, atendimentos de urgência e emergência odontológicos, exames auxiliares ou complementares, tratamentos e demais procedimentos realizados em ambiente ambulatorial solicitados pelo cirurgião-dentista assistente”²⁴¹. Conforme já exposto anteriormente, não

ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo (sic) dia de inadimplência; e III - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, em qualquer hipótese, durante a ocorrência de internação do titular. (BRASIL. *Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em: 03 jan. 2022).

²⁴⁰ Art. 19. O Plano Hospitalar compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica vigente, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvado o disposto no inciso X deste artigo e, devendo garantir cobertura para: I - internação hospitalar, em todas as suas modalidades, em número ilimitado de dias; II - quando houver previsão contratual de mecanismos financeiros de regulação para internação hospitalar, o referido aplica-se a todas as especialidades médicas, contudo, a coparticipação, nas hipóteses de internações psiquiátricas, somente poderá ser exigida considerando os seguintes termos, que deverão ser previstos em contrato: [...]. (BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021*. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme previsto no artigo 35 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga a Resolução Normativa - RN nº 428, de 7 de novembro de 2017, a Resolução Normativa - RN nº 453, de 12 de março de 2020, a Resolução Normativa - RN nº 457, de 28 de maio de 2020 e a RN nº 460, de 13 de agosto de 2020. Brasília, DF: ANS, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-normativa-rn-n-465-de-24-de-fevereiro-de-2021-306209339>. Acesso em: 03 jan. 2022).

²⁴¹ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Segmentação assistencial*. Brasília, DF. [s.d.]. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/dicas-para-escolher-um-plano/segmentacao-assistencial>. Acesso em: 03 fev. 2022.

haverá maior detalhamento dessa modalidade em razão do corte metodológico adotado no presente trabalho.

Esclareça-se que, para cada segmento, a Agência Nacional de Saúde Suplementar elabora uma lista de procedimentos com cobertura obrigatória denominada “Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde”, com atualização periódica, conforme dispõem as Leis nº 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde)²⁴² e 9.961/00 (Lei que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar)²⁴³.

Nesse cenário, reforçando a importância desse rol, foi editado o Enunciado nº 21 da I Jornada de Direito da Saúde, dispondo que “nos contratos celebrados ou adaptados na forma da Lei nº 9.656/98, recomenda-se considerar o rol de procedimentos de cobertura obrigatória elencados nas Resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar, ressalvadas as coberturas adicionais contratadas”²⁴⁴.

A periodicidade de atualização desse rol sofreu uma alteração no mês de março pela Lei nº 14.307/22, com a previsão de que será “será realizada por meio da instauração de processo administrativo, a ser concluído no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data em que foi protocolado o pedido, prorrogável por 90 (noventa) dias corridos quando as circunstâncias o exigirem”²⁴⁵, indicando um procedimento mais célere para inclusão de novos procedimentos e eventos em saúde nessa listagem²⁴⁶, que antes era modificado a cada dois anos.

Por fim, quanto à forma de pagamento, a Lei dos Planos de Saúde prevê, em seu inciso VIII do artigo 16, as modalidades de franquia e coparticipação para pagamento do valor para uso dos planos de saúde.

²⁴² Lei nº 9.656/1998. Art. 10. [...] 4º A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS. (BRASIL. *Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em: 03 jan. 2022).

²⁴³ Lei nº 9.961/00. Art. 4º. Compete à ANS: [...] III - 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; [...] (BRASIL. *Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, DF, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm. Acesso em: 01 ago. 2022).

²⁴⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Enunciado nº 21*. I Jornada de Direito da Saúde, 15 de maio de 2014, São Paulo/SP. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/03/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENARIA_15_5_14_r.pdf. Acesso em: 01 ago. 2022.

²⁴⁵ BRASIL. *Lei nº 14.307, de 3 de março de 2022*. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, para dispor sobre o processo de atualização das coberturas no âmbito da saúde suplementar. Brasília, DF, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14307.htm#art1. Acesso em: 01 ago. 2022.

²⁴⁶ A discussão sobre a taxatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde foi, recentemente, objeto de discussão no Colendo Superior Tribunal de Justiça, que tinha entendimentos distintos sobre o tema. Conforme será visto no tópico 2.5, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça entendeu pela sua taxatividade, com algumas ressalvas.

A Resolução nº 8/98 do Conselho de Saúde Suplementar, definiu que, quanto ao primeiro, o contratante paga a mensalidade e arca com o valor integral do serviço, caso atinja o valor estipulado na franquia. No sistema de coparticipação, segundo referido ato normativo, “a parte efetivamente paga pelo consumidor à operadora de plano ou seguro privado de assistência à saúde e/ou operadora de plano odontológico, referente a realização do procedimento”^{247_248}.

Diante desse panorama, vê-se que o contrato de plano de saúde, na qualidade de segmento necessário no sistema de consumo, possui particularidades que o difere de contratos outros postos à disposição no mercado, as quais, inclusive, podem interferir em eventual equilíbrio atuarial da pessoa jurídica.

2.4.3 A perspectiva econômica dos contratos de plano de saúde privados

Conforme já exposto, a prestação dos serviços de saúde privados está disponível à iniciativa privada, nos termos do artigo 199 da Constituição Federal e, apesar de fiscalizada pelo Poder Público, é uma atividade que pode ser explorada visando ao lucro, seguindo a lógica do livre mercado.

Ocorre que os contratos de planos de saúde, como também enfrentado, possuem uma peculiaridade que se distinguem dos demais serviços. Segundo Gabriel Schulman e Renata Carlos Steiner, a contratação envolve de modo imediato o direito fundamental à saúde e não

²⁴⁷ Art. 3º. [...] II – “co-participação” (sic), a parte efetivamente paga pelo consumidor à operadora de plano ou seguro privado de assistência à saúde e/ou operadora de plano odontológico, referente a realização do procedimento. (BRASL. Conselho de Saúde Suplementar. *Resolução nº 8, de 3 de novembro de 1998*. Dispõe sobre mecanismos de regulação nos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzA3>. Acesso em: 03 jan. 2022.

²⁴⁸ No ano de 2018, a ANS editou a Resolução Normativa nº 433, que proibiu a cobrança de coparticipação em mais de 250 procedimentos e definiu o limite de 40% para a cobrança. Posteriormente, foi apresentada junto ao Supremo Tribunal Federal uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 532, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, afirmando que referido ato invadiu as competências do Poder Executivo e do Poder Legislativo ao regulamentar a matéria. Na oportunidade, por ocasião do recesso forense, a Ministra Carmen Lúcia atuou no feito e deferiu medida cautelar para suspender a Resolução e, após grande mobilização da sociedade a respeito da normativa, a ANS editou a Resolução Normativa nº 434, revogando o ato normativo anterior e colocando a questão a debate. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 532/DF*. MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. RESOLUÇÃO N. 433/2018 DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. MECANISMOS FINANCEIROS DE REGULAÇÃO: COPARTICIPAÇÃO E FRANQUIA. DIREITO À SAÚDE. EXCEPCIONAL CONDIÇÃO DE INSEGURANÇA DOS USUÁRIOS DO SISTEMA. CAUTELAR DEFERIDA. MEDIDAS PROCESSUAIS. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimado: Agência Nacional de Saúde Suplementar. Relator: Ministro Celso de Mello, 20 de outubro de 2020. Publicado em 18/11/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314836950&ext=.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2021).

pode receber tratamento igual à pactuação de outro tipo de serviço não essencial²⁴⁹, pois os bens tutelados se relacionam à preservação da vida dos seus usuários. Assim, ao se conceder uma prestação à saúde, também, estará se concretizando o direito à dignidade da pessoa humana²⁵⁰.

Nesses termos, algumas questões econômicas circundam os contratos de plano de saúde e devem ser levadas em consideração, notadamente pela alegada busca pelas operadoras do equilíbrio atuarial na relação jurídica com os seus usuários.

Além dos princípios gerais que regem os contratos estudados sob os ditames do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor²⁵¹, o contrato de plano de saúde é baseado na regra do mutualismo, ou seja, permite que as pessoas contribuam com valores para a formação de um fundo, de onde sairão os recursos para pagar os procedimentos.

Há, portanto, um sistema de repartição entre os usuários do plano de saúde, expostos aos mesmos riscos, o que possibilita que haja um equilíbrio entre as prestações pagas pelos consumidores e as contraprestações ofertadas pelas operadoras. Os custos dos tratamentos e procedimentos médicos, nesse sentido, são suportados justamente pelos consumidores a elas vinculados²⁵². Obviamente que não se pode ter uma visão inocente sobre a questão e, nessa relação, está-se diante de um sistema capitalista, de forma que nessa repartição de receitas para pagamento dos planos de saúde também há a previsão de lucro, o que impulsiona esse mercado.

Sobre o mutualismo, leciona Aurisvaldo Sampaio:

Com isto, pretende-se dizer aqui que uma característica comum aos negócios jurídicos dos quais aqui se cuida: o consumidor, ao contratar plano de saúde, transfere para a operadora o risco do custo da assistência médica, hospitalar ou odontológica, trocando a possibilidade de uma grande perda pelo pagamento de uma contraprestação pecuniária periódica; a operadora, por sua vez, distribui esse custo entre todos os seus consumidores, já que, a rigor, será suportado pelo fundo formado a partir das contraprestações de todos. Nesse sentido, é possível falar numa solidariedade coletiva

²⁴⁹ SCHULMAN, Gabriel e STEINER, Renata Carlos. O “tratamento” dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 360.

²⁵⁰ SCHMIDT, Ayeza. *O direito fundamental à saúde e o contrato de plano de saúde: a essencialidade do bem contratado*. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba/PR, 2014. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/03/mestrado_unibrasil_AYEZA-SCHIDT.pdf. Acesso em: 14 jan. 2022.

²⁵¹ Necessário destacar, para além das peculiaridades existentes, os contratos de planos de saúde também se submetem ao regime comum e sobre eles recaem os princípios gerais dos contratos, como a autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos, a boa-fé objetiva e todas as suas repercussões, o equilíbrio econômico do contrato, a função social, o consensualismo. Sobre o tema, conferir: GOMES, Orlando. *Contratos*. Cap 1. São Paulo: Grupo GEN, 2019. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 dez. 2021.

²⁵² REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais*. 2011. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2011. Disponível em: <http://www3.mcampos.br:84/u/201503/paulorobertovogelderezendeoscontratosdeplanosasaudeeseuquilibriumicoeconofinanceiro.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2022.

como substrato dos planos de saúde, pois diante da impossibilidade de evitar por completo os riscos decorrentes dos males que ameaçam a sua higidez, o consumidor opta por partilhá-los com outros²⁵³.

Nesse sentido, a regra do mutualismo é relevante nessa relação jurídica, em especial no âmbito judicial, pois as determinações realizadas em juízo impactam a estrutura financeira dos planos de saúde. Sobre a questão, explica Guilherme Valdetaro Matias:

[...] o julgador, ao examinar as questões atinentes aos contratos celebrados entre usuários e plano de saúde, leve em consideração o mutualismo e a estrutura técnico-econômica, tendo sempre presente a ideia de que a concessão de benefícios não cobertos e a criação de novos direitos sem amparo contratual desfalcarão o fundo mútuo, formado pelas contribuições da coletividade de segurados, que será diretamente atingida por aquela decisão. É preciso não esquecer que os abusos e os excessos de alguns segurados, ao fim e ao cabo, serão custeados pelos demais segurados que fazem uso dos planos com parcimônia e prudência²⁵⁴.

Não obstante essa prudência que deva ser tomada, há – ou pelo menos deveria haver – um grau de previsibilidade dessas questões na celebração dos contratos de planos de saúde e na disponibilização destes no mercado de consumo, assim, a regra do mutualismo não deve servir de obstáculo à prestação dos serviços aos usuários, tampouco de mecanismo para justificar comportamentos abusivos em âmbito judicial.

Além da característica do mutualismo, que influencia diretamente na análise econômica da saúde suplementar, Ana Carolina Maia leciona que a prestação de serviços de saúde possui características próprias que se distinguem dos demais bens e serviços de consumo, quais sejam, o ambiente de incerteza, a presença de informação assimétrica e o ambiente de mercado no qual os bens e serviços de saúde são consumidos²⁵⁵.

Um dos aspectos do risco que circunda os contratos de plano de saúde é justamente a incerteza sobre o momento em que serão utilizados os serviços médicos, bem como sobre o diagnóstico clínico e o seu tratamento. Sob a perspectiva econômica, a incerteza da necessidade ou não de utilização do serviço de saúde é um fator preponderante para variações de preço e até mesmo de cobertura. Nesse contexto, surge o fenômeno da assimetria de informação, falha de mercado que é muito estudada no contexto da saúde suplementar.

²⁵³ SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198

²⁵⁴ MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código do Consumidor na Saúde Suplementar. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. São Paulo: Grupo GEN, 2012. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4829-0/>. Acesso em: 21 jan. 2022.

²⁵⁵ MAIA, Ana Carolina, *Seleção Adversa e Risco Moral no sistema de saúde suplementar*. 2004. 97f. Dissertação (Mestrado em economia) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/LPCP-68ZG9B/1/ana_carolina_maia.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.

A assimetria de informação é um fenômeno estudado por várias ciências, tais como a economia, a comunicação e vem ganhando força no direito, mostrando plena aplicabilidade no contrato de prestação de serviços de saúde, podendo ser visualizado tanto sob a perspectiva do prestador do serviço de saúde, quanto do beneficiário.

Os contratos de plano de saúde, tipicamente por adesão, cujas cláusulas são estabelecidas previamente, já demonstram um desequilíbrio de forças entre contratante e contratado no âmbito da prestação dos serviços de saúde, o que, inclusive, justifica a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, para além desse desequilíbrio contratual, deve-se pontuar que os prestadores de serviços de saúde possuem maiores informações sobre o diagnóstico do paciente e os tratamentos mais adequados, de forma que a opção do procedimento médico mais conveniente é quase que firmada no âmbito da discricionariedade do médico assistente, fundado, obviamente, nos seus estudos prévios da área para a qual se especializou.

Nesse sentido, caso o interesse do médico seja distinto do que é esperado pelo paciente, tem-se o chamado “risco moral”, hipótese que, nas lições de Tainá Leandro²⁵⁶, o agente toma decisões que afetam o resultado para outra parte, sem que esta consiga observar ou controlar perfeitamente as ações e o esforço daquele.

Os prestadores dos serviços de saúde, portanto, podem sobreutilizar os serviços para aumento do seu próprio ganho e, nas palavras de Mônica Viegas Andrade, Ana Carolina Maia, Daniela Goes Paraiso e Rubens José Amaral de Brito, não maximizam o bem-estar social e até resultam "em maiores gastos dos potenciais pacientes do que o socialmente ótimo, seja através de seguros-saúde mais caros, seja pela necessidade de maiores impostos para financiar um sistema público de saúde mais oneroso do que o necessário"²⁵⁷. Nesse caso, isso gera um aumento de custos ao longo da cadeia, impulsionando também os preços pagos pelos usuários.

Os autores afirmam que os problemas decorrentes da assimetria de informação sob o prisma do usuário são ainda maiores pelo contexto em que há a tomada de decisões pelo

²⁵⁶ LEANDRO, Tainá. *Defesa da concorrência e saúde suplementar: a integração vertical entre Planos de Saúde e Hospitais e seus efeitos no mercado*. 2010. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6972/1/2010_TainaLeandro.pdf. Acesso em: 03 dez. 2021

²⁵⁷ ANDRADE, Mônica Viegas; MAIA, Ana Carolina; PARAÍSO, Daniela Goes; BRITO, José Amaral de. Demanda no setor de saúde suplementar no Brasil. In: MOTTA, Ronaldo Seroa da; FIUZA, Eduardo P. S (coord.). *Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica*. Rio de Janeiro: Ipea, 2006 [Livro Digital]. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/160719_tomo1.pdf. Acesso em: 12 jan. 2022.

consumidor que, ao decidir adquirir os bens e serviços de saúde, dispõe de tempo limitado e se encontra em situação de vulnerabilidade, com informações reduzidas^{258_259}.

Sob a ótica das operadoras de planos de saúde, a assimetria de informação advém da dificuldade de se mapear totalmente o perfil de risco de um potencial segurado, o que culmina com o fenômeno chamado “seleção adversa”, o qual, segundo Fernando Borato Meneguim, Maurício Soares Bugarin e Tomas Tenshin Sataka Bugarin “a seguradora estabelece o valor da mensalidade com base em um risco médio. Contudo, fazendo isso ela seleciona os clientes com maior exposição ao risco, ou seja, a seguradora seleciona adversamente os piores segurados”²⁶⁰.

Portanto, o plano de saúde não consegue diferenciar os indivíduos de diferentes classes de risco e taxa o serviço a partir do risco médico da sociedade. Os riscos tendem a ser mais concentrados em quem mais utiliza os planos de saúde, sendo importante, na elaboração dos contratos, que as operadoras se utilizem de mecanismos para indicar as informações relevantes para que se construam parâmetros mais próximos da realidade, permitindo às operadoras ajustar a receita aos custos efetivos, ou ter ao menos uma previsibilidade sobre estes²⁶¹.

Outro aspecto da assimetria informacional nos contratos de plano de saúde reside no chamado “risco moral” ou “incentivo adverso”, no qual há uma dificuldade no monitoramento da prevenção à saúde dos seus usuários ou, ainda, se o segurado está usando demasiadamente os serviços de forma desmedida.

Tainá Leandro ainda traz três hipóteses da perspectiva do risco moral na relação plano de saúde-usuário, com a tendência do usuário a: i) reduzir esforços preventivos e se sujeitar a situações de maior risco, por possuir um plano de saúde; ii) demandar mais serviços médicos;

²⁵⁸ ANDRADE; MAIA; PARAÍSO; BRITO. *Defesa da concorrência e saúde suplementar: a integração vertical entre Planos de Saúde e Hospitais e seus efeitos no mercado*. 2010 [Livro Digital].

²⁵⁹ Sobre as repercussões na assimetria de informação e no desequilíbrio contratual entre os envolvidos no sistema privado de saúde, Renato Madrid Baldassar apresenta as seguintes reflexões: “A ausência destas condições para perfeita competição ocasiona falhas no mercado da saúde, sendo as principais relacionadas à assimetria de informação entre compradores e vendedores. Por um lado, as operadoras desenvolvem mecanismos que visam a excluir ou dificultar o acesso ao plano de saúde de alguns grupos, identificados como de alto risco (seleção de risco). Por outro lado, a cobertura pelo plano pode aumentar a exposição dos beneficiários a fatores de riscos e contribuir para a utilização de serviços maior do que seria se não houvesse a cobertura (risco moral)”. (BALDASSARE, Renato Madrid. *Análise do desempenho econômico-financeiro de operadoras de planos de saúde no mercado de saúde suplementar brasileiro*. 2014. 97 f. Dissertação [Mestrado em Administração] - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014. Disponível em: https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/renato_madrid_baldassare.pdf. Acesso em: 03 jan. 2022).

²⁶⁰ MENEGUIM, Fernando Borato; BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Planos de saúde coletivos: análise econômica do reajuste por faixa etária. *Revista de Análise Econômica do Direito*, Vol. 2 - Jul/Dez 2021.

²⁶¹ AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Silvia Faga de; ITO, Nobuiuki Costa; BOARATI, Vanessa; MORON, Caroline Raiz; INHASZ, William; ROUSSET, Fernanda. *A cadeia de saúde suplementar no Brasil: avaliação de falhas de mercado e propostas de políticas*. São Paulo: Insper Centro de Estudos em Negócios, 2016. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/09/estudo-cadeia-de-saude-suplementar-Brasil.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2022.

iii) ou ter mais incentivos para procurar serviços mais baratos, optando por procedimentos médicos com novas tecnologias e mais caros para tratamento de problemas simples²⁶².

Essas informações, portanto, não estão de posse da operadora de saúde e o uso excessivo de serviços de saúde suplementar, compromete, sob a perspectiva da economia, a alocação de recursos eficientes, pois a qualidade e os preços elevam-se acima do ótimo, gerando perda de bem estar em virtude de sua restrição orçamentária²⁶³.

Nesse contexto, verifica-se que os contratos de plano de saúde se aproximam dos seguros em virtude de ambos estarem fundados em cálculos atuariais para custeio dos serviços²⁶⁴.

A última característica peculiar dos contratos de plano de saúde reside no ambiente onde os bens são consumidos. Ana Carolina Maia aponta quatro aspectos que diferem os serviços de saúde dos demais ramos do mercado:

1) Caracterização de diversos bens e serviços de saúde como bens credenciais, ou seja, que necessitam da certificação pública de um profissional especializado, sendo esta reconhecida e confiável para consumidores. 2) Dissociação entre consumidor final e agente responsável pela indicação terapêutica, que pode resultar em problemas de agência. 3) Presença de produtos e equipamentos com elevados gastos (pesquisa e desenvolvimento de novos processos e produtos). 4) Por fim, presença de externalidades difusas²⁶⁵. Uma outra característica importante é a consideração de alguns bens e serviços de saúde como meritórios, isto é, bens e serviços que todo cidadão deve ter acesso, sendo responsabilidade da política pública a garantia de acesso universal²⁶⁶.

²⁶² LEANDRO, Tainá. Defesa da Concorrência e Saúde Suplementar: a integração vertical entre planos de saúde e hospitais e seus efeitos no mercado. 2010. 119 f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade Federal de Brasília, Distrito Federal, 2010. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6972/1/2010_TainaLeandro.pdf. Acesso em: 03 dez. 2021.

²⁶³ Trata-se apenas de uma perspectiva sob o olhar da economia, e não uma crítica do usuário em utilizar os serviços que contratou. (LEANDRO. *Defesa da concorrência e saúde suplementar: a integração vertical entre Planos de Saúde e Hospitais e seus efeitos no mercado*. 2010. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6972/1/2010_TainaLeandro.pdf. Acesso em: 03 dez. 2021).

²⁶⁴ ZANITELLI, Leandro Martins. A regulação dos planos de saúde no Brasil e os princípios da solidariedade e da justiça atuarial: algumas considerações em torno da assimetria In: TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direito e economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 203-223.

²⁶⁵ A externalidade difusa é visualizada quando o consumo médio da sociedade tem impacto direto no bem-estar de cada indivíduo. De acordo com Tainá Leandro, a externalidade difusa se revela em relação à probabilidade de determinado indivíduo ter problema de saúde não ocorre em virtude apenas de suas próprias escolhas, mas pode estar associada à escolha dos demais indivíduos. Indivíduos saudáveis ou com mais acesso a serviços de saúde reduzem, por exemplo, o risco de contaminação dos demais. É o que ocorre quando há a adesão de uma maioria da população a determinado programa de vacinação. (LEANDRO. *Defesa da concorrência e saúde suplementar: a integração vertical entre Planos de Saúde e Hospitais e seus efeitos no mercado*. 2010).

²⁶⁶ MAIA, Ana Carolina. *Seleção adversa e risco moral no Sistema de Saúde brasileiro*. 2004. 97 f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2004. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/LPCP-68ZG9B/1/ana_carolina_maia.pdf. Acesso em: 13 jan. 2022.

A análise dos contratos de plano de saúde sob o aspecto da economia, assim, viabiliza o exame tanto da alocação dos recursos destinados à área de saúde, quanto da análise dos riscos que o circundam, não obstante os problemas de assimetria de informação acima citados.

No âmbito da economia parte-se da lógica da escassez e a escolha do indivíduo é pautada na limitação de recursos, o que não seria diferente no âmbito dos planos de saúde. Nesses termos, a análise econômica desse setor envolve o equilíbrio no uso de recursos (inputs) quanto a realização dos benefícios de saúde (outputs), que facilitam o processo de escolha do uso apropriado dos recursos escassos, que, por sua vez, determinará a distribuição de riquezas e renda na sociedade.

Em uma lógica de mutualismo e de riscos divididos, para fins de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, deve-se examinar em que medida os planos de saúde, na qualidade de litigantes habituais, impactam o sistema de justiça brasileiro e o seu sistema próprio, o que será examinado com mais profundidade no capítulo subsequente.

Na praxe forense, vê-se que um dos principais pontos de discussão levado ao Poder Judiciário nas demandas de saúde reside na negativa de procedimentos, medicamentos e serviços pelos planos, os quais, não raras vezes, argumentam que a cobertura ocasiona impactos no seu planejamento econômico-financeiro²⁶⁷. Assim, mostra-se necessário estudar a lógica do plano de saúde privado sob a perspectiva econômica²⁶⁸ para planejamento e administração dos serviços de saúde, especialmente nos casos que são tratados pelo Poder Judiciário.

²⁶⁷ No cotidiano forense pelo qual a autora deste trabalho passou, em seu período como assessora de juiz de direito pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo, observaram-se numerosas demandas judiciais propostas por consumidores contra planos de saúde, sob o fundamento de que estes negavam procedimentos e/ou medicamentos sob a justificativa de que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde determinados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. Referida autarquia prevê um Rol de Procedimentos e Eventos em saúde, que constitui referência para a cobertura assistencial obrigatória pelos planos privados, no entanto, a controvérsia reside justamente na extensão da cobertura contratual. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimentos de que o rol estabelece uma referência mínima às operadoras, sendo exemplificativo e podendo a cobertura se estender para procedimentos e eventos em saúde além daqueles que estão relacionados. Contudo, em 10 de dezembro de 2019, a Quarta Turma, em contramão à jurisprudência já pacificada, adotou, nos autos do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, o entendimento de que referida lista seria taxativa. Diante disso, a questão foi submetida a Embargos de Divergência, tendo o Superior Tribunal de Justiça definido nos autos dos EResp nº 1.889.704/SP e EResp nº 1.886.929 a taxatividade desse rol, conforme apresentado no tópico 2.5 deste trabalho.

²⁶⁸ Carlos R. Del Nero explicita o fenômeno chamado "A economia da saúde". Segundo o autor, tradicionalmente, as profissões de saúde voltam-se para a ética individualista, na qual a saúde não tem preço e uma vida justifica qualquer custo, ao passo que a economia está centrada na ética do bem comum ou da ética social, notadamente em virtude da escassez de recursos. Não obstante esse paradoxo, há um movimento de proximidade entre os setores e, segundo o autor "a aproximação da saúde com a economia alcança a economia da saúde lança mão da colaboração multidisciplinar para entender o significado das necessidades de serviços de saúde e as relações entre oferta e demanda. Também reconhece que a percepção dos processos patológicos é diferente para cada grupo social, afetando e sendo afetada pelo comportamento desses grupos em cada contexto. Cabe também analisar o papel influenciador que exercem os interesses comerciais, sejam de fabricantes de medicamentos ou equipamentos, sejam as diferentes formas de apresentação de planos e seguros-saúde e o papel dos médicos e diversos tipos de prestadores na decisão de consumo de serviços pelos pacientes. (DEL NERO, Carlos Roberto. O que é economia da saúde. In: PIOLA, Sérgio Francisco; VIANNA, Solon Magalhães (Org.). *Economia da saúde: conceito e*

Nesse sentido, deve-se questionar se, de alguma forma, o descumprimento contratual pelos planos de saúde que culminam em demandas judiciais é, em termos financeiros, mais rentável economicamente para referidas empresas, o que, por certo, culmina com a repetitividade de sua sujeição passiva nos processos judiciais.

Para tanto, será necessário partir da seguinte questão: a judicialização da saúde no âmbito privado, que causa impacto no orçamento privado e na relação entre beneficiários e planos de saúde.

2.5 NOTAS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE SUPLEMENTAR

Os estudos trazidos no tópico 2.1 demonstram que os planos de saúde figuram como um dos maiores litigantes no sistema de justiça, sendo um problema abrangente que impacta toda a estrutura da sociedade, seja por interferir diretamente a vida dos usuários, seja por prejudicar o Poder Judiciário com um sem número de demandas, atrasando a prestação jurisdicional.

Nessa dicotomia entre a busca por equilíbrio econômico dos planos de saúde e a prestação integral dos serviços aos usuários advinda da regra do mutualismo anteriormente examinada, surge o fenômeno da “judicialização da saúde suplementar”, que afeta as relações contratuais e perpassa por questões como: (i) quem procura o Judiciário requerendo serviços e produtos de saúde; (ii) qual a principal causa de pedir e pedido dessas demandas; (iii) quais os efeitos dessas ações judiciais sobre a política de saúde privada em termos econômicos.

Pela observância da prática forense e em atenção aos dados oficiais apresentados sobre a causa de pedir das ações, o número excessivo de demandas judiciais pode ser justificado pelo descumprimento contratual na relação entre beneficiários de planos de saúde e suas operadoras, sendo o Judiciário o local para compelir o adequado cumprimento ou, ainda, direcionar a interpretação de determinada cláusula contratual²⁶⁹.

A título exemplificativo, tem-se o caso “Fosfoetanolamina”, amplamente veiculada na mídia como “pílula do câncer”, que resultou, em oito meses, na propositura de em cerca de 13 mil liminares para que a Universidade de São Paulo fornecesse referido medicamento, mesmo

contribuição para a gestão da saúde. Brasília: Ipea, 2002. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3036>. Acesso em: 23 jan. 2022.

²⁶⁹ Não se deve excluir o fato de que também existem demandas frívolas ou destituídas de fundamento contra os planos de saúde, que, inevitavelmente, integram também a lista de números de demandas judiciais. Ocorre que, apesar de relevante, pela análise dos números já apresentados nos estudos, não se identificou esse tipo de patologia, ao menos não de forma tão expressiva para ser considerada nos dados estatísticos. Assim, referida questão não será objeto de aprofundamento.

não sendo aprovado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e sem eficácia comprovada por estudos técnicos²⁷⁰.

Não obstante essa situação atípica e curiosa, que, em verdade, voltou-se à cobertura estatal – que não é objeto de estudo do presente escrito, mas apenas se trata de um exemplo relevante para visualizar o fenômeno – deve-se considerar que não há um único fenômeno responsável por essa excessiva judicialização, mas uma variedade considerável de causas de pedir que circundam as políticas de saúde suplementar.

Na pesquisa encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça ao Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper), foram analisados processos em 17 justiças estaduais, concluindo-se que, de 408.715 processos em primeira instância, 95.752 processos em primeira instância relacionados à judicialização da saúde. No período entre 2008 e 2017 houve um aumento percentual de 130% nas demandas em primeira instância²⁷¹.

Ademais, entre os temas mais discutidos nos processos de primeira instância, o estudo em comento identificou que ganham destaque como mais citadas as palavras “plano de saúde”, “seguro” e “saúde”. No âmbito da segunda instância, os principais assuntos das decisões são a busca pela cobertura por medicamentos (69,1%), seguidos de órteses e próteses (63%) e exames em 55,6%²⁷².

Esse breve panorama demonstra o alto grau de judicialização das demandas de saúde suplementar no país que, aliadas ao fenômeno já explicado anteriormente da cultura da litigiosidade, formam um cenário no qual os planos de saúde ocupam um dos polos dos maiores litigantes do país, consoante já analisado anteriormente, confirmando a preocupação externada no presente trabalho.

A literatura atual se debruça pelo estudo da judicialização de demandas no setor público, contudo, dada a importância do mercado privado da prestação de serviços de saúde e em atenção ao fato de assistir uma parcela significativa da população, também deve haver o estudo do fenômeno no âmbito da saúde suplementar.

Segundo Maria Stella Gregori, um dos fatores preponderantes para a judicialização da saúde suplementar é a insegurança jurídica, pois se trata de um tema complexo, no qual a

²⁷⁰ DALLARI-BUCCI, Maria Paula, DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, [Livro Digital]. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/43882/3738-Judicializacao-da-Sade-A-viso-do-Poder-Executivo-2017.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2021.

²⁷¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília, DF, [2019]. Disponível em: <http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2019/07/JUDICIALIZAC%CC%A7A%CC%83O-DA-SAU%CC%81DE-NO-BRASIL.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021.

²⁷² BRASIL. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. [2019].

solução dos problemas não está clara nas leis vigentes, além de ser uma relação de consumo diferenciada por afetar o bem jurídico que é constitucionalmente indisponível: a vida. Outro ponto é que a prestação da saúde envolve questões que têm impacto econômico e social. Dessa forma, os conflitos, ao invés de serem solucionados, perpetuam-se²⁷³.

Dada a amplitude dessa tipologia contratual, que atinge parte significativa da população brasileira, as demandas de saúde tornaram-se demandas de massa, devendo ser averiguado, no âmbito da litigiosidade habitual, a rentabilidade para as operadoras de planos de saúde em permanecer no polo passivo das demandas, sem que se solucione a causa raiz do problema, o que será destinado em capítulo próprio deste trabalho.

Traçado esse panorama, os Tribunais, em especial o Superior Tribunal de Justiça²⁷⁴, vêm tentando uniformizar, sob o rito dos Recursos Repetitivos, os aspectos controvertidos na relação entre o usuário e o plano de saúde, a fim de pacificar entendimentos e, via de consequência conferir mais segurança jurídica a essa tipologia contratual. Estão relacionados abaixo alguns precedentes firmados pela Corte Superior, que trazem impactos na relação contratual sob exame.

No Tema 610, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça discutiu o prazo prescricional para o exercício da pretensão de revisão de cláusula contratual que prevê reajuste de plano de saúde e devolução dos valores supostamente pagos a maior, fixando o período de vinte anos ou de três anos, observando a regra de transição prevista no artigo 2.028 do Código Civil.

O exame da validade de cláusula que prevê o reajuste de mensalidade de plano individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário foi tratado no Tema 952 (REsp 1568244/RJ). Na ocasião, fixou-se que o reajuste de plano de saúde individual ou familiar por mudança de faixa etária é válido, desde que observados os seguintes requisitos: (i) o reajuste estar previsto contratualmente; (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos reguladores; (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios, sem base atuarial idônea, que onerem de forma excessiva o consumidor ou discriminem o idoso²⁷⁵.

²⁷³ GREGORI, Maria Stella. Desafios para a desjudicialização dos planos de saúde. *Revista dos Tribunais*, vol. 1004, p. 123 – 143, Jun., 2019.

²⁷⁴ O Supremo Tribunal Federal também possui diversos precedentes a respeito do tema da Judicialização da Saúde, no entanto, estão mais voltados, em sua maioria, para o âmbito do Sistema Único de Saúde, o que não é relevante para fins da presente pesquisa.

²⁷⁵ Sobre o tema acima, necessário fazer um registro: a questão do reajuste por faixa etária foi novamente submetida à apreciação da Corte Superior, que, registrada sob o Tema 1.016, decidirá a validade contratual de plano de saúde coletivo que prevê reajuste por faixa etária e o ônus da prova da base atuarial do reajuste. Na oportunidade, houve a determinação e sobrestamento de todos os processos pendentes, individuais e coletivos, porém, até o fechamento deste capítulo, não houve definição do tema (REsp nº 1716113/DF, REsp nº 1716113/SP, REsp nº 1721776, REsp nº 1723727/SP, REsp nº 1728839/SP, REsp nº 1726285/SP, REsp nº 1715798/RS e REsp nº 1873377/SP).

Ainda sobre o custeio, no Tema 989, o Superior Tribunal de Justiça definiu que, nos planos de saúde coletivos arcados exclusivamente pelo empregador, o ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa não tem direito de permanecer como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em acordo/convenção coletiva de trabalho.

No Tema 990, foi firmada a orientação pela Corte Superior de que as operadoras de planos de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Em outra oportunidade deste trabalho já foi mencionado também que foram firmados os enunciados sumulares números 302 e 608, que tratam, respectivamente, da abusividade de cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado, e da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. A Súmula nº 609²⁷⁶, por sua vez, traz a impossibilidade de recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente.

No Incidente de Assunção de Competência nº 05 instaurado no Superior de Justiça, a Seção entendeu que compete à Justiça Comum julgar as demandas relativas a planos de saúde de autogestão empresarial, exceto quando o benefício for regulado em contrato de trabalho, convenção ou acordo coletivo, ocasião em que a competência será da Justiça do Trabalho.

Há, ainda, outros temas relevantes que aguardam inclusão em pauta para julgamento, também sob o rito dos Recursos Repetitivos, que, até o encerramento deste trabalho, não foram examinados: (i) o Tema 1.016, que trata da validade da cláusula contratual de plano de saúde coletivo que prevê reajuste por faixa etária e ônus da prova da base atuarial do reajuste; (ii) o Tema 1.032, que definirá eventual abusividade de cláusula contratual de plano de saúde que estabelece o pagamento parcial pelo contratante, a título de coparticipação, na hipótese de internação hospitalar superior a 30 dias decorrente de transtornos psiquiátricos; (iii) o Tema 1.034, que analisa quais condições assistenciais e de custeio do plano de saúde devem ser mantidas a beneficiários inativos, nos termos do art. 31 da Lei n. 9.656/98; (iv) e o Tema 1.047, que trata da validade de cláusula contratual que admite a rescisão unilateral, independente de motivação idônea, do plano de saúde coletivo empresarial com menos de trinta beneficiários.

²⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 609*. A recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2018_47_capSumulas606-610.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

Ainda aguardam deliberação sobre afetação para fins de trâmite sob o rito repetitivo os representativos de controvérsia que versam sobre: (i) a possibilidade de condenação por dano moral pela recusa indevida da operadora em autorizar a cobertura de cirurgia bariátrica (RRC 169); (ii) eventual ilegalidade da recusa pelo plano de saúde de procedimento complementar à referida cirurgia (RRC 186); (iii) a abusividade de cláusula contratual que exclui da cobertura do plano de saúde algum tipo de procedimento ou medicamento necessário para tratamento de enfermidades previstas pelo referido plano (RRC); (iv) da exigibilidade de exame médico admissional como condição para negativa de cobertura de tratamento de doenças/lesões preexistentes à contratação do plano de saúde (RRC 189).

Outro ponto examinado pelo Superior Tribunal de Justiça, apesar de não submetido aos ritos dos recursos de repetitivo, foi a negativa de cobertura de tratamento por parte dos planos de saúde baseando-se no fundamento de que seria “off label”, ou seja, com uso distinto do que prevê a bula do medicamento.

Terceira e Quarta Turmas definiram que a negativa representa prejuízo ao paciente e seria uma ingerência da operadora que pode gerar para a vida e a saúde de pacientes²⁷⁷⁻²⁷⁸. Ressalte-se que a questão da cobertura “off label” de medicamentos na saúde suplementar é distinta do que se tem no Sistema Único de Saúde, o qual possui critérios mais estanques para fornecimento, no entanto, a questão não será detalhada em razão do recorte já explicitado neste trabalho.

²⁷⁷ Importante esclarecer que a Resolução Normativa nº 338/2013 da Agência Nacional de Saúde Suplementar permitindo a exclusão de cobertura a medicamentos cujos tratamentos não estariam indicados na bula (art. 19, § 1º, I, “c”). A Ministra Nancy Andriighi, integrante da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça e relatora do Recurso Especial nº 1.721.705/SP, contrariamente a essa questão, manifestou-se que “ao estabelecer que a operadora está autorizada a negar cobertura de tratamento clínico ou cirúrgico que ‘não possui as indicações descritas na bula/manual registrado na ANVISA (uso off-label)’, a ANS acaba por substituir abstrata e previamente a expertise médica pela ingerência da operadora”. Assim, diante do risco ao paciente, o julgamento em questão entendeu pela obrigatoriedade no fornecimento do medicamento. No mesmo sentido, destaca-se o judicioso entendimento pela Quarta Turma, nos autos do Recurso Especial nº 1729566, entendeu que “a prescrição de medicamento para uso off label não encontra vedação legal, e nem mesmo a recorrente afirma que a utilização do fármaco traz algum risco de dano à saúde da autora ou que seja ineficaz para o tratamento da enfermidade que a acomete. Portanto, e pela ausência de pedido de cassação da sentença para solicitação de nota técnica ao Núcleo de Apoio Técnico do Tribunal de origem e/ou produção de prova pericial para demonstração da inexistência de evidência científica (clínica) a respaldar a prescrição do medicamento, é de rigor a confirmação da decisão recorrida, ainda que por fundamento diverso”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). Recurso Especial nº 1729566/SP. RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA DE TRATAMENTO CLÍNICO OU CIRÚRGICO EXPERIMENTAL E MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA. EXPRESSA EXCLUSÃO LEGAL. USO OFF LABEL. POSSIBILIDADE, EM SITUAÇÕES PONTUAIS. CONFUSÃO COM TRATAMENTO EXPERIMENTAL. DESCABIMENTO. EVIDÊNCIA CIENTÍFICA, A RESPALDAR O USO. NECESSIDADE. [...] Recorrente: Care Plus Medicina Assistencial LTDA. Recorrida: Silvana Aparecida do Carmo Takai. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 04 de outubro de 2018. Publicado em 30/10/2018. Decisão por maioria. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703336687&dt_publicacao=30/10/2018. Acesso em: 10 jun. 2022).

²⁷⁸ A decisão da Terceira Turma foi objeto do Informativo de Jurisprudência nº 632 do ano de 2018.

Por fim, encerrando a lista das questões mais relevantes examinadas pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito da saúde suplementar, a preocupação com o equilíbrio financeiro-atuarial dos planos e seguros de saúde foi objeto de enfrentamento quando do julgamento da natureza do Rol dos Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar, nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929/SP e 1.889.704/SP.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça possuía reiterados entendimentos de que seria meramente exemplificativo o rol de coberturas obrigatórias divulgado periodicamente pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, ao passo que a Quarta Turma, por sua vez, no ano de 2019, nos autos do Recurso Especial nº 1.733.013/PR, entendeu pela taxatividade, o que gerou a divergência.

Assim, a Segunda Seção definiu a questão no sentido de que a listagem em referência seria taxativo, com possibilidade de cobertura de procedimentos não incluídos, desde que se submetessem a certas condicionantes. Foram firmadas as seguintes teses:

1. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar é, em regra, taxativo;
2. A operadora de plano ou seguro de saúde não é obrigada a arcar com tratamento não constante do rol da ANS se existe, para a cura do paciente, outro procedimento eficaz, efetivo e seguro já incorporado ao rol;
3. É possível a contratação de cobertura ampliada ou a negociação de aditivo contratual para a cobertura de procedimento extra rol;
4. Não havendo substituto terapêutico ou esgotados os procedimentos do rol da ANS, pode haver, a título excepcional, a cobertura do tratamento indicado pelo médico ou odontólogo assistente, desde que (i) não tenha sido indeferido expressamente, pela ANS, a incorporação do procedimento ao rol da saúde suplementar; (ii) haja comprovação da eficácia do tratamento à luz da medicina baseada em evidências; (iii) haja recomendações de órgãos técnicos de renome nacionais (como Conitec e Natjus) e estrangeiros; e (iv) seja realizado, quando possível, o diálogo interinstitucional do magistrado com entes ou pessoas com expertise técnica na área da saúde, incluída a Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar, sem deslocamento da competência do julgamento do feito para a Justiça Federal, ante a ilegitimidade passiva ad causam da ANS²⁷⁹.

²⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1886929/SP*. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DE DIREITO PRIVADO ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, INEQUIVOCAMENTE ESTABELECIDA NA SUA PRÓPRIA LEI DE CRIAÇÃO. ATO ESTATAL DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDA PELO LEGISLADOR PARA EQUILÍBRIO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO N. 21 DA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO CONTRATUAL, SEMPRE VISANDO O EQUILÍBRIO. HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA E SEGUNDA SEÇÕES NO SENTIDO DE VELAR AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA. FIXAÇÃO DA TESE DA TAXATIVIDADE, EM REGRA, DA RELAÇÃO EDITADA PELA AGÊNCIA, COM ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA

Não obstante seja um entendimento importante a ser observado, a decisão proferida não observou a sistemática dos Recursos Repetitivos que conferiria a vinculatividade prevista no artigo 927 do Código de Processo Civil, de modo que já se observam algumas decisões judiciais proferidas no país em sentido contrário a esse entendimento, fulcradas na prescindibilidade de aplicação desse aresto²⁸⁰.

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, em que tramitam as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 7088, 7183 e 7193 e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 986 e 990, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, contra dispositivos da Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.659/98), da Lei que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (Lei nº 9.961/00) da Resolução Normativa ANS 465/2021, que estabelecem a competência da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) para definir a amplitude das coberturas de planos de saúde, regulam o procedimento de atualização do rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar e afirmam o seu caráter taxativo. Foi convocada audiência pública debater rol taxativo e amplitude das coberturas, que será realizada nos dias 26 e 27 de setembro do presente ano²⁸¹.

Ainda sobre a temática, tramitou no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2033/22, para alterar a Lei dos Planos de Saúde e estabelecer hipóteses de cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde

SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO. [...] Embargante: Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico. Embargado: Gustavo Guerazo Lorenzetti. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, 8 de junho de 2022. Publicado em 03/08/2022. Decisão por maioria. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=160376796&num_registro=202001916776&data=20220803&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 ago. 2022.

²⁸⁰ O desembargador Galdino Toledo Júnior, da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, negou um pedido de plano de saúde para interromper o custeio do tratamento de outra criança autista com o método ABA. Foi determinada a cobertura de tratamento não incluído no rol também nos autos do Agravo de Instrumento nº 2069959-58.2022.8.26.0000, na mesma Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob relatoria do desembargador Edson Luiz de Queiroz. (VIAPIANA, Tábata. Apesar do STJ, TJ-SP diz que rol da ANS é exemplificativo e mantém tratamento. *Consultor Jurídico*. [s.l]. 27 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-27/apesar-decisao-stj-tj-sp-rol-ans-exemplificativo#:~:text=Apesar%20do%20STJ%2C%20TJ%2DSP,%C3%A9%20exemplificativo%20e%20mant%C3%A9m%20tratamento&text=Havendo%20expressa%20indica%C3%A7%C3%A3o%20m%C3%A9dica%2C%20C3%A9,rol%20de%20procedimentos%20da%20ANS>. Acesso em: 01 ago. 2022).

²⁸¹ *PLANOS de saúde*: Barroso convoca audiência pública para debater rol taxativo e amplitude das coberturas. Brasília, DF, Portal do STF, 01 jul. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=489904&ori=1>. Acesso em: 05 jul. 2022.

suplementar²⁸², o que foi sancionado pelo Presidente da República no dia 21 de setembro de 2022, criando-se a Lei nº 14.454/2022²⁸³.

A redação do projeto, agora transformado em lei, prevê que, em caso de indicação pelo médico assistente de tratamento ou procedimento prescrito por profissional que não esteja previsto no Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar, a cobertura deverá ser autorizada, desde que: (i) exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou (ii) existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais^{284_285}.

O assunto suscita um grande embate entre os planos de saúde e seus usuários e há justificativas plausíveis sob qualquer perspectiva que se observe essa questão: de um lado, os consumidores, que não podem ser alijados de todos os possíveis procedimentos ou eventos em

²⁸² Após a decisão do Superior Tribunal de Justiça, foram apresentados vários projetos de lei no Senado Federal sobre a questão, a saber: PL 1557/2022, PL 1570/2022, PL 1571/2022, PL 1575/2022, PL 1579/2022, PL 1585/2022, PL 1590/2022, PL 1592/2022, PL 1594/2022.

²⁸³ A Lei nº 14.454/2022 alterou a Lei dos Planos de Saúde, inserindo a seguinte redação: [...] § 12. O rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar, atualizado pela ANS a cada nova incorporação, constitui a referência básica para os planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e para os contratos adaptados a esta Lei e fixa as diretrizes de atenção à saúde. § 13. Em caso de tratamento ou procedimento prescrito por médico ou odontólogo assistente que não estejam previstos no rol referido no § 12 deste artigo, a cobertura deverá ser autorizada pela operadora de planos de assistência à saúde, desde que: I - exista comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; ou II - existam recomendações pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), ou exista recomendação de, no mínimo, 1 (um) órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais. (BRASIL. *Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022*. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14454.htm. Acesso em: 22 set. 2022). Apesar de muito se falar na opinião pública que a legislação admitiu um rol exemplificativo, esta pesquisadora entende por discordar desse entendimento, pois o parágrafo 13 é claro ao dispor condicionantes específicas para cobertura fora da listagem da ANS. Desse modo, não se trata de uma previsão exemplificativa ampla, ao menos em um entendimento inicial da análise da legislação, pois só será possível a cobertura mediante o preenchimento dessas condicionantes apontadas.

²⁸⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.033, de 13 de julho de 2022*. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer hipóteses de cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2332541>. Acesso em: 20 ago. 2022.

²⁸⁵ Registre-se que o Projeto de Lei em questão estava aguardando a sanção presidencial quando da apresentação do trabalho à banca. (SENADO aprova obrigatoriedade de cobertura de tratamentos fora do rol da ANS. *Agência Senado Federal* [Online]. Brasília, DF, 29 ago. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/08/29/senado-aprova-obrigatoriedade-de-cobertura-de-tratamentos-fora-do-rol-da-ans>. Acesso em: 29 ago. 2022). Entretanto, para a versão final, convém registrar que houve a sanção presidencial no dia 21 de setembro de 2022, com a criação da Lei nº 14.454/2022.

saúde que se façam necessários para o seu integral direito à saúde; de outro, os planos de saúde, os quais podem sofrer impactos orçamentários, a depender do tratamento solicitado pelo médico assistente.

Apesar de relevantes as pontuações das operadoras de saúde, o entendimento mais correto a ser aplicado seria de que o rol é exemplificativo, ou seja, pode servir como referência, mas nunca como uma imposição, pois o lucro não pode se sobrepujar à saúde e à dignidade da pessoa humana.

Nesses termos, imperioso trazer as ideias do Ministro Marco Aurélio, no voto condutor da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931/DF, entendendo que “a promoção da saúde, mesmo na esfera privada, não se vincula às premissas do lucro” e que “a atuação no lucrativo mercado de planos de saúde não pode ocorrer à revelia da importância desse serviço social, reconhecida no artigo 197 do Texto Maior”^{286 287}.

Ademais, o médico assistente que acompanha o paciente detém toda a expertise para definir o melhor tratamento ao caso, esclarecendo-se que a tecnologia e os avanços na medicina vêm evoluindo cada vez mais para tratamento das doenças, devendo os planos se adaptarem a essa realidade para prestação integral do direito à saúde, função esta prevista constitucionalmente, consoante já exposto em tópico anterior.

As manifestações pelos Tribunais, em especial do Superior Tribunal de Justiça que mais enfrenta as temáticas relacionada aos planos de saúde, integram um grande rol de políticas públicas na saúde suplementar, em especial por orientar as instâncias ordinárias e dar previsibilidade na interpretação de cláusulas contratuais estabelecidas entre o usuário e a operadora.

Os entendimentos judiciais devem guardar uma dupla função nesse setor, que não é tarefa fácil: (i) a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das operadoras dos planos de saúde, para não inviabilizar a atividade econômica, (ii) a tutela do direito à saúde

²⁸⁶ Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931/DF. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – NORMA ATACADA – ALTERAÇÃO – PREJUÍZO*. A superveniente modificação da norma impugnada, sem aditamento à inicial, implica o prejuízo do controle concentrado de constitucionalidade. PLANOS DE SAÚDE – REGÊNCIA – OBSERVÂNCIA. Os planos de saúde submetem-se aos ditantes constitucionais, à legislação da época em que contratados e às cláusulas deles constantes – considerações. Requerente: Confederação Nacional de Saúde - Hospitais Estabelecimentos e Serviços CNS. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Decisão por unanimidade. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314542313&ext=.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2022.

²⁸⁷ No mesmo caminho, eis o posicionamento da Ministra Nancy Andrighi, que foi voto vencido nos Embargos de Divergência nº em Recurso Especial nº 1.886.929/SP e 1.889.704/SP, que discutiu a temática: “[...] Seja sob o prisma do CDC, ou mesmo do CC/2002, o rol exemplificativo protege o consumidor/aderente da exploração econômica predatória do serviço, manifestada por meio da negativa de cobertura sem respaldo na lei, visando satisfazer o intuito lucrativo das operadoras às custas da vulnerabilidade do usuário e da sua premente necessidade de manutenção do vínculo cativo, as quais o colocam em nítida posição de sujeição na relação contratual”.

constitucionalmente garantida, aliado ao adequado cumprimento dos ditames do Código de Defesa do Consumidor.

Apesar da necessária atuação judicial na formação dos precedentes, deve-se pensar nas repercussões que o demandismo em excesso repercute no sistema de justiça, nas relações contratuais e na própria sociedade.

Isso posto, não basta apenas a solução no âmbito judicial desvinculada da realidade social, devendo haver um melhor aprofundamento dos motivos e da estrutura de incentivos que perpetuam esse comportamento litigioso em relação às operadoras de saúde.

A questão que se coloca, portanto, é quem irá pagar a conta das decisões tomadas pelo Poder Judiciário e qual o impacto no sistema de justiça. A litigiosidade seria o meio economicamente mais viável para as operadoras dos planos de Saúde na manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro? Esses questionamentos serão aprofundados no próximo tópico, com uma maior aproximação entre direito e economia para solução do problema.

3 A ECONOMIA ALIADA AO ESTUDO DO DIREITO: BREVES NOÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA E OS CONCEITOS FUNDAMENTAIS DA MICROECONOMIA

No capítulo anterior, foi realizada a construção sobre a litigância no sistema de justiça e o estudo dos chamados “litigantes habituais”, com um recorte para os planos de saúde, que, de acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça, integram a lista de maiores integrantes de um dos polos das ações judiciais que tramitam no Brasil.

O propósito era de examinar detalhadamente o seu surgimento no ordenamento jurídico, as suas repercussões econômicas na formação dos contratos e todos os efeitos que causam no sistema de justiça.

Feita essa trajetória, pensando no fato de que as relações firmadas nesse ramo oneram toda uma cadeia que se inicia pelos beneficiários e chega ao Poder Público, foi possível constatar que esse cenário causa um grande impacto à estrutura do Poder Judiciário, mostrando-se imperiosa uma análise ainda mais especializada, que reclamam uma análise econômica sobre o tema: os custos causados pela litigância com esse comportamento de litigiosidade repetitiva.

Em um contexto de reduzido orçamento do Poder Público e de alto número de demandas, busca-se um diálogo com outras disciplinas para conferir melhor prestação jurisdicional e, portanto, surge a doutrina da Análise Econômica do Direito, que se utiliza de premissas da economia para direcionar a atuação dos sujeitos no ordenamento jurídico de forma mais eficiente.

A ideia, portanto, é apresentar como os institutos da microeconomia se adequam à roupagem do direito, de modo a justificar o comportamento dos litigantes perante o Poder Judiciário e apresentar respostas para a alta litigiosidade.

3.1 PREMISSAS INICIAIS SOBRE A INTERRELAÇÃO DIREITO E ECONOMIA

Em linhas gerais, sem um aprofundamento teórico sobre a ciência econômica, que é adstrito aos estudiosos desse ramo, a ideia do senso comum sobre a definição de economia – ou, ao menos, a quais conceitos ela se relaciona – estaria relacionada a dinheiro, emprego, juros, inflação, mercados financeiros, bancos.

Ocorre que a matéria em referência não se resume a esse ponto e pode ser definida como uma vertente que estuda “[...] como o indivíduo e a sociedade decidem (escolhem) empregar recursos produtivos escassos na produção de bens e serviços, de modo a distribuí-los entre as

várias pessoas e grupos da sociedade, a fim de satisfazer as necessidades humanas da melhor maneira possível”²⁸⁸.

Diante desse conceito, vê-se que há uma abrangência maior do que a simples análise sobre juros e mercados, tanto é assim que se subdivide em duas grandes áreas: macroeconomia e microeconomia.

A macroeconomia estuda a Economia em sentido amplo e analisa o comportamento de grandes agregados, como renda e produto nacionais, nível geral de preços, emprego e desemprego, estoque de moeda e taxas de juros, balanço de pagamentos e taxa de câmbio²⁸⁹. Nesse viés não há um estudo único de mercados ou de unidades econômicas individuais, pois a preocupação é voltada às variáveis globais, ou seja, os aspectos e as características gerais do cenário econômico.

Por outro lado, a microeconomia estuda comportamentos econômicos individualizados e cuida de formação de preços, produção de bens e serviços, interação entre indivíduos e bens de produção, distribuição dos bens de consumo e alocação de recursos. Trata-se, portanto, de uma área que estuda a atuação de cada grupo econômico de forma unitária, como empresas, famílias, consumidores²⁹⁰.

Pelos conceitos acima expostos e a partir da proposta da presente pesquisa, que examina o contexto econômico pelo enfoque dos sistemas de justiça, vê-se que, não obstante a relevância dos temas macroeconômicos, deve-se debruçar sobre a microeconomia e os pontos a ela relacionados.

O estudo da economia sob esse viés debruça-se sobre os seguintes fatores: escassez²⁹¹, recursos limitados, e necessidades humanas ilimitadas. Nessa perspectiva, a lógica econômica passa pela tomada de decisões das pessoas em um mundo onde os recursos são escassos e, assim, nas palavras de Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer, essa premissa fornece para o Direito “o necessário instrumental metodológico orientador das políticas públicas e da

²⁸⁸ BRAGA, Márcio Bobik; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de. *Introdução à Economia*. In: VASCONCELLOS, Marco Antonio S. *Introdução à Economia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502146075/>. Acesso em: 25 mar. 2022.

²⁸⁹ VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriques. *Fundamentos de economia*, 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553131747/>. Acesso em: 20 dez. 2021. [Livro Digital].

²⁹⁰ VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriques. *Fundamentos de economia*, 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553131747/>. Acesso em: 20 dez. 2021. [Livro Digital].

²⁹¹ Conforme será visto mais adiante, a escassez é o ponto inicial da teoria econômica, pois, se os recursos fossem infinitos, não haveria problema na sua alocação: todos poderiam ter o que quisesse, em qualquer quantidade. A economia, portanto, estuda as alternativas para a alocação dos recursos, que são finitos.

tomada de decisão privada; competindo, ao Direito, estipular o justo privado sem descuidar do custo social”²⁹².

À vista disso, surge o ponto de encontro necessário ao presente estudo: a junção entre economia e direito, denominado “Análise Econômica do Direito”. Antes, porém, realizar-se-á um breve retrospecto histórico sobre o nascedouro da matéria para melhor desenvolvimento dos seus principais conceitos nos tópicos subsequentes dessa pesquisa.

A Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*) tem, essencialmente, o direito estrangeiro como ponto de partida, com o desenvolvimento em países como Estados Unidos, Inglaterra, Holanda e Alemanha, que, não por acaso, abrigaram as primeiras ideias filosóficas do tema, ainda no século XVIII com os ideais iluministas de Cesare Beccaria, David Hume, Jeremy Bentham e Adam Smith, entre outros²⁹³.

Apesar de a doutrina apontar os filósofos do iluminismo como antecedentes históricos da ideia da teoria econômica aplicada ao direito, o movimento tomou forma com o trabalho de Ronald Coase que, em seu “The problem of social cost”²⁹⁴⁻²⁹⁵, desenvolveu uma das ideias basilares para a análise econômica do direito, ensejando um pensamento que, mais tarde, foi denominado por George Joseph Stigler de “Teorema de Coase”²⁹⁶⁻²⁹⁷.

²⁹² GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. *Sequência* (Florianópolis), n. 68, jun. 2014, pp. 261-290, [Online]. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>. Acesso em: 01 mai. 2022.

²⁹³ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “Tragédia da Justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 99-103.

²⁹⁴ Antes desse trabalho, destaca-se o artigo “The Nature of the Firm” de 1937, no qual Ronald Coase, a partir da análise de produção de empresas, traz a ideia de “custos de transação”, definidos como todos os custos para realizar, estabelecer e manter os direitos de propriedade. Uma empresa, segundo o autor, não possui apenas custos de produção, mas custos de transação para negociar, regidir ou manter uma propriedade. Analisou-se no texto quais fatores determinavam os tipos de transações e contratos em um processo produtivo de uma empresa e o papel das leis e das instituições no desenvolvimento dos mercados (COASE, Ronald Harry. *The Nature of the Firm*. New series, v. 4, n. 16. Nov, 1937, [Online]. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>. Acesso em: 05 nov. 2021).

²⁹⁵ Ronald Coase recebeu o prêmio Nobel de Economia pelas contribuições realizadas a partir desse texto. MLA style: Ronald H. Coase – Facts. NobelPrize.org. In: *Nobel Media AB 2020*. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/coase/facts/>. Acesso em: 01 dez. 2021.

²⁹⁶ Vinicius Klein esclarece que o Teorema de Coase, em verdade, não foi anunciado pelo próprio Ronald Coase, mas por George Joseph Stigler, o qual publicou o artigo “The Theory of Price” inspirado em “The Problem of social cost”, o que levou a obra de Ronald Coase ser uma das mais citadas de todos os tempos, tanto no direito, quanto na economia. (KLEIN, Vinicius. *O Teorema de Coase*. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 67).

²⁹⁷ Em verdade, Martin Gelter e Kristoffel Grechenig apontam o surgimento de um primeiro movimento sobre a Análise Econômica do direito no século XIX na Europa Continental. Os autores apontam a obra de Victor Mataja de 1888 “Das Recht des Schadenser satzes vom Standpunkte der Nationalökonomie” (A lei da responsabilidade civil do ponto de vista da economia política) como uma das principais obras desse nascedouro, na qual Mataja tratou dos efeitos dos incentivos na responsabilidade civil, assim, antecipou ideias centrais do movimento de direito e economia americano, desenvolvido quase um século depois. No entanto, esse primeiro movimento não persistiu por muito tempo, teve sua derrocada em 1930 e seus resquícios foram eliminados pelo regime nazista e pela Segunda Guerra Mundial. (GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel R.. *History of Law and Economics*.

Em seu trabalho, Ronald Coase²⁹⁸, teceu críticas à intervenção estatal na economia e apresentou a ideia de alocação de recursos e direitos, que podem se modificar a partir das regras de mercado.

O autor traz a ideia de “custos de transação”²⁹⁹, ou seja, os custos envolvidos para se realizar qualquer tipo de negociação de bens, serviços ou direitos, o que será melhor aprofundado nos tópicos subseqüentes. Segundo a sua teoria, com altos custo de transação, não haverá negociação cooperativa e o conflito precisa ser resolvido pela lei. Ao revés, em uma situação em que não haja custos de transação, os indivíduos podem negociar livremente para resolver seus problemas, prescindindo da interferência do direito, e o resultado será o mais eficiente.

Assim, a conclusão a que se chega é que, “para evitar altos custos de transação entre os agentes econômicos, o Estado deve facilitar tais transações com o objetivo de maximizar a riqueza”³⁰⁰.

Na mesma década, destaca-se a obra do ítalo-americano Guido Calabresi, em seu ensaio “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, no ano de 1961, com primeiras análises sobre alocações de riscos³⁰¹ no âmbito da responsabilidade civil (Tort Law).

Gary Stanley Becker também contribuiu para a visão interdisciplinar entre direito e economia, com uma análise econômica do crime em seu texto “Crime and Punishment”, no ano de 1968.

O maior destaque para a doutrina estrangeira é conferido a Richard Posner, professor da Universidade de Chicago, cujo trabalho “Economic Analysis of Law” no século XX analisou a

Bonn: Preprints of the *Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, 2014, p. 3. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2421224>. Acesso em: 01 fev. 2022).

²⁹⁸ COASE, Ronald. The problem of social cost. *The journal of Law and Economics*. Vol. 3, out/1960. Traduzido por Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla, [Online]. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806050/mod_resource/content/1/custosocial.pdf. Acesso em: 01 dez. 2022.

²⁹⁹ Existem vertentes da economia que só se debruçam sobre o estudo dos custos de transação. Assim, o presente trabalho não almeja se aprofundar na Teoria dos Custos de Transação, seja pela ausência de formação dessa pesquisadora na área da ciência econômica, seja porque o escopo do presente trabalho não é voltado para essa questão, embora seja relevante. A ideia dos custos de transação, portanto, não será utilizada com a profundidade exigida de um cientista econômico.

³⁰⁰ ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina direito e economia no Brasil. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, v. 10, 2012, p. 25-53, [Online]. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/20268/18721>. Acesso em: 10 dez. 2021.

³⁰¹ Alocação de risco é estudado em gerenciamento de riscos e, basicamente, refere-se à responsabilidade de cada envolvido nos riscos em determinadas relações. Nessa perspectiva, leciona Rachel Sztajn: e “quando se fala em responsabilidade civil, não se visa a proibir condutas moralmente reprováveis, mas, sim, alocar riscos de forma que as condutas culposas sejam inibidas e que o causador do dano pague pelos prejuízos”. (SZTAJN, Rachel. Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 36, n. 111, p. 9-29, 1998).

lei, o papel dos juízes e seus efeitos sobre a eficiência, notadamente em relação ao modelo econômico de maximização da riqueza. O autor, atualmente, é visto como o principal desenvolvedor da chamada “Law and Economics”, sendo a Escola de Chicago uma das vertentes mais fortes do tema no direito norte-americano³⁰².

A aproximação entre direito e economia, contudo, não está apenas nas ideias da “Law and Economics”, pois o realismo jurídico norte-americano³⁰³ fomentou uma nova perspectiva para o direito, com abertura para relação com outras ciências, como a sociologia, a estatística, a economia e a psicologia³⁰⁴. Assim, destacam-se o “Critical Legal Studies” (“Estudos Jurídicos Críticos”), que traz um elemento político para aproximação do direito e da economia,

³⁰² A doutrina da Análise Econômica do Direito teve grande força nos Estados Unidos e a sua expansão para outros sistemas ocorreu de forma tardia, tendo demorado um tempo para ser aceito em outros países. Segundo Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, a Europa Continental teve uma explosão de textos “clássicos” norte-americanos a partir de 1980 (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Grupo GEN, 2015. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522497652/>. Acesso em: 01 mar. 2022). A reação ao juspositivismo nos países de tradição europeia-continental cederam lugar ao neoconstitucionalismo, inclusive no Brasil. Os horrores da Segunda Grande Guerra criaram um movimento contrário ao positivismo, especialmente mediante o Julgamento de Nuremberg, no qual os nazistas se fundamentaram na ausência de cometimento de crime por terem seguido rigorosamente o ordenamento jurídico alemão. Nesse sentido, sem se adentrar com profundidade aos pensadores e as escolas de pensamento que surgiram à época, fato é que o pensamento jurídico dos chamados neoconstitucionalistas, segundo Ivo Teixeira Gico Jr., buscou “reaproximar o direito da filosofia, em uma tentativa de síntese e superação do jusnaturalismo e do juspositivismo, por meio da relativização do direito escrito que, no caso concreto, pode e deve ser flexibilizado se não for razoável (e, porque não dizer, justo)”. (GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2014. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522480555/>. Acesso em: 05 mar. 2022). Esse contexto explica o lapso temporal para o ingresso dos ideais da “Law and Economics” nos países Europeus e no Brasil. Nesse sentido, o enfraquecimento do formalismo hermético do direito dos países de tradição romano-germânicos, como o Brasil, fez com que a interdisciplinaridade ganhasse espaço e oportunizou o ingresso de novas ideias para o direito.

³⁰³ Bruno Meyerhof Salama leciona que a disciplina “Direito e Economia” origina-se a partir de duas tradições intelectuais: a economia política e o realismo jurídico. Eis a contextualização do autor: “A economia política surge com Adam Smith, que se interessou pelo Direito sobretudo em razão da sua importância para o funcionamento dos mercados. A tradição da economia política constitui a espinha dorsal daquilo que, posteriormente, se convencionou chamar de “ciência econômica”. Essa tradição encontrou espaço nas faculdades de Direito em especial através da disciplina de Direito Econômico, que se ocupa da regulação e intervenção do Estado nos mercados. Mas é importante notar que o Direito Econômico captura parte – no fundo, apenas uma pequena parte – do conteúdo da disciplina de Direito e Economia¹⁸. Isso porque em Direito e Economia o estudioso se ocupa dos incentivos postos por cada instituto jurídico individualmente tomado, e não necessariamente de um mercado. Isso quer dizer que a análise em Direito e Economia engloba o estudo da regulação dos mercados pelo Estado, embora, como veremos adiante, a esta não se limite. A segunda tradição central à disciplina de Direito e Economia, o realismo jurídico, surge nas faculdades de Direito norte-americanas e escandinavas na primeira metade do século XX. O projeto acadêmico dos realistas jurídicos era estudar as leis como elas de fato funcionavam, em vez das leis conforme previstas nos códigos e livros. Do realismo jurídico advém a tradição de aplicar as ciências sociais ao Direito, de modo a procurar entender as motivações dos diversos entes e indivíduos envolvidos na prestação jurisdicional e os fatores que de fato condicionam a formulação e aplicação do Direito”. (SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e Economia: textos escolhidos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502142411/>. Acesso em: 04 set. 2021).

³⁰⁴ O realismo jurídico adveio das ideias de Oliver Wendell Holmes Jr., jurista de Harvard que, com um viés pragmático do sistema jurídico, propugnou, no fim do século XIX que direito não é lógica, é experiência. Sobre a questão, conferir: GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, p. 91-105, 2006.

e o “Law & Development” (“Direito e Desenvolvimento”), o qual produziu ideias relacionadas ao “direito moderno” sem, contudo, trazer uma doutrina densa sobre análise econômica do direito³⁰⁵.

Apesar do desenvolvimento dessas ideias e do surgimento de outras escolas de Análise Econômica do Direito na doutrina norte-americana³⁰⁶, que produziram distintas linhas de pensamento sobre o tema, não se utilizará uma escola econômica específica no presente trabalho, mas apenas conceitos gerais trazidos pela vertente econômica.

Além das diferentes metodologias sobre a temática oriundas das escolas de pensamento acima tratadas, necessário trazer uma subdivisão relevante na epistemologia do movimento “Law and Economics”, que se aproxima dos estudos de teoria geral do direito: os vieses positivo (ou descritivo) e o normativo (ou prescritivo). O primeiro se destina a descrever e interpretar as leis, ao passo que o segundo cuida do chamado “dever-ser”, ou seja, como o ordenamento jurídico deveria ser aperfeiçoado.

Bruno Salama define que essas correntes são dimensões distintas e independentes. Segundo o autor, a vertente positiva se relaciona às repercussões do direito sobre o mundo dos fatos, ao passo que a vertente normativa estuda se e como “noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar”³⁰⁷.

Luiz Fux e Bruno Bodart ampliam essa distinção e, além dos enfoques normativo e descritivo, também apresentam o viés heurístico, que se preocupa com “a identificação da racionalidade que informa a existência de diferentes institutos jurídicos e lhes confere coesão”³⁰⁸, ou seja, busca-se o motivo da criação de certos institutos, e não há uma análise do comportamento dos sujeitos a partir deles.

Apesar da relevância do conceito trazido por Luiz Fux e Bruno Bodart, considerando que o presente trabalho analisa o comportamento dos litigantes habituais no sistema de justiça,

³⁰⁵ ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina direito e economia no Brasil. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, v. 10, 2012, p. 25-53, [Online]. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/20268/18721>. Acesso em: 10 dez. 2021.

³⁰⁶ A Análise Econômica do Direito possui outras vertentes além da chamada “Escola Tradicional de Chicago”, de onde vieram as ideias de Ronald Coase e Richard Posner, de forma que diferentes correntes doutrinárias buscaram explicar a economia para corrigir distorções geradas por normas de Direito positivo, como a Escola de Yale, a da Nova Economia Institucional, a da Escolha Pública. (ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 75).

³⁰⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?*. Cadernos Direito GV, v. 5, p. 4-58, 2008, [Online]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 mar. 2022.

³⁰⁸ FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 2

em um aspecto consequencialista do direito, o trabalho se aproxima de uma análise normativa, sem prejuízo de também trazer aspectos da veia positiva no estudo de direito e economia³⁰⁹.

Necessário esclarecer que, ainda que os autores da economia clássica como Ronald Coase e Richard Posner anteriormente citados tenham se dedicado a um sistema de *common law*, as ideias nele desenvolvidas não excluem os direitos codificados, tal como o direito brasileiro³¹⁰. Nesse sentido, interessante mencionar as ideias de Raquel Sztajn, para quem o estudo “interessa aos operadores do Direito compreender como a formulação de normas – positivadas ou não – pode afetar o comportamento na tomada de decisões, na linha do que Norberto Bobbio denomina função promocional do Direito (prêmios e punições)”³¹¹.

A interligação entre Economia e Direito, no presente estudo, parte do princípio de que, embora de ramos distintos, são ciências que se comunicam. Assim, não se trata de um ramo se subsumir ao outro, mas sim de distintos saberes que podem se interrelacionar para melhores

³⁰⁹ Conforme leciona Ivo Teixeira Gico Jr.: “[...] Por exemplo, se o objetivo é reduzir a quantidade de seqüestros-relâmpagos, a AED normativa pode nos auxiliar a identificar qual a melhor política de punição, qual a melhor estrutura processual para este tipo de delito, etc. Nessa linha, qualquer objetivo pode servir de guia para a AED normativa, desde uma maior preocupação com distribuição de riqueza até a forma mais eficiente de se incentivar a conciliação entre casais em crise. Agora, se o que se busca é aconselhamento não apenas em relação ao meio de se alcançar certa política pública, mas também qual objetivo buscar, então, a análise juseconômica não necessariamente trará ganhos substanciais em relação à análise oferecida por outras áreas do conhecimento ou ciências, devendo ser considerada em conjunto com as demais, dentro de suas limitações. [...] Em resumo, a AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes conseqüências (sic) prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido”. (GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*. Brasília, DF, UCB, v. 1, n. 1, jan.-jun. 2010, [Online]. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2794>. Acesso em: 03 jan. 2022.

³¹⁰ Ao tratar de uma suposta distinção entre “Common Law” e “Civil Law”, Érica Gorga conclui que “na prática, existe uma crescente convergência entre as tradições de direito consuetudinário e as de direito romano-germânico, a qual possibilita uma adaptação funcional dos institutos originários de uma tradição em outra. Essa tendência é guiada por uma necessidade de adaptação do aparato normativo perante a complexidade dos fenômenos sociais e busca proporcionar aumento de eficiência, através do ‘empréstimo’ dos mecanismos promotores de eficiência de outro sistema (com os custos dele decorrentes)”. (GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia: análise econômica do Direito e das organizações*. 1. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 151-177). O presente trabalho, contudo, não irá se aprofundar nessa questão, pois, a análise dos benefícios e/ou das desvantagens na utilização da AED em cada sistema demanda um estudo sobre até que ponto a tradição consuetudinária ou escrita influencia para melhor eficiência ou maior desenvolvimento econômico, o que perpassa sobre questões políticas, ideológicas, históricas e sociológicas, o que fugiria ao escopo desta pesquisa. Sobre a nova perspectiva interpretativa da Constituição, conferir: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003, [Online]. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 01 jan. 2022. Registre-se, por fim, que a distinção entre os dois sistemas não é, por si só, fator preponderante para inviabilizar a aplicação da Análise Econômica do Direito no Brasil, consoante se verá adiante na aplicação dos conceitos ao sistema de justiça brasileiro, em especial no exame da litigância.

³¹¹ SZTAJN, Rachel. Interdisciplinaridade: Análise Econômica do Direito (Prefácio). In: YEUNG, Luciana. *Análise econômica do direito: temas contemporâneos*. [Livro Digital]. São Paulo: Actual, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786587019079/>. Acesso em: 02 mar. 2022.

resultados na solução de problemas jurídicos, que possuem reflexos na sociedade e no acúmulo de recursos³¹².

Portanto, não só é válida, como necessária a aproximação entre as áreas, com a aplicação também no direito de inspiração romano-germânica, tal como brasileiro e, diante disso, deve-se contextualizar sobre como o tema se desenvolveu no Brasil, o que passa a ser feito no tópico subsequente.

3.2 O DESENVOLVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NO BRASIL

O estudo da Análise Econômica do Direito no Brasil é relativamente novo em comparação ao seu nascedouro³¹³ e, antes do exame sobre o seu contexto acadêmico no país, deve-se fazer um esclarecimento: o presente tema não se confunde com direito econômico, na perspectiva de regulação de mercados e de atividades financeiras.

Conforme já citado anteriormente, a ideia de economia é comumente vista em um sentido tradicional do termo: bancos e moeda, concorrência, controle do comércio exterior, regulamentação de profissões, regime de direito público e controle de empresas privadas prestadoras de serviços considerados de utilidade pública, etc.

Contudo, apesar da relevância dos temas acima, a análise econômica do direito é visualizada sob outro prisma, com o destaque para a definição de Ivo Teixeira Gico Jr., para quem a Análise Econômica do Direito é

a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a

³¹² SABÓIA E SILVA, Diego. *A Análise Econômica do Direito como teoria de contenção da decisão judicial: o viés ideológico da eficiência e propostas para uma autorrestrrição interpretativa*. Tese (Doutorado em Direito). 211 p. Universidade Federal de Santa Catarina, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/208490/PDPC1471-T.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 jan. 2022.

³¹³ Rodrigo Fux aponta as dificuldades do desenvolvimento do tema no Brasil e explica que, historicamente, “a Análise Econômica do Direito sofreu grande resistência no Brasil, seja pela falta de compreensão sobre seus conceitos-chaves, seja pela ideia equivocada de que apenas nos países da *common law* essa ciência poderia ser adotada, ou mesmo pela turva concepção de que as decisões judiciais não deveriam levar em consideração fatores econômicos”. (FUX, Rodrigo. Os influxos da Análise Econômica do Direito no Código de Processo Civil de 2015, [Online]. *Revista de Processo*, v. 308, ano 2020, out. 2020. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017e281929bf8acca7a8&docguid=I82415730e0c911eabe8a892769cf5328&hitguid=I82415730e0c911eabe8a892769cf5328&spos=1&epos=1&td=2&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01 nov. 2021).

utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito³¹⁴.

No Brasil, o tema tem como gênese a obra “A ordem jurídica e a economia”, de Clóvis do Couto e Silva, em 1982. Embora existam outras obras publicadas nos anos posteriores, Thiago Cardoso Araújo³¹⁵ aponta que no ano de 2005 foi publicada a coletânea “Direito e Economia”, por Luciano Timm e, no mesmo ano, surgiu o Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul. Thiago Cardoso Araújo apresenta ainda que a temática foi, paulatinamente, adentrando a alguns cursos de graduação e pós-graduação, mesmo que lenta.

Ocorre que há muito a ser desenvolvido. Erik Navarro Wolkart³¹⁶ aponta que os programas acadêmicos que contêm a Análise Econômica do Direito em suas grades curriculares não formam maioria proporcionalmente ao total de cursos de direito no Brasil, no entanto, várias instituições já contemplam o tema em suas cadeiras, seja como optativa, seja na pós-graduação.

A matéria vem tomando uma importância ainda maior após a determinação do Conselho Nacional de Justiça, que nos autos da Resolução nº 423/2021³¹⁷, determinou a inclusão da referida disciplina nos concursos para magistratura, o que comprova a relevância do tema e a sua ampliação na prática jurídica.

³¹⁴ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Notas sobre a Análise Econômica do Direito e Epistemologia do Direito. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2662.pdf. Acesso em: 01 jan. 2021.

³¹⁵ Ao tratar da história da Análise Econômica do Direito no Brasil, Thiago Cardoso Araújo apresenta a tradução e a publicação das obras de Frank H. Stephen (Teoria Econômica do Direito) e Cento Veljanovski (A economia do direito e da lei: uma introdução), respectivamente, nos anos de 1993 e 1994 como obras que semearam o contexto da análise econômica no Brasil. O autor afirma que as iniciativas ainda foram sem coordenação, de forma que não poderia se falar em um movimento. Outra obra de renome sobre o assunto foi produzida por Guiomar T. Estrella Faria, em 1994, denominada “Interpretação Econômica do Direito”, na qual foi explicitada a preocupação sobre a denominação do fenômeno Análise Econômica do Direito. Isso porque a teoria da Análise Econômica do Direito, em princípio, aproximou-se do Direito Concorrencial e do Direito Corporativo para, depois, expandir-se a outros ramos do direito. Destaca-se, por fim, que, nas lições de Araújo, a primeira obra que, de fato, recepcionou e aplicou a AED e iniciou o movimento de Direito e Economia no Brasil ocorreu com o estudo de Rachel Sztjan, na obra “Notas de Análise Econômica: contratos e responsabilidade civil”. (CARDOSO, Thiago Araújo. *Uma proposta moderna: uma visão da análise econômica do Direito à luz da teoria dos sistemas e possibilidades de sua aplicação*. 562 f. Tese [Doutorado em Direito] - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.bdt.uerj.br:8443/bitstream/1/9317/1/THIAGO%20ARAUJO%20FINAL.pdf>. Acesso em: 30 out. 2021).

³¹⁶ Para melhor aprofundamento da questão, conferir: WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 121-132.

³¹⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 423, de 5 de outubro de 2021*. Altera a Resolução CNJ no 75/2009, que dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4147>. Acesso em: 30 dez. 2021.

Diante do exposto, deve-se responder à seguinte questão neste tópico para o desenvolvimento das ideias deste trabalho: qual a importância da inserção da chamada “AED” no estudo do direito brasileiro³¹⁸? A resposta reclama uma análise ampla e, embora não seja possível esgotar o tema nesse momento, o fato é que, nesta pesquisa, alguns conceitos econômicos são essenciais e formam base para análise do comportamento litigante habitual no processo civil brasileiro por representar verdadeiro óbice ao tratamento dos conflitos na sociedade e à eficiência do sistema de justiça, bem como trazer custos adicionais ao sistema jurídico.

Consoante apresentado anteriormente no Capítulo 2, dada a amplitude de integrantes dos chamados “grandes litigantes”, foi realizado um corte metodológico, contemplando apenas o estudo da atuação dos planos de saúde nessa qualidade de litigante de massa.

Nesse ponto, uma das vertentes sobre a qual a economia se funda é a eficiência, que já vem sendo objeto de preocupação no ordenamento desde 1998 com a inserção da Emenda Constitucional nº 19, de modo que o olhar da microeconomia é fundamental na gestão da litigância, com um exame das ações dos litigantes que contribuem para o nascimento e a perpetuação de ações judiciais.

De uma forma geral, é da natureza humana buscar por soluções rápidas para auxiliar nas suas atividades, a baixo custo para melhor aproveitamento de seu tempo³¹⁹. Não seria diferente no âmbito da solução dos seus conflitos de interesses.

³¹⁸ Importante trazer os ensinamentos de Luciano Benetti Timm a respeito da conceituação de Análise Econômica do Direito: “Primeiro ponto, então, é o de esclarecer o que não é a Análise Econômica do Direito (AED). Ela não significa Direito Econômico, sendo esse último um ramo do Direito que disciplina o funcionamento dos mercados (com maior ou menor eficiência e eficácia) e aquela um método de estudo. Segundo esclarecimento, a AED é transdisciplinar e envolve conhecimentos de Direito e de Economia, não apenas de Economia. O pressuposto é o de que se Direito é tão humano e tão antigo quanto a Economia, é porque faz sentido social a sua existência e deve ser levado a sério. Ele não é a lei como querem alguns economistas, ele é uma experiência social, antropológica que engloba regulamentos, atos normativos, práticas sociais repetitivas, princípios, teoria e decisões judiciais (ou arbitrais). Nesse sentido, pode-se então afirmar que o Direito e Economia ou (a AED) é um método de análise do Direito. Ela se vale de ferramentas da Ciência Econômica – fundamentalmente, mas não apenas, da Microeconomia – para explicar o Direito e resolver problemas jurídicos. Ou mais especificamente, para descrever o comportamento dos tomadores de decisão frente a dilemas jurídicos, bem como para proposição de uma regulação ou mesmo de interpretação de um princípio em um determinado caso.” (TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica do direito: o que é e o que não é? *Revista de Análise Econômica do Direito*, vol. 1, ano 2021. São Paulo: Ed. RT, abr. jan.-jun. 2021, [Online]. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017e17d362c11289fdae&docguid=I0351edc0c03611ebb0f2c592d7f3bb45&hitguid=I0351edc0c03611ebb0f2c592d7f3bb45&spos=1&epos=1&td=25&context=20&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 nov. 2021).

³¹⁹ Nossos antecedentes históricos nos primórdios da humanidade demonstram que o ser humano, desde a época mais primitiva, buscou uma vida mais fácil, tal como ocorreu na chamada “Revolução Agrícola”, no qual o Homo Sapiens criou populações que permitiu a sedentarização de certas camadas. Para melhor aprofundamento do assunto, conferir: HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 1.ed. Porto Alegre: L&PM, 2015.

O fato de as partes terem mecanismos para anteverem a forma mais econômica para solucionar os seus litígios, sob a perspectiva de custo baixo para uma rápida solução de suas controvérsias, tem clara relação com o sistema de justiça brasileiro, notadamente em um momento de escassez de bens e recursos públicos que o Estado vem sofrendo em todas as suas esferas de poder.

O estudo desse impacto tem relevância não só na forma da gestão de custos, mas também no desenvolvimento do país, em virtude de se existir um Poder Judiciário incapaz de dar respostas aos conflitos sociais, o que gera uma espiral que nunca tem fim e deixa a sociedade estagnada, com um poder cada vez mais deteriorado.

Litigar é custoso e causa impactos não apenas financeiros, mas também psicológicos e emocionais, em especial quando se trata de tempo de tramitação dos feitos, que podem demorar anos para a solução de uma controvérsia, a depender da matéria e da complexidade da causa.³²⁰ Em vista da carência de recursos do Poder Judiciário, relevante é a análise da tomada de decisão das pessoas, seja para resolução dos conflitos, seja para a permanência nele.

Sob o prisma da economia, deve-se analisar a atuação dos agentes econômicos em um ambiente de recursos escassos e como o sistema de justiça atua como uma estrutura de incentivos para a perpetuação da litigância habitual, o que impacta na eficiência e, via de consequência, na maximização de riquezas.

Assim, essas são as balizas sobre as quais o presente trabalho se estruturará a partir de agora, para se chegar ao enfoque do problema específico dos planos de saúde.

3.3 A IMPORTÂNCIA DAS MATRIZES TEÓRICAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA IDENTIFICAÇÃO DOS PROBLEMAS DA LITIGÂNCIA HABITUAL

O estudo da Análise Econômica do Direito perpassa por cinco conceitos centrais, provenientes da economia, que serão fundamentais para o estudo da litigância habitual e para toda a construção deste trabalho: escassez, escolha racional, equilíbrio, incentivos e eficiência.

³²⁰ No relatório “Justiça em números” do Conselho Nacional de Justiça, tem-se que, em relação ao tempo médio de tramitação, as “as maiores faixas de duração estão concentradas no tempo do processo pendente, em específico na fase de execução da Justiça Federal (8 anos e 6 meses) e da Justiça Estadual (5 anos e 9 meses). As execuções penais foram excluídas do cômputo, uma vez que os processos desse tipo são mantidos no acervo até que as penas sejam cumpridas”. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022: ano-base 2021*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022). Não obstante a relevância desses números, não raro se observa na praxe forense um tempo ainda maior de tramitação, de forma que muitos casos demoram mais de dez anos para se obter o seu desfecho, desconsiderada a fase executiva.

Em primeiro lugar, deve-se esclarecer que, a todo momento, a vida em sociedade impõe que os sujeitos façam escolhas: esse conflito entre se escolher uma opção em detrimento da outra, examinando-se os custos e os benefícios, é chamado na economia de “trade-off”³²¹. As pessoas realizam essa atividade diariamente: escolhem ir ao trabalho de carro ou pedem um motorista de aplicativo para o deslocamento; optam por dormir em vez de acordar cedo para ir à academia; resolvem seus conflitos no diálogo, em vez de ingressar judicialmente, etc.

O conceito de economia trazido no tópico 3.1 reflete a ideia de que é necessário equilibrar os bens de produção e consumo com as exigências de todas as pessoas que o demandam, ou seja, não se vive em um mundo onde os recursos são infinitos, devendo haver soluções para equacionar sua alocação na sociedade.

No âmbito do direito, em especial na litigância no Poder Judiciário – tema desta pesquisa –, a noção de escassez é fundamental para se analisar o tratamento da litigiosidade em um ambiente de orçamento público reduzido, que impacta no congestionamento da atividade jurisdicional.

Como consequência, a escassez exige que tanto o Poder Público quanto as pessoas em conflito façam escolhas para alcançar os maiores benefícios aos menores custos, adentrando-se, assim, à ideia de escolha racional.

Nesses termos, em um contexto de redução de recursos e problemas orçamentários no Poder Judiciário, os estudos estão cada vez mais voltados à redução do congestionamento e da morosidade do sistema de justiça, que impedem que este trate adequadamente os conflitos, não sendo uma porta efetiva para a solução do problema da litigiosidade no contexto social e, ainda, representa um custeio em demasia para o Estado.

A ideia, pois, é aproveitar o máximo da riqueza³²² – os valores orçamentários disponíveis – em menor tempo (tramitação processual célere) e com a maior eficiência possível (tutela justa e adequada). Eis a junção entre os conceitos jurídico e econômico.

Ao lado dessa construção, ressalta-se a utilidade esperada, teoria segundo a qual quanto mais se tem de um produto, menor a utilidade para o usuário, assim, o agente comportar-se-á de forma a analisar as suas preferências a partir do que lhe seja útil, de forma a maximizar a sua riqueza. Para tanto, o indivíduo parte de uma racionalidade e esse processo de escolha é

³²¹ KRUGMAN, Paul. *Microeconomia*. São Paulo: Grupo GEN, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595155992/>. Acesso em: 04 set. 2021. [Livro Digital]

³²² No sentido apenas financeiro, sem insinuações de que o Poder Judiciário seria “rico”, na linguagem popular

examinado pela teoria da escolha racional: o modelo segundo o qual o sujeito sempre escolherá a opção que melhor lhe satisfaça e lhe traga maior bem-estar.^{323_324}

Outro ponto extraído das lições da análise econômica do direito perpassa pela chamada “tragédia dos comuns”, que tem Garrett Hardin como grande nome sobre o assunto³²⁵. Hardin trouxe uma parábola de criadores de gado³²⁶ para demonstrar que, em um cenário de escassez, os indivíduos, individualmente considerados, utilizam todos os recursos disponíveis até a exaustão, ocasionando um cenário de esgotamento (tragédia).³²⁷

Trazendo a história acima para o âmbito da justiça, a sua tragédia surge a partir do momento em que, em um contexto de amplo acesso à justiça, visualizado naquela visão ultrapassada de que seria sinônimo de acesso ao Poder Judiciário, este continua sendo utilizado

³²³ COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Derecho y economia*. Traducción por Eduardo L. Suárez. 6ª ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016. p. IX [Livro Digital].

³²⁴ Para ilustrar a questão, importante trazer os ensinamentos de Ronaldo Vasconcelos e César Augusto Martins Canaúba: “[...] Assumindo que esse particular que tem um conflito intersubjetivo é um sujeito racional, ele escolherá a oferta de menor preço, o que corresponde aos menores custos de transação incorridos para a resolução da disputa. Ao assumir, também que o mercado da jurisdição deve ser competitivo - porque, independente do meio escolhido, a prestação jurisdicional (estadual ou privada, adjudicatória ou consensual) deverá ser tão adequada quanto possível - surge a conclusão de que qualquer dessas [sic] meios de solução de conflitos, dessas ofertas, buscarão todas as formas de reduzir seus custos de transação e oferecer, em razão disso, a tutela jurisdicional mais adequada e eficiente possível para o caso em apreço”. (VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Custos de transação do processo e Online Dispute Resolution: um sistema multiportas 4.0 economicamente eficiente. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovano dos Santos. *Direito processo e tecnologia*. 1 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 621).

³²⁵ O tema foi notabilizado por Hardin por meio da obra “The Tragedy of the Commons”, em 1968, no entanto, o autor não foi o pioneiro na temática, que foi abordada anteriormente por William Forster Lloyd, em 1833, H. Scott Gordon, em 1954, e Anthony Scott, em 1955.

³²⁶ Trata-se de uma cidade medieval, cuja atividade principal consistia na criação de gados criados em um grande campo denominado “Town Common”. O tamanho do pasto era suficiente para que todos os gados pudessem se alimentar, no entanto, com o aumento da cidade, mais gados foram inseridos no local, de forma que o terreno se tornou escasso e insuficiente para todos os animais se alimentarem. Diante desse cenário e ausentes incentivos para racionalizar o uso da pastagem, o campo se esgotou e “Town Down” passou a ser inútil e inabitável para todos os gados lá pastarem. (HARDIN, Garrett. The tragedy of the Commons. *Science*, v. 162, n. 3.859, dec. 1968. Disponível em: <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243>. Acesso em: 01 nov. 2021).

³²⁷ Explicitando com precisão as ideias de Garrett Hardin, Luciano Benetti Timm, Manoel Gustavo Neubarth Trindade e Rafael Bicca Machado assim lecionam: “No estudo, refere que a decisão do criador de colocar mais um animal no campo passa pela ponderação (relação custo x benefício) entre internalizar os aspectos positivos e externalizar os aspectos negativos, pelo que, a conclusão é, portanto, que todos os criadores de gado, individualmente considerados, possuem incentivos racionais para utilizarem ao máximo os recursos disponíveis e, assim, estar-se-á diante de um cenário com forte tendência à exaustão dos recursos”. (TIMM, Luciano Benetti; NEUBARTH, Manoel Gustavo; MACHADO, Rafael Bicca. O problema da morosidade e do congestionamento judicial no âmbito do processo civil brasileiro: uma abordagem de law and economics. *Revista de Processo*. vol. 290, ano 2019. São Paulo: Ed. RT, abr. 2019, [Online]. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017e17d362c11289fdae&docguid=I63bc87f04f8711e9831d010000000000&hitguid=I63bc87f04f8711e9831d010000000000&spos=20&epos=20&td=25&context=20&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 nov. 2021).

em larga escala, mesmo em um contexto de escassez de recursos públicos, o que representa a verdadeira tragédia por não conseguir atender satisfatoriamente a todos em prazo razoável.³²⁸

Mostra-se necessária, portanto, a criação de incentivos (ou desincentivos?) para que, ao contrário do que ocorreu na parábola de Hartin, o Poder Judiciário não seja uma estrutura que facilite o comportamento dos litigantes habituais. As ideias expostas no Capítulo 1 indicam que essa modalidade de litigante se utiliza de uma estrutura para perpetuar sua conduta, de forma que é essencial identificar formas de se combater essas estratégias que contribuem para a tragédia da justiça.

Nesse sentido, sob a perspectiva da análise econômica do direito, as normas jurídicas e a estrutura jurisdicional compõem um arranjo de incentivos que podem refletir no comportamento das pessoas na tomada de decisões sobre permanecer na litigância, configurando, por vezes, um abuso do direito de acesso à justiça que reflete na eficiência do Poder Judiciário. A eficiência das decisões tomadas no sistema jurídico, por conseguinte, reverbera na melhor ou na pior alocação dos recursos que lhes são disponíveis.

Isso posto, ao se deparar com mais de uma opção de atuação ou de escolha, o litigante habitual, inevitavelmente, leva em consideração a relação custo-benefício entre as alternativas possíveis, elegendo a melhor que atenda aos seus interesses, devendo ser examinado se permanecer nessa qualidade é mais rentável economicamente para todo o sistema de justiça.

Em primeiro momento, em um enfoque apenas do plano de saúde como litigante habitual, parece ser mais vantajoso permanecer nessa configuração, levando em consideração fatores como a estrutura judicial que permite a interposição de numerosos recursos para afastar o cumprimento da decisão judicial, a morosidade do Poder Judiciário, a ausência de uniformização das decisões judiciais e a ausência de sanções para esse comportamento. No entanto, referida questão será melhor estudada nos tópicos subsequentes.

³²⁸ Sem abordar com profundidade o tema, pois a estrutura do trabalho não permite, a doutrina da análise econômica do direito reconhece que, na Hardin traz o conceito de bens comuns, como aqueles que permitem o acesso de todos, mas seus recursos diminuem à medida que a pessoa vai usando e a utilização excessiva ocasiona um cenário de esgotamento. Já se concebe, nesse sentir, que, partindo dessa análise, o Poder Judiciário é um bem comum. Conferir: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set.-dez. 2014, [Online]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46462/44453#:~:text=A%20partir%20do%20reconhecimento%20de,dos%20servi%C3%A7os%2C%20s%C3%A3o%20caracter%C3%ADsticas%20do>. Acesso em: 03 out. 2021.

3.4 O PONTO DE PARTIDA: A TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

Como foi visto anteriormente, a economia estuda, basicamente, a forma como o indivíduo realiza determinadas escolhas em um ambiente de recursos escassos e as teorias econômicas clássicas que surgiram em torno dessa perspectiva presumem que “o comportamento humano é previsivelmente racional nas respostas às situações que se apresentam”³²⁹.

Na abordagem tradicional da economia, o sujeito racional sempre buscará a melhor alternativa entre as opções que lhe são dadas, ponderando os seus custos e benefícios para escolher a que oferecerá o maior bem estar, guiado por uma ótica racional³³⁰.

Surge, portanto, o modelo da escolha racional, fulcrado justamente na abordagem em que o ser humano tende a fazer determinada opção que melhor satisfaça os seus anseios, a fim de maximizar os seus ganhos e minimizar suas perdas e, sob a perspectiva econômica, o comportamento do agente é previsível³³¹, pois ele sempre fará a melhor opção possível, fulcrado no senso de melhoria dos seus próprios resultados.

Sintetizando a ideia, eis as palavras de Richard Posner: “se me pedirem para escolher entre 2 e 3, eu preferirei 3. Mas e se eu tiver outra oportunidade que valha 4? Então eu preferirei esta, pois prefiro mais a menos”³³².

Bianca Bez aponta que o conceito de racionalidade está associado às seguintes premissas: “(i) de maximização dos ganhos ou dos interesses; (ii) de que as informações relevantes para a tomada de decisão são conhecidas; (iii) de que as preferências são completas, transitivas e estáveis; (iv) de minimização dos custos; e (v) a partir de um individualismo metodológico”³³³.

No entanto, importante é a advertência de Bruno Meyerhof Salama, o qual sustenta que a ideia de racionalidade não necessariamente leva a um cálculo exato de custos de benefícios,

³²⁹ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Economia Comportamental. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 75.

³³⁰ NICOLAÍ, André. *Comportamento Econômico e Estruturas Sociais*. Traduzido por Oracy Nogueira. São Paulo: Editora Nacional, Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 185.

³³¹ Conforme Bruno Meyerhof Salama: “A premissa metodológica de maximização racional pode ser útil porque o comportamento racional é em geral previsível, enquanto o comportamento irracional, em regra, é aleatório (ou seja, é randômico)”. (SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e Economia: textos escolhidos*. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502142411/>. Acesso em: 02 jul. 2022).

³³² POSNER, Richard. *Para além do direito*. Traduzido por Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 466.

³³³ BEZ, Bianca. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?* 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 39-40.

apesar de frequentemente ocorrer, como um advogado que age estrategicamente em um processo. Isso posto, a pesquisa em Direito e Economia vem afastando esse paradigma da “hiper-racionalidade” e a substituindo pela “racionalidade limitada”³³⁴ por reconhecer que os sujeitos nem sempre irão processar as informações de forma ótima, ou, muitas vezes, nem sequer terão acesso a todas as informações e passam a ser vistos como “intencionalmente racionais” ainda que limitados por aptidões cognitivas³³⁵.

Sem a intenção de se adentrar com profundidade em toda a construção realizada pela doutrina econômica – que daria um estudo à parte sobre o tema – para não fugir ao escopo do presente trabalho, as críticas³³⁶ ao modelo de escolha racional começaram por ter se constatado que “a racionalidade ilimitada do sujeito ou a própria maximização de escolhas, por vezes, não são verificadas na realidade fática”³³⁷ e o sujeito “não é neutro nem suficientemente racional para conseguir se isolar de todo o contexto que o envolve ao tomar as decisões”³³⁸.

De toda forma, as ideias trazidas pela teoria da escolha racional são relevantes por indicarem que, a todo o tempo, o indivíduo está fazendo escolhas e esse processo de constantes tomadas de decisão faz parte da racionalidade humana, de forma que a tendência é escolher o que melhor maximize seus ganhos ou interesses.

No âmbito do processo judicial, esse modelo é crucial por justificar os motivos pelos quais os sujeitos escolhem litigar ou permanecer na litigância. As ideias, portanto, serão aprofundadas ao longo do presente trabalho para se examinar a racionalidade do litigante que

³³⁴ A racionalidade limitada também é chamada de “bounded rationality”, modelo proposto por Herbert Simon, que segundo Tatiana Massasoli Melo e José Ricardo Fucidji, “foi construído a partir da premissa de dinâmica do sistema econômico, em que não apenas as ações dos agentes econômicos mudam ao longo do tempo, mas também o próprio ambiente em que atuam. Dessa forma, a capacidade de predição dos eventos futuros torna-se impossível, em virtude da incerteza sobre as condições futuras do ambiente. Além da incerteza quanto à probabilidade de ocorrência de eventos futuros, o argumento de racionalidade limitada assume também que os agentes não possuem capacidade de obter e processar todas as informações relevantes para a tomada de decisão, tendo em vista a complexidade do sistema em que estão inseridos. Portanto, racionalidade limitada não está apenas relacionada à incerteza estrutural, pois mesmo considerando uma situação hipotética de perfeita informação, a limitação dos agentes para processar este conjunto de informações inviabiliza a busca de resultados maximizadores.”. (MELO, Tatiana Massaroli; FUCIDJI, José Ricardo. Racionalidade limitada e a tomada de decisão em sistemas complexos. *Revista de Economia Política*, v. 36, n. 3 (144), jul-set/2016. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/178247/S0101-31572016000300622.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 jun. 2022).

³³⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e Economia: textos escolhidos*. 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502142411/>. Acesso em: 02 jul. 2022.

³³⁶ As críticas a esse modelo fizeram com que surgissem novos enfoques da economia, dentre os quais se destaca a economia comportamental (behavioral law and economics), que será melhor explorada no tópico 3.7 deste capítulo.

³³⁷ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Economia Comportamental. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 79.

³³⁸ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Economia Comportamental. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 79.

pondera os riscos e benefícios em uma demanda judicial, visando obter a máxima efetividade nas suas ações.

Nesse sentido, não obstante fatores comportamentais influenciarem na escolha de litigar, como será visto posteriormente, também é necessário examinar a racionalidade maximizadora dos agentes em permanecer na categoria da litigância habitual, pois, ao priorizarem suas preferências de ganhos individuais, impactam todo o sistema de justiça.

3.5 OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E O PODER JUDICIÁRIO EM RONALD COASE

Uma das ideias de destaque para o estudo da litigância é o estudo por Ronald Coase, integrante da chamada “Escola de Chicago” e um dos pais da Análise Econômica do Direito Moderna a partir do livro “The problem of the social cost”, conforme já mencionado no item 3.1 do presente escrito³³⁹.

A construção realizada pelo autor parte dos chamados “custos de transação”, definidos por Douglas W. Allen como os custos de estabelecer e manter os direitos de propriedade³⁴⁰, ou seja, o dispêndio para manutenção da atividade ou captação de recursos, como os relacionados à celebração de contrato, ao acesso à informação, a pesquisas de mercado, entre outros, que são externos à relação negocial em si.

Robert Cooter e Thomas Ulen definem que os custos de transação são custos de trocas ou do comércio e uma transação comercial possui, em geral, três variáveis: o tempo gasto em seu trabalho, os serviços realizados e o resultado da disputa³⁴¹.

Em uma negociação, várias são as etapas pelas quais os envolvidos passam para tentar solucionar o problema, por exemplo: (i) criar um canal de diálogo; (ii) ter profissionais para auxiliar nesse processo, como um advogado; (iii) revelar suas informações privadas a fim de se chegar a um denominador comum para geração de opções e identificação dos interesses mútuos;

³³⁹ Durante as pesquisas realizadas para o presente trabalho, identificou-se que as ideias de Ronald Coase são muito utilizadas pela doutrina na análise econômica dos direitos de propriedade, pois o próprio autor faz menção em seu texto a “property rights”, notadamente quando traz que os direitos de propriedade são fundamentais para uma barganha, diante das externalidades. No entanto, esclareça-se que a construção de sua teoria vai muito além dos direitos de propriedade, no sentido dos direitos reais visualizados no direito brasileiro, razão pela qual foi possível aplica-las ao estudo do sistema de justiça e da análise da litigância.

³⁴⁰ Segundo o autor: “Transaction costs are the resources used to establish and maintain property rights. They include the resources used to protect and capture property rights, plus any deadweight costs that results from any potential or real protecting and capturing”. Em tradução livre: “Os custos de transação são os recursos usados para estabelecer e manter os direitos de propriedade. Eles incluem os recursos usados para proteger e capturar direitos de propriedade, além de quaisquer custos de peso morto que resultem de qualquer proteção e captura potencial ou real”. (ALLEN, Douglas W. What are transaction costs? Research in Law and Economics, n. 14, 1991, p. 3).

³⁴¹ COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. 1 ed. Traduzido para espanhol por Eduardo L. Suárez. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2016. [Livro Digital].

(iv) estabelecer uma ligação de confiança ou, ao menos, realizar investigações para confirmar se as informações passadas na negociação seriam fidedignas; (v) pensar em todas as opções de solução do problema; (vi) ter custos para fiscalizar ou impor o cumprimento do que fora negociado. Tudo isso pode ser denominado como custos de transação, que se divide em “ex ante” e “ex post”.

Os “ex ante” são os custos de elaboração e negociação e os custos “ex post” são o de manutenção de um acordo, os quais são importantes para análise global sobre quais gastos estão envolvidos em uma transação.

Nesse sentido, de acordo com a teoria de Ronald Coase, a negociação entre as partes será impossibilitada se o benefício a ser obtido com a barganha for inferior ao dispêndio envolvido na negociação, ocasião em que procurarão os tribunais para a solução dos problemas.

Os indivíduos, portanto, podem resolver a disputa de forma privada, desde que possam negociar sem custos de outra natureza, que não os custos privados. Assim, se estes não intervierem na negociação, entende-se que os custos de transação são nulos e, nesse cenário, considerando que os direitos sejam bem definidos, o mercado poderá resolver essas disputas sem qualquer necessidade de intervenção estatal. Nesse caso, o único papel do Estado seria de assegurar que os direitos estejam bem definidos e que a livre negociação ocorra sem óbices³⁴².

Por outro lado, se os custos de transação forem elevados, cabe ao Estado intervir para que haja a alocação eficiente dos direitos.

A ideia de Ronald Coase, em verdade, caminha no sentido de que todas as instituições possuem custos de transação e impactam no comportamento dos agentes, ou seja, a existência desses custos permite visualizar como as regras do jogo impostas aos indivíduos influenciam suas escolhas e, via de consequência, impactam o cenário econômico³⁴³.

A construção a partir da obra do referido professor, denominada “Teorema de Coase”³⁴⁴, foi expressa da seguinte forma: “sob concorrência perfeita, os custos sociais e privados são iguais”. Trata-se de um necessário ponto de partida para se analisar os conflitos sociais pela

³⁴² PEÑALOSA, Rodrigo. *Externalidades e o Teorema de Coase*. Disponível em <https://medium.com/@milesmithrae/externalidades-e-o-teorema-de-coase-rodri-go-pe%C3%B1aloza-dez-2015-6ebb29f90120>. Acesso em 07 de dez. 2021.

³⁴³ ROMEIRO, Diogo Lisboa. *Análise econômica do direito e das organizações e estudo de caso: custos de transação e contratos incompletos*. 2009. 41f. Monografia (Graduação). Curso de Economia, Departamento de Economia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/Diogo_Lisbona_Romeiro.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.

³⁴⁴ Conforme exposto no item 3.1, as ideias de Ronald Coase foram resumidas ao chamado “Teorema de Coase”, na obra escrita por George Joseph Stigler.

perspectiva econômica, porém, a maior crítica dessa teoria se concentra na dificuldade de haver um cenário de custos de transação igual a zero³⁴⁵.

Apesar de ser relevante, o Teorema de Coase só funciona quando os custos de transação forem igual a zero em uma transação econômica com externalidades³⁴⁶ e, conforme leciona Vinicius Klein, essa ideia “pressupõe uma situação de informação perfeita e acessível sem custos para as partes; um direito de propriedade completo e bem definido, que não permita apropriações por terceiros e corresponda a toda extensão do bem; racionalidade perfeita ou substantiva”³⁴⁷, ou seja, um modelo bem abstrato em que a racionalidade é máxima e a informação é ilimitada para ambas as partes.

Hipoteticamente, se o direito for bem delimitado, as partes em negociação agem em interesse mútuo e delimitam as suas necessidades seguindo as lógicas de mercado, o que seria benéfico ao sistema de justiça, pois garantiria a satisfação para ambas sem que incorressem em um processo judicial.

No entanto, aplicando-se a teoria ao caso brasileiro, vê-se que o ordenamento ainda está longe de ser delimitado e carrega uma carga valorativa muito peculiar decorrente de seus princípios constitucionais³⁴⁸, possibilitando várias interpretações sobre o mesmo caso, o que impede de se estabelecerem direitos certos e determinados. O sistema de precedentes talvez seja um bom caminho para se começar a resolver a questão, mas o fato é que, quanto maior a incerteza sobre o direito, maior a tendência à litigância³⁴⁹.

³⁴⁵ O próprio Ronald Coase se manifestou sobre essa questão: “Não faria sentido gastar muito tempo investigando as propriedades de um mundo como esse [sem custos de transação]. O que o meu argumento sugere é a necessidade de introduzir explicitamente custos de transação positivos na análise econômica para que possamos estudar o mundo que existe. Esse não foi o efeito do meu artigo. A extensa discussão nas revistas tem se concentrado quase que inteiramente no ‘Teorema de Coase’ como uma proposição a respeito de um mundo com custos de transação zero”. (COASE, Ronald. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago University Press, 1988, p. 15 *apud* PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 154 – 155).

³⁴⁶ Segundo Robert S. Pindyck e Daniel L. Rubinfeld, externalidade ocorre quando “alguma atividade de produção ou de consumo possui um efeito indireto sobre outras atividades de consumo ou de produção, que não se reflete diretamente nos preços de mercado”. (PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. Traduzido por Thelma Prado Eleutério. 6 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 524) Em outros termos, pode-se entender a externalidade como uma ação privada que possui efeitos colaterais que afetam outras pessoas, não imediatamente envolvido na transação. As externalidades podem ser positivas ou negativas, sempre de maneira não intencional. A título exemplificativo, tem-se uma siderúrgica que se instala em uma região: há uma geração de externalidade positiva em razão da transferência de novas tecnologias para o local, porém, a poluição seria uma externalidade negativa. As externalidades são falhas de mercado porque, nesse processo, a pessoa que toma decisão não leva em consideração o custo ou o benefício que gera para outras pessoas.

³⁴⁷ KLEIN, Vinicius. Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 68.

³⁴⁸ Esclareça-se que não se trata de crítica aos princípios constitucionais os quais são fundamentais para oxigenação do sistema jurídico, mas apenas uma constatação de que podem gerar numerosos entendimentos sobre o mesmo assunto, a depender da extensão de aplicação no caso concreto.

³⁴⁹ Sobre a questão, importantes as lições de Luiz Fux e Bruno Bodart: “A incerteza jurisprudencial impede que as partes possam prever adequadamente o resultado de uma demanda em juízo, dificultando que cheguem a

A temática dos custos de transação ainda traz consigo a ideia das externalidades, que impactam o exercício do direito negativa ou positivamente. O nível de eficiência social deve ser visualizado a partir das externalidades negativas, ou seja, os custos sociais³⁵⁰ não podem ser maiores do que o proveito obtido pela sociedade em uma transação, sob pena de não ser possível internalizá-los.

Registre-se que a atuação do Poder Judiciário pode ser uma externalidade negativa que dificulta o cumprimento dos contratos. Conforme leciona Victor Guedes Trigueiro, se a indenização é improvável ou ocorre “em um espaço temporal dilatado, o agente pode adotar medidas economicamente mais rentáveis do seu ponto de vista exclusivo, protelando o cumprimento da sua parte no negócio jurídico entabulado”³⁵¹.

Assim, a ineficiência do Poder Judiciário aumenta os custos de transação em razão de muitos atores se utilizarem da morosidade para protelar o cumprimento de suas obrigações, ainda que saibam que o direito não lhes socorre naquela ocasião.

Com efeito, o cenário de lentidão dos processos judiciais, com pouca aplicação de punição pelas manobras procrastinatórias dos litigantes e com alto número de processos, pode influenciar nos custos de transação por trazer insegurança jurídica e, sem os direitos bem delimitados, o caminho processual obscuro pode facilitar o descumprimento de contratos.

A partir dessas ideias, no âmbito do processo judicial, há duas maneiras, portanto, de se examinar os custos decorrentes de um conflito e na alocação dos recursos, conforme leciona Wilson Pimentel: “uma, com a preocupação, ex ante, de criar incentivos corretos para que as partes se comportem, no futuro, da melhor maneira possível a fim de evitar desperdícios; e

conclusões semelhantes sobre o custo-benefício do processo judicial e também sobre o âmbito dentro do qual os termos do acordo podem variar sem deixar de gerar proveito para todos os envolvidos. Em suma, é bastante provável que o demandismo e a ‘cultura de litigância’ tão propalados sejam, em parte, um reflexo do descompromisso com a estabilidade da jurisprudência” (FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito, *Revista de Processo*, São Paulo, v. 269, pp. 421-432, jul./2017).

³⁵⁰ Para a teoria econômica, os custos sociais são os custos privados, ou seja, aqueles gastos de produção de bens ou serviços, somados às externalidades, custos decorrentes do impacto desse processo produtivo na sociedade. O plano de saúde, por exemplo, ao fazer campanhas de prevenção a doenças e elaborar um plano de atendimento prévio aos usuários para evitar determinadas doenças³⁵⁰, possuirá o custo privado da prestação desse serviço e, aliado a esse gasto, poderá gerar externalidade positiva com um impacto de mudança de estilo de vida. Se, por outro lado, houver redução de custos no oferecimento de determinado serviço médico ou uma prestação deficitária, certamente isso gerará uma externalidade negativa para a sociedade – ou ao menos parte dela – e, via de consequência, também onerará o Poder Judiciário, ao abarcar demandas que discutam essa falta de medicamentos. Os custos sociais no Poder Judiciário serão melhor aprofundados no Capítulo 4.

³⁵¹ TRIGUEIRO, Victor Guedes. A ineficiência do Poder Judiciário como um fator de estímulo ao descumprimento dos contratos: reflexões à luz da análise econômica do direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil*, v. 12. Disponível em: <https://revistapgbcbcb.gov.br/revista/article/view/948/6>. Acesso em: 22 mai. 2022.

outra, um olhar ex post, focado na justiça da distribuição dos custos já incorridos pelas partes”³⁵².

Ressaltem-se, nesse ponto, as lições de Robert Cooter e Thomas Ulen sobre custos sociais, que correspondem à soma dos custos administrativos aos custos de erros na aplicação do direito. Os custos administrativos referem-se aos valores dispendidos pelo Estado para manutenção e funcionamento do Poder Judiciário, como gastos com pessoal – juízes, funcionários e auxiliares – e com a estrutura.

Os custos por erro judicial, que geram efeitos na sociedade, são atinentes à má aplicação do direito, como uma condenação errada, notadamente porque julgadores são humanos e passível de equívocos, o que deve ser levado em consideração. Segundo Robert Cooter e Thomas Ulen, o erro na aplicação do direito não só prejudica os interesses das partes, mas também se refletem nos incentivos relativos às demandas, impondo custos à sociedade^{353_354}.

Como aponta Luiz Henrique de Andrade Nassar, em verdade, o Teorema de Coase não é um modelo a ser replicado indistintamente a casos concretos, mas ganha relevância quando “utilizado como abstração que, além de auxiliar na compreensão da realidade, pode oferecer bons substratos para dirigir a conduta dos agentes públicos e privados”³⁵⁵.

De toda forma, a redução dos custos de transação melhoraria a negociação e o direito poderia ser responsável por essa diminuição ao criar regras para amplificar as negociações privadas, como já vem ocorrendo, de acordo com o Capítulo 1 do presente escrito³⁵⁶. Nesse sentido, importante destacar o chamado “Teorema Normativo de Coase” trazido por Robert Cooter e Thomas Ulen, segundo o qual a lei deve ser estruturada de modo que se eliminem os impedimentos a acordos privados³⁵⁷.

³⁵² PIMENTEL, Wilson. *Acesso responsável à justiça: o impacto dos custos na decisão de litigar*. 2017. 111f. Dissertação (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/21988>. Acesso em: 20 ago. 2022.

³⁵³ COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Derecho y economia*. Traducción por Eduardo L. Suárez. 6ª ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016. p. IX [Livro Digital].

³⁵⁴ Rememore-se que, no capítulo de análise econômica dos contratos de plano de saúde, identificou-se que esse tipo contratual possui externalidade difusa, visualizada quando o consumo médio da sociedade tem impacto direto no bem-estar de cada indivíduo. Assim, nos casos dos planos de saúde, conforme exposto no capítulo 2, dificilmente os envolvidos em um contrato terão todas as informações sobre as externalidades 2.4.3, o que diminuiria a possibilidade de reduzir os custos de transação e, conseqüentemente, dificultaria a negociação, gerando um dispêndio à sociedade.

³⁵⁵ NASSAR, Luiz Henrique de Andrade. *A aplicação das teorias de Cecil Pigou e Ronald Coase na análise das externalidades ambientais: um estudo sobre a logística reversa no estado do Paraná*. 2017. 124f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Curitiba, 2017.

³⁵⁶ A inserção de uma Justiça Multiportas possibilita um estímulo à solução privada, tal como exposto no item 1.2.

³⁵⁷ COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Derecho y economia*. Traducción por Eduardo L. Suárez. 6ª ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016. [Livro Digital].

Inspirados na ideia de Coase, os autores apontaram esse princípio como uma orientação prescritiva aos legisladores, indicando que é mais fácil negociar quando os direitos são simples e claros do que quando são complicados e incertos, o que mudaria a própria forma de atuação dos envolvidos em um contrato. Isso porque, sem margens de atuação e com um direito bem delimitado e estabelecido, as pessoas envolvidas em uma negociação não amargariam uma solução pela via jurisdicional e já conseguiriam, por si mesmas, buscar uma solução privada.

Apresentadas as ideias sobre os custos de transação e o papel do Poder Judiciário, outro ponto imprescindível na análise da litigância reside no papel da (in)eficiência dos sistemas de justiça e a forma como contribui para o comportamento da litigância habitual, o que será explorado no próximo tópico.

3.6 A EFICIÊNCIA COMO REGRA E O SEU TRATAMENTO NO DIREITO E NA ECONOMIA

A utilização dos conceitos da teoria microeconômica ao direito tem como um dos objetivos conferir racionalidade e eficiência na aplicação do ordenamento jurídico, analisando as repercussões da atividade jurisdicional no estabelecimento de normas individuais concretas ou como os sujeitos irão se comportar frente aos enunciados prescritivos elaborados pelo legislador.

Bruno Meyerhof Salama pontua que tanto o direito quanto a economia lidam com problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade e a dificuldade para linhas complementares entre um e outro acontece porque as metodologias de ambas se diferem: “enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica”³⁵⁸. Na visão do autor, essa turbulência no diálogo entre as duas ciências que tornou campo fértil para junção de ambas.

Considerando que a ciência econômica possui teorias e métodos empíricos que descrevem e preveem o comportamento humano a partir de determinados tipos de incentivos³⁵⁹, é desejável que o direito, nas palavras de Erik Navarro Wolkart, “aproprie-se dessas virtudes

³⁵⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?*. Cadernos Direito GV, v. 5, p. 4-58, 2008, [Online]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 mar. 2022.

³⁵⁹ COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Derecho y economia*. Traducción por Eduardo L. Suárez. 6ª ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016. [Livro Digital].

para buscar com mais eficiência os seus próprios objetivos”³⁶⁰, o que, inclusive, motivou as bases para a formação da teoria da análise econômica do direito.

Nesse sentido, a partir da concepção da norma jurídica como incentivo a determinados comportamentos, as sanções nela imputadas como custos e a oposição da eficiência das escolhas se revela um centro de preocupação do Direito³⁶¹, de modo que a abordagem da análise econômica do direito é útil para a descrição do fenômeno jurídico.

A ideia descritiva (ou positiva) da análise econômica do direito, como já visto nesse trabalho, ocupa-se do exame da eficiência das normas jurídicas em relação aos objetivos para as quais elas foram criadas, ou, ainda, busca desenhos mais eficientes para a sua concretização. O caráter normativo (ou prescritivo) da análise econômica do direito também se fulcra na eficiência, porém, no sentido de medir em que grau uma determinada norma é socialmente desejável³⁶².

Independentemente da vertente que se utilize, eficiência é critério balizador e está intimamente relacionado à maximização de riqueza e ao bem-estar social, pontos esses trabalhados na economia para aplicação do ordenamento jurídico. Isso porque a eficiência das escolhas tomadas no âmbito do direito tem reflexo direto na melhor ou na pior alocação de recursos disponíveis³⁶³.

Por certo, o exame apenas da eficiência daria um estudo à parte, assim, serão apenas traçados alguns parâmetros utilizados pelas duas matérias e os seus pontos em comum para análise da litigância no processo, especialmente em relação à forma como as regras jurídicas devem ser analisadas pela sua estrutura de incentivos e as consequências de como as pessoas alteram seu comportamento em resposta a esses incentivos.

A ineficiência que gera custos sociais se assimila à verdadeira ideia de injustiça. A eficiência, segundo Klaus Mathis, é sempre um dos preceitos da justiça e, por conseguinte, os conceitos se complementam³⁶⁴.

Conforme será estudado no tópico 3.6.1, Richard Posner trabalha com a chamada “maximização das riquezas” e, nesses termos, ao se deparar com mais uma opção de atuação

³⁶⁰ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 138.

³⁶¹ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 138.

³⁶² WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 138.

³⁶³ BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 29.

³⁶⁴ MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Translated by Deborah Shannon. Switzerland: Springer, 2009. p. 42-49. [Livro Digital].

em uma situação, o homem levará em consideração o custo-benefício envolvido para escolher entre uma opção ou outra. Assim, a eficiência das decisões tomadas no direito tem reflexo direto na alocação dos recursos disponíveis.

Nesses termos, a aferição desse tema é uma contínua avaliação de custos e benefícios, na qual se busca maximizar os benefícios e minimizar os custos envolvidos, conforme apontado pelo autor.

No âmbito puramente da economia, a questão possui um condão de analisar a tomada de decisão para maximização de ganhos, como no processo produtivo de um empresário, que busca a maior produtividade possível, dentro de menores custo e tempo disponíveis.

No direito, por outro lado, em especial no âmbito do Poder Público, a noção de eficiência foi uma preocupação e, desde 1998, foi inserida como princípio da administração pública por meio da Emenda Constitucional 19, mas que também se aproxima das ideais econômicas: o gestor público sempre deverá procurar a solução que atenda ao interesse público, prestando bons serviços de forma simples, célere, tempestiva, sem grande alocação de recursos.

Ivo Teixeira Gico Júnior e Henrique Arake lecionam que, do ponto de vista do Poder Judiciário, ser eficiente significa alcançar os fins a que ele se destina, ou seja, “prestar o serviço público adjudicatório e aplicar o direito ao caso concreto tal como previsto nas leis e na Constituição (princípio da legalidade) ao menor custo possível.”³⁶⁵

Assim, o julgador também é parte integrante dessa cadeia efficientista no âmbito da análise econômica do direito ao verificar os custos da decisão, examinando os benefícios e as consequências que pode trazer não só às partes, mas à sociedade como um todo, promovendo, portanto, uma distribuição eficiente dos recursos em litígio.

No exame da litigância habitual sob o prisma do acesso à justiça, relevante se mostra o exame desses critérios para se estabelecer em que medida a (in)eficiência do sistema de justiça favorece ou combate os “repeat-players” e como formular políticas públicas para combater esse sistema e melhorar a prestação jurisdicional.

³⁶⁵ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. Despacho Saneador e assimetria de informação. *Economic Analysis of Law Review*, v. 9, n. 3, set-dez, 2018, [Online]. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/8757>. Acesso em: 01 jun. 2022.

3.6.1 Aplicação prática da eficiência: os estudos De Pareto, Kaldor-Hicks e Richard Posner e suas implicações práticas no sistema de justiça

A partir da análise do conceito de eficiência no direito e na economia e o ponto de encontro entre as duas ciências, deve-se examinar se o contexto de ineficiência de um sistema de justiça contribui para o comportamento dos grandes litigantes e, para tanto, deve-se partir dos principais estudiosos da microeconomia.

O enfoque da chamada economia neoinstitucional³⁶⁶ traz pertinentes conceitos para análise e aplicação dos princípios econômicos ao Direito, com destaque para os escritos de Vilfredo Pareto, Kaldor-Hicks e Richard Posner³⁶⁷.

O estudo da eficiência econômica se inicia pela definição de Vilfredo Pareto, responsável pela ideia denominada "Melhoria de Pareto", que é a melhora da situação de um indivíduo sem piorar a situação de outro em uma circunstância de alocação de recursos.

Chega-se ao "Ótimo de Pareto" ou "Pareto Eficiente" quando se tem um estado mais eficiente possível, o ponto de equilíbrio, ou seja, quando não for mais possível realizar melhorias e todas as ações não melhoram a situação de uma pessoa sem prejudicar outras. Uma situação só será eficiente quando nenhum indivíduo puder melhorar sua situação sem fazer com que pelo menos um outro indivíduo piore a sua³⁶⁸.

A obra de Vilfredo Pareto trabalha apenas com o plano hipotético e se afasta dos valores socialmente estipulados de justo ou injusto, certo e errado e, como bem explica Bruno Salama não tem necessariamente um aspecto socialmente benéfico ou aceitável. Afinal, segundo o autor, "em tese a concentração de todos os recursos da sociedade em um único agente seria ótima no sentido de Pareto, porque qualquer realocação deixaria este único detentor de bens em uma situação pior"³⁶⁹.

³⁶⁶ A economia chamada "neoinstitucional", também conhecida como "Nova Teoria Institucional" é uma corrente estabelecida no século XX e examina e como as instituições de uma sociedade se formam por meio de complexos processos de negociação entre indivíduos e grupos de indivíduos, de modo a reduzir os custos de transação. Conferir: BUENO, Newton Paulo. Possíveis contribuições da Nova Economia Institucional à pesquisa em história econômica brasileira: uma releitura das três obras clássicas sobre o período colonial. *Revista Estudos Econômico*, v. 34, n. 4, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ee/a/HV3KNQLjcgJ4gPWf3XvfBzD/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 04 jul. 2022.

³⁶⁷ Há outros autores que também perpassam pela ideia de eficiência, a exemplo do próprio Ronald Coase, porém, os autores citados enfrentam especificamente o tema, razão pela qual foram escolhidos neste escrito.

³⁶⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?*. Cadernos Direito GV, v. 5, p. 4-58, 2008, [Online]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 mar. 2022.

³⁶⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?*. Cadernos Direito GV, v. 5, p. 4-58, 2008, [Online]. Disponível em:

A eficiência trazida por Vilfredo Pareto leva em consideração apenas o bem-estar individual e não se ocupa do bem-estar coletivo, além de a noção de bem-estar ser diferente em cada indivíduo. David D. Friedman aponta que o “problema com a abordagem de Pareto torna-se ainda mais grave quando adicionamos algumas centenas de milhões de pessoas. Em uma sociedade complexa, é pouco provável que uma mudança nas regras produza apenas benefícios e nenhum custo”³⁷⁰. Nesse sentido, o critério dificilmente é aplicado em razão de não piorar a situação de um dos indivíduos a partir de determinada intervenção.

No âmbito da ciência jurídica, o desenvolvimento deve estar acompanhado da eficiência, mas desde que proporcione bem-estar a uma coletividade. Diante dessa ideia individual e engessada de Pareto, buscou-se o critério complementar, que veio com Nicholas Kaldor e John Hicks, os quais trabalham com uma ideia de compensação, buscando superar a ideia proposta por Pareto.

Para Nicholas Kaldor e John Hicks, é eficiente uma alocação de recursos quando o aumento do bem-estar de uma parte resultar na redução do bem-estar de outra, desde que, hipoteticamente, haja uma compensação ao “perdedor”. Assim, ainda que prejudique terceiros, uma situação é eficiente quando maximiza a riqueza e este seja suficiente para compensar perdas individuais³⁷¹.

Ilustrando a ideia, Erickson Araújo Santana de Oliveira traz a seguinte hipótese: se a edição de uma nova lei beneficiar um determinado grupo (“ganhadores”) e, ao mesmo tempo, prejudicar outro (“perdedores”), pelo critério de Pareto, essa lei nunca poderia ser eficiente. Por outro lado, a partir das ideias de Kaldor-Hicks, eficiente seria a mudança se os “ganhadores” valorizassem mais os seus ganhos do que os “perdedores” valorizassem as suas perdas e surgisse a possibilidade de compensação dos ganhadores aos perdedores em uma alocação de bens, ainda que, efetivamente, não o façam.

<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%25202022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 mar. 2022.

³⁷⁰ FRIEDMAN, David D. *Law's order: what Economics has to do with Law and why it matters*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2000, p. 25. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/David-Friedman-Laws-Order.pdf>. Acesso em: 24 maio 2022.

³⁷¹ Conforme leciona Erickson Araújo Santana de Oliveira, o critério denominado “Kaldor-Hicks”, entretanto, não exige que, efetivamente, haja uma compensação aos “perdedores” e, caso ela exista, não se está diante do critério Kaldor-Hicks, mas sim do critério de Pareto, pois “uma vez que se a compensação houvesse, os perdedores não estariam em pior situação após a mudança na alocação de bens”. (OLIVEIRA, Erickson Araújo Santana de. *Eficiência e direito: o papel da maximização da riqueza na análise econômica do direito a partir a obra de Richard Posner*. 128 fl. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Recife, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/25947/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Erickson%20Ara%C3%BAjo%20Santana%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

O critério de Kaldor-Hicks, pois, “indica que uma mudança na alocação de bens é aceitável, desde que os benefícios aos ganhadores potencialmente excedam as desvantagens dos perdedores”³⁷².

Quando se editou a legislação que proibiu fumar em local público fechado, por exemplo, talvez a indústria de cigarro tenha reduzido suas vendas ou, ainda, bares podem ter perdidos alguns clientes habituais. Contudo, à população em geral houve um ganho para a saúde, especialmente em relação aos fumantes passivos, e a conscientização para uma mudança de estilo de vida³⁷³.

Pela ideia de Pareto, essa lei seria ineficiente, pois resultou uma perda a um grupo, no entanto, por Kaldor-Hicks, essa troca seria possível, pois haveria a possibilidade de compensação dos perdedores pelos ganhadores, ainda que hipoteticamente.

A construção de Kaldor-Hicks também não foi imune a críticas, especialmente em relação à alegada compensação, tais como a dificuldade de mensurá-la; a sua aceitação apenas no plano hipotético, o que poderia admitir situações injustas tidas como eficientes; a ausência de consenso entre ganhadores e perdedores, além de não poder ser identificado quem consentiria com essas perdas, entre outros³⁷⁴.

Diante dessa construção, relevante apontar as ideias de Richard Posner, considerado um dos pais da teoria da análise econômica do direito, que examinou tanto a obra de Pareto e de Kaldor-Hicks, mas, ao final, concluiu que ambos os critérios eram falhos no exame da eficiência e trabalhou com a ideia de eficiência como maximização da riqueza.

³⁷² OLIVEIRA, Erickson Araújo Santana de. *Eficiência e direito: o papel da maximização da riqueza na análise econômica do direito a partir a obra de Richard Posner*. 128 fl. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Recife, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/25947/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Erickson%20Ara%C3%BAjo%20Santana%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

³⁷³ A título exemplificativo, apenas para ilustrar a questão, mas sem um aprofundamento por não ser o escopo do trabalho, Em um estudo realizado pelo Instituto Nacional do Câncer (Inca), o número de fumantes no Brasil caiu pela metade no país graças às leis antifumo que entraram em vigor no país. Conferir: ELIAS, Vivian Carrer. Em 20 anos, leis antifumo reduziram o tabagismo no Brasil pela metade. *Revista Veja*, 6 nov. 2012. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/em-20-anos-leis-antifumo-reduziram-o-tabagismo-no-brasil-pela-metade/>. Acesso em: 01 fev. 2022.

³⁷⁴ MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Translated by Deborah Shannon. Switzerland: Springer, 2009. p. 42-49. [Livro Digital].

Uma decisão eficiente, na visão posneriana, é justa quando proporciona a riqueza de uma sociedade. O trabalho de Richard Posner sofreu modificações ao longo do tempo, podendo ser dividido por fases, como lecionam explica Klaus Mathis³⁷⁵ e Erik Navarro Wolkart^{376_377}.

Em um primeiro momento, utilizou a ideia de maximização da riqueza como sinônimo de eficiência e a trouxe como valor fundante do Direito, que seria subsumido às diretrizes econômicas, enraizado na ideia clássica do utilitarismo³⁷⁸. Assim, basicamente, os juízes deveriam se valer de princípios econômicos³⁷⁹ – especialmente a maximização de riqueza – para chegar a respostas jurídicas. Uma das críticas que mais se destaca nessa ideia reside no fato de que o direito seria mera superposição de conceitos da economia, além de construir uma sociedade tipicamente individualista e egoísta³⁸⁰.

Na segunda fase de seu pensamento, Richard Posner aprofunda o seu conceito de maximização de riqueza, dissocia-se do utilitarismo puro e, em uma visão intermediária, e cita a eficiência como único princípio jurídico. Na ideia de eficientista de justiça, segundo o autor,

³⁷⁵ MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice?* Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Translated by Deborah Shannon. Switzerland: Springer, 2009. p. 144. [Livro Digital].

³⁷⁶ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 143-149.

³⁷⁷ A ideia no presente trabalho é apresentar apenas as principais ideias para identificar as teorias econômicas a partir do conteúdo da eficiência e sua relação com o direito, notadamente na perspectiva da litigância, razão pela qual não se mostra possível realizar um debate tão aprofundado sobre o tema que é muito extenso e seria objeto de um estudo dissertativo à parte. No entanto, há importantes obras que se debruçam sobre a trajetória de Richard Posner. Conferir: SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, vol. 1, 2012, [Online]. Disponível em: <https://blook.pt/publications/fulltext/2633a7ee63eb/>. Acesso em: 13 maio 2022; e FREIRE, Alonso. O pêndulo de Posner. *Revista Pensamento Jurídico da FADISP*, v. 8, n. 2, 2015, [Online]. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/21>. Acesso em: 13 maio 2022; OLIVEIRA, Erickson Araújo Santana de. *Eficiência e direito: o papel da maximização da riqueza na análise econômica do direito a partir a obra de Richard Posner*. 2016. 128 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/25947/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Erickson%20Ara%C3%BAjo%20Santana%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

³⁷⁸ O utilitarismo teve como principais expoentes Jeremy Bentham e John Stuart Mill, no século XVIII, e é fundada, basicamente, na ideia de que cada ação individual examina a sua própria utilidade e pelo prazer que pode proporcionar ao indivíduo, assim, a fim de justificar certas ações, utilizam a maximização do útil como norma de ação do indivíduo. Os autores partem do mesmo pressuposto, mas, enquanto que para Jeremy Bentham o cálculo da felicidade leva em consideração apenas a quantidade de prazer envolvido, Stuart Mill firmou sua teoria na qualidade desse prazer. Sobre o tema, conferir: TRINDADE, Sérgio L.B. A ética utilitarista de John Stuart Mill. *Revista da FARN*, Natal, v.4, n.1/2 p.93-108, jul.2004/dez.2005; SIMÕES, Mauro Cardoso. John Stuart Mill: Utilitarismo e Liberalismo. *Revista Veritas*, Porto Alegre, v.58, n. 1, p. 174-189. jan./abr. 2013.

³⁷⁹ POSNER, Richard A. What does the judges and justices maximize? (The same thing everyone else does). *Law & Economics Papers*, Chicago, n. 15, 1993. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1616&context=law_and_economics. Acesso em: 24 maio 2022.

³⁸⁰ POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1983, 2a ed. [Livro Digital].

“o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas, boas ou desejáveis é a maximização de riqueza da sociedade”³⁸¹.

No início da década de 1980, com a obra “The Economics of Justice” o professor em questão complementa suas ideias a partir do cenário trazido por Kaldor-Hicks para reforçar a sua ideia de maximização de riqueza, afirmando que justa será a decisão que melhor alocar a riqueza na sociedade. Entretanto, as críticas ao modelo de Kaldor-Hicks também foram apontadas nessa fase por Richard Posner, de forma que o problema reside na compensação e na situação dos “perdedores”, conforme já exposto acima.

Nesse sentido, a possibilidade de consenso dos perdedores foi trazida pelo autor através da “compensação ex ante” e trouxe um exemplo de um bilhete de loteria: “a pessoa que compra um bilhete e perde o sorteio consentiu com a perda, desde que não tenha havido fraude ou coação”³⁸², ou seja, o preço da transação inicial para aquisição do bilhete já contemplaria os riscos futuros de uma eventual perda. Assim, em um mundo sem fraudes, se o bilhete fosse garantidamente premiado, ele seria caríssimo^{383_384}.

De toda forma, Richard Posner centralizou sua ideia na maximização de riqueza e, superando as teorias de Pareto e Kaldor-Hicks, entendeu como justa a decisão que melhor aloque a riqueza na sociedade, de modo que o critério objetivo para decidir dos juízes seria a melhor distribuição de recursos na sociedade e os juízes seriam agentes de promoção dessa ampliação de riqueza.

³⁸¹ POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1983, 2a ed. [Livro Digital].

³⁸² POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1983, 2a ed. [Livro Digital].

³⁸³ WOLKART, Erick Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 143-149.

³⁸⁴ Bruno Salama explicita bem a ideia de Richard Posner: “A idéia de compensação ex ante facto pode ser mais facilmente compreendida através de um exemplo. Suponha que uma empresa decida fechar uma fábrica na cidade A e abrir uma nova fábrica na cidade B. Suponha, a seguir, que essa mudança faça com que o valor das propriedades na cidade B aumente, e na cidade A diminua. Isso quer dizer, portanto, que os demais moradores de B terão um ganho, e os de A terão uma perda. O critério de Pareto poderia sugerir que a mudança de endereço da fábrica somente seria eficiente se os moradores de A recebessem uma compensação (isto é, uma indenização correspondente à diminuição do valor de suas propriedades). Contudo, Posner considera esta visão míope. Ela ignora o fato de que os proprietários de A já podem ter sido compensados ex ante facto pelas suas perdas. Isso porque o preço de compra originalmente pago por suas propriedades na cidade A já refletia, de alguma forma, a possibilidade de que a fábrica um dia poderia mudar-se para outra cidade. Se fosse claro que a fábrica jamais poderia sair de A, o preço original de suas propriedades teria sido mais alto. A redução no preço originalmente pago pelas propriedades na cidade A seria, portanto, a própria compensação ex ante facto”. (SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, vol. 1, 2012, [Online]. Disponível em: <https://blook.pt/publications/fulltext/2633a7ee63eb/>. Acesso em: 13 maio 2022).

O Poder Judiciário eficiente seria aquele que atuasse em favor do crescimento econômico, pois transmitiria maior segurança ao mercado, promoveria a competição e a melhor alocação dos recursos.

Contudo, não se pode analisar a eficiência apenas sob o aspecto da economia, à míngua dos principais direitos fundamentais, pois a lógica do mercado, embora relevante, pode se distanciar dos demais princípios constitucionais extraídos da Constituição Federal, sobretudo a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e à saúde, um dos aspectos substanciais para o exame do presente trabalho.

Emerson Gabardo aponta que “jamais poderá a eficiência sobrepor-se aos outros ideais presentes em nosso sistema constitucional, como a democracia social. Aliás, deve ser frisado repetidamente que não existe eficiência quando não há respeito aos direitos fundamentais”³⁸⁵.

Nesse contexto, a eficiência utilizada para o presente escrito deve possibilitar a tutela à ordem jurídica justa, o acesso amplo à justiça – em seu conceito amplo, como já visto – e, especialmente, a realização do efetivo direito à saúde.

Não por acaso, a ideia de “compensação ex ante”, aliado ao fundamento único de maximização de riquezas fez com que as ideias posnerianas sofressem ferozes críticas, por “desconsiderar outros valores que não a riqueza como possíveis maximizadores de eficiência e por subordinar a ideia de consentimento à apreciação subjetiva do valor dos bens”³⁸⁶.

Por fim, revisitando os seus trabalhos, a partir da obra “O Problema da filosofia do direito”, Richard Posner abandonou a sua ideia radical de maximização de riqueza como princípio ético exclusivo de justiça e passou associá-la a outros princípios do direito, assumindo uma postura mais pragmática³⁸⁷.

Não obstante as críticas realizadas ao teórico, como bem observa Guilherme Pignelli, o trabalho teve como objetivo “criar um suporte teórico para prolação de decisões judiciais melhores com o propósito de gerar mais credibilidade às instituições e, com isso, fomentar o desenvolvimento econômico-social”³⁸⁸.

Utilizando-se a teoria de Richard Posner, vê-se que, na estrutura atual que se tem do Poder Judiciário, as pessoas propõem demanda em busca da maximização de riqueza ou

³⁸⁵ GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 20.

³⁸⁶ WOLKART, Erick Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 146.

³⁸⁷ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, vol. 1, 2012, [Online]. Disponível em: <https://blook.pt/publications/fulltext/2633a7ee63eb/>. Acesso em: 13 maio 2022.

³⁸⁸ PIGNANELLI, Guilherme. *Análise econômica da litigância: uma busca pelo efetivo acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 69-70.

maximização de sua própria utilidade, de forma que referido poder é incapaz de julgar todas as demandas que a ele surgem e o índice de solução é diminuto, frente ao alto ingresso de ações judiciais, conforme se identificou no primeiro capítulo.

Importante pontuar, assim, o conceito de eficiência defendido por Erik Navarro Wolkart, para quem eficiência seria “soma das utilidades individuais acrescidas em cada pessoa atingida pela norma, medidas assim pelo aumento do bem-estar individual e social, ou seja, pelo ganho utilitário marginal, produzido pela norma”³⁸⁹.

Sob a ótica do sistema de justiça, a ideia é de garantia de prestação de serviços de forma simples, facilitada e econômica, esta última no sentido de se obter melhores resultados dentro de um menor tempo possível.

Remo Caponi invoca três fatores fundamentais para tratar da eficiência no processo: (i) legislativo, para que seja moderno e tecnicamente adequado a responder às demandas sociais³⁹⁰; (ii) gerencial, vinculado à gestão de recursos financeiros e humanos do Poder Judiciário, de modo a redistribuí-los de forma eficiente; (iii) cultural, que, segundo o autor, é o mais importante, incidindo sobre a qualidade dos serviços judiciários e sobre a oferta, com a competência profissional dos magistrados, dos advogados e dos auxiliares, “em recíproca colaboração, para interpretar tal disciplina da melhor forma”³⁹¹.

Assim, a eficiência do Poder Judiciário sob essas três vertentes garantiria uma justiça eficiente, célere e, via de consequência, teria maior credibilidade social e transmitiria maior segurança ao mercado, o que reflete, inclusive, na eficiência econômica, com melhor alocação dos recursos e melhoria do desenvolvimento econômico³⁹².

³⁸⁹ WOLKART, Erick Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 146.

³⁹⁰ O autor citando Virgílio Andrioli, porém, faz uma ressalva: o elemento legislativo, por si só, não é resolutivo, pois não existe lei processual capaz de resolver um processo ruim e, vice-versa, jamais existiu lei tão ruim que pudesse impedir um bom processo. (CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. *Revista de Processo*, v. 192, 2011, [Online]. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000018232af62a4ccf6dcc0&docguid=I98c17cd0659311e0bd4c0000855dd350&hitguid=I98c17cd0659311e0bd4c0000855dd350&spos=7&epos=7&td=10&context=15&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 24 abr. 2022.

³⁹¹ CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. *Revista de Processo*, v. 192, 2011, [Online]. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000018232af62a4ccf6dcc0&docguid=I98c17cd0659311e0bd4c0000855dd350&hitguid=I98c17cd0659311e0bd4c0000855dd350&spos=7&epos=7&td=10&context=15&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 24 abr. 2022.

³⁹² Luciana Yeung leciona que uma corrente da literatura jurídica se debruçou sobre os impactos das falhas do Poder Judiciário no desenvolvimento de muitos países: “A ideia de que as falhas no funcionamento do Judiciário pode ser uma das principais causas do subdesenvolvimento de muitos países ficou cristalizada na corrente da

Ao revés, uma justiça ineficiente, descompromissada com a realidade, claramente abre oportunidades para “litigantes inautênticos que encontram na morosidade do Poder Judiciário um aliado”. E, portanto, conforme leciona Gico Jr., “a morosidade judicial desincentiva detentores de direitos a litigar e incentiva agentes interessados em postergar suas obrigações a utilizar o judiciário”³⁹³.

3.6.2 A assimetria de informações como contribuição para uma justiça ineficiente

Outra abordagem para a eficiência nos sistemas de justiça de que cuida a análise econômica do direito é a assimetria de informações entre os envolvidos em uma eventual negociação. A questão foi analisada por George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz ainda na década de 1970³⁹⁴ e o seu trabalho transformou a mentalidade sobre o funcionamento dos mercados, o que repercutiu também na ciência jurídica, dada a aproximação entre direito e economia.

A ideia, inicialmente voltada apenas para o contexto mercadológico e sem qualquer viés jurídico, foi desenvolvida no sentido de que, em uma relação econômica, um dos envolvidos

literatura jurídica conhecida como Law and Development. Esta corrente foi bastante ativa, principalmente na década de 1970 nos EUA, mas foi perdendo suporte com o passar do tempo, por deficiências metodológicas e, principalmente, pela falta de bons resultados derivados das missões dos organismos internacionais, tais como o Banco Mundial. Entretanto, desde fins da década de 1990, com a atenção cada vez maior conquistada pelo Law and Economics e, sobretudo, com o avanço das metodologias empíricas, a discussão do papel do Judiciário no desenvolvimento das economias tem voltado a todo vapor. [...] o fortalecimento do Judiciário é um complemento necessário após a transição de uma economia fortemente dependente do setor público – como eram caracterizadas as economias da região – para uma economia descentralizada, privada e aberta. Neste processo, é natural que cidadãos e empresas privadas passem a demandar maior clareza na definição de direitos e deveres que regulam as suas atividades econômicas. Veremos no próximo capítulo que, no Brasil, foi exatamente isso o que ocorreu nos fins da década de 1980 e início da década de 1990, logo após a promulgação da Constituição de 1988. Estes movimentos representaram, de certa forma, a resposta para as novas demandas que surgiram com o desenvolvimento da economia. Evidentemente, as demandas por novas leis traziam consigo, implicitamente, também a demanda de seu efetivo enforcement. Ou seja, de nada adiantaria explicitar os novos direitos civis, se a execução por um Judiciário forte não fosse também garantida. Neste momento da história brasileira, o papel fundamental do Judiciário sobre a economia tornou-se ainda mais claro.” (YEUNG, Luciana L. Além dos "achismos", do senso comum e das evidências anedóticas: uma análise econômica do Judiciário brasileiro. 2010. 242f. Tese [Doutorado], Escola de Economia de São Paulo. 242f. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo: 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8313>. Acesso em: 18 jul. 2021).

³⁹³ GICO JR., Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. 2012. Tese [Doutorado em Economia] – Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação. Universidade de Brasília, Brasília, DF: 2012. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/13529>. Acesso em: 18 jul. 2022.

³⁹⁴ Os autores ganharam o prêmio Nobel de economia de 2001 pela sua pesquisa. (LOGFREN, Karl-Gustaf; PERSSON, Torsten; WEIBULL, Jörgen W. Market with asymmetric information: the contributions of George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz. *Scandinavian Journal of Economics*, v. 104 (2), jun./2022. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/227735324_Markets_with_Asymmetric_Information_The_Contributions_of_George_Akerlof_Michael_Spence_and_Joseph_Stiglitz. Acesso em: 01 jun. 2022).

terá mais conhecimento sobre o objeto da negociação do que o outro³⁹⁵ e, via de consequência, alteram-se os comportamentos racionais dos agentes econômicos. A tomada de decisão de cada um dos sujeitos é claramente influenciada pela informação que ele tem sobre o objeto da negociação.

Como consequência dessa assimetria de informações, foram estudados os conceitos de seleção adversa e de risco moral, os quais, inclusive, já foram trabalhados no Capítulo 2 no âmbito dos planos de saúde privados e seguem a mesma premissa, notadamente pelo tipo contratual celebrado.

Apenas para rememorar os conceitos, a seleção adversa, basicamente, consiste na impossibilidade de identificar com exatidão os tipos e as características dos agentes na negociação. Trazendo o exemplo para os contratos de saúde, só o paciente/beneficiário conhece sobre sua saúde e não a seguradora ou a operadora, de forma que esta pode estipular riscos maiores para determinadas faixas etárias, como idosos³⁹⁶.

Ocorre que, não raras vezes, é possível que um jovem utilize mais os serviços de saúde do que o idoso, mas a assimetria de informações faz com que não seja prever com exatidão esse tipo de acontecimento.

Sob o aspecto do consumidor, por outro lado, as empresas conhecem os seus custos e as suas produtividades, mas o beneficiário do plano de saúde, não. Dessa forma, também há um risco na cobertura de determinados procedimentos, notadamente se o contrato firmado entre as partes contiver cláusulas vagas e/ou insuficientes para o tratamento de determinada enfermidade³⁹⁷.

³⁹⁵ Um exemplo sobre a questão é mencionado por Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vinicius Klein: o vendedor de um carro tem conhecimento a respeito de sua qualidade, enquanto o potencial comprador, na melhor das hipóteses, tem ciência do risco dos defeitos não identificáveis. Assim, “se o vendedor sabe que o carro é bom, somente aceitará vendê-lo por um preço que os potenciais compradores não estariam dispostos a pagar (somente pagariam se tivessem plena certeza quanto à qualidade do carro e, como esta não existe, sempre subtrai parte do preço projetado para cobrir este risco”. (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. Assimetria informacional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 97-103).

³⁹⁶ Lecionam Marcia Carla Pereira Ribeiro e Vinicius Klein que, considerando não ser possível para o plano de saúde conhecer o real estado de saúde de um novo beneficiário, os preços tendem a incluir os riscos envolvidos. Como resultado, segundo os autores, George Akerlof examinou que grande parte dos cidadãos norte-americanos com mais de sessenta e cinco anos de idade não tinham um plano de saúde RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. Assimetria informacional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 97).

³⁹⁷ A título exemplificativo, há uma discussão sobre a obrigatoriedade pelos planos de saúde de cobertura de procedimentos relativos a processo transexualizador ou de afirmação de gênero a usuários que não se identificam com o seu sexo, tais como mastectomia, histerectomia, tiroplastia, entre outros, o que, invariavelmente, gera uma dúvida sobre a possibilidade de cobertura. A Agência Nacional de Saúde Suplementar emitiu o Parecer 26/2021, indicando que “os beneficiários transgênero ou com incongruência de gênero, com diagnóstico de transtornos da identidade sexual (CID10 F.64) terão assegurada a cobertura de alguns dos procedimentos que se encontram listados no rol vigente e não possuem diretriz de utilização, uma vez indicados pelo seu médico assistente”.

Outra consequência da assimetria de informação é o chamado risco moral, em que o negociante altera o seu comportamento a partir da leitura de diferentes contextos nos quais ocorrem as transações econômicas. Nesse sentido, ainda no exemplo do plano de saúde, um indivíduo tende a aumentar o seu padrão de risco após a contratação, dado que poderá ter a assistência médica devida e, assim, tende a sobreutilizar os serviços.

Trabalhando essas premissas na relação entre litigantes no Poder Judiciário, em uma relação conflituosa, certamente uma parte possui algumas informações das quais a outra não possui, cada qual olhando o caso sob a perspectiva da sua própria realidade, gerando uma expectativa de vitória pelo olhar tão somente voltado ao seu próprio ponto de vista.

A partir do início do processo, os fatos intrínsecos a cada uma das partes passam a ser partilhados, o que diminui a assimetria de informação e a divergência de expectativas: a oitiva de uma testemunha fundamental para o deslinde do caso, a ciência de um fato que pode ser provado por perícia, um documento relevante aponta a assunção de culpa, entre outros aspectos³⁹⁸.

Ainda assim, é possível que as informações não sejam reveladas em primeira oportunidade, demorem a ser apresentadas, ou, a depender do caso, nem sequer sejam reveladas com exatidão, o que contribui para um desequilíbrio na relação e impacta no desenvolvimento da negociação.

A assimetria informacional constitui falha também nas relações sociais, que podem culminar com o ingresso de demandas judiciais. O resultado de uma negociação será ineficiente caso não haja a devida informação quanto às principais que circundam a relação jurídica ou se não existir credibilidade quanto a essa informação.

A legislação deveria ser um caminho para reduzir esse tipo de assimetria o que, não raras vezes, não ocorre, sendo certo que a insegurança jurídica é capaz de aumentar a assimetria de informações entre os negociantes, considerando a sua própria percepção da realidade.

(BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Parecer técnico nº 26, de 01 de abril de 2021*. Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/acesso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans/2020/parecer_tecnico_no_26_2021_processo_transexualizador.pdf. Acesso em: 01 jul. 2022). Ocorre que a questão ainda está nebulosa, o que, inclusive, recentemente, divulgou-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo negou o pedido para plano de saúde arcar com a cirurgia de redesignação de gênero, questão essa que, segundo consta na notícia, será levada ao Superior Tribunal de Justiça. (STOCHERO, Tahiane. TJ-SP nega pedido para plano de saúde pagar cirurgia de redesignação sexual por julgá-la 'estética'. *Portal G1*, 17 nov. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/11/17/tj-nega-pedido-para-plano-de-saude-pagar-cirurgia-de-redesignacao-sexual-por-a-julgar-estetica-e-entender-que-transsexualismo-e-opcao.ghtml>. Acesso em: 01 jul. 2022).

³⁹⁸ WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 357.

Se, por exemplo, a interpretação de uma legislação for ambígua ou, ainda, for silente quanto a determinado aspecto do contrato, obviamente que as partes não terão informações suficientes sobre a solução daquela questão e recorrerão ao Poder Judiciário para indicar a melhor compreensão para o caso concreto, à luz dos elementos de prova que cada um produzir para benefício próprio.

Nesse sentido, a ausência de informações claras e precisas sobre a situação jurídica de cada um dos envolvidos pode fomentar as suas expectativas individuais de êxito.

No momento em que os envolvidos levam as questões ao processo judicial, por meio da apresentação de seus argumentos e da manifestação sobre os meios de prova, a assimetria deixa de ser apenas entre as partes e também envolve o juiz, o qual é responsável pela aplicação da regra jurídica ao caso e pela valoração das provas para se chegar a um resultado final.

Uma opção relevante para redução dessas assimetrias é proposta por Henrique Arake que Ivo Teixeira Gico Júnior, que indicam a fase de saneamento e organização do processo como ponto crucial pelo qual o juiz sinaliza às partes, por meio da fixação dos pontos controvertidos, de forma imparcial e sem antecipar julgamentos, a sua avaliação preliminar dos fatos e dos direitos alegados, reduzindo, assim, a assimetria de informação³⁹⁹. Portanto, se o magistrado já indicasse os caminhos pelos quais irá passar para o caso ser julgado, as partes poderiam reajustar suas expectativas e, eventualmente, até chegariam a um acordo, reduzindo custos.

Necessário esclarecer, entretanto, que a postura do julgador deve ser totalmente neutra, partindo apenas da análise do caso concreto, com a indicação dos pontos relevantes a serem levados a julgamento, pois, caso contrário, ao fixar posições pessoais ou ideias tendenciosas, o processo será nulo. Trata-se, pois, apenas do que está contido nos incisos II e IV do artigo 357 do Código de Processo Civil, ou seja: (i) delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; (ii) delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito.

Consoante os autores apontam, a ideia de se chegar até essa fase gera um custo “ex ante” maior para o magistrado, ou seja, em uma avaliação de custos e benefícios, diante do cenário de numerosas demandas judiciais e em uma estrutura muitas vezes deficitária, de modo que a análise de todo o processo e de suas provas na fase de saneamento poderia lhe gerar um custo maior do que se fosse feito quando do julgamento (custo “ex post”).

³⁹⁹ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. Despacho Saneador e assimetria de informação. *Economic Analysis of Law Review*, v. 9, n. 3, set-dez, 2018, [Online]. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/8757>. Acesso em: 01 jun. 2022.

Por outro lado, um exame detalhado com a indicação dos pontos controvertidos e o melhor direcionamento da instrução probatória pode incentivar acordos nessa fase e diminuir os custos para as partes e para o próprio juiz até o julgamento do feito, já que haveria manifestação sobre as questões controversas sobre as quais é necessário solucionar com o deslinde da demanda, o que poderia contribuir para a eficiência processual pela previsibilidade que isso traz para os próximos passos da demanda.

O ideal, por óbvio, é que a redução na assimetria de informações seja tanta que as partes nem sequer necessitem de ir ao Poder Judiciário para buscar a solução dos seus conflitos, o que pode ser trabalhado mediante a maior antevisão sobre a situação jurídica em relação aos casos concretos, por meio do fortalecimento dos precedentes judiciais.

3.7 LINHAS GERAIS SOBRE A ECONOMIA COMPORTAMENTAL NA ANÁLISE DA LITIGÂNCIA: O VIÉS OTIMISTA NA TOMADA DE DECISÃO

Conforme já estabelecido anteriormente, a microeconomia é uma ciência que examina os comportamentos dos indivíduos em relação à distribuição da riqueza, no entanto, os conceitos econômicos partiam da premissa da racionalidade humana, que, apesar de importante, muitas vezes não explica com profundidade certas tomadas de decisões realizadas pelos indivíduos.

Isso porque os seres humanos são mutáveis, reagem por fatores emocionais e, embora a maximização racional seja útil para conferir previsibilidade à conduta dos seres humanos, deve-se considerar os caracteres subjetivo e psicológico que permeiam a mente das pessoas e as levam a fazer escolhas.

Reconhecendo que os sujeitos possuem limitações e não conseguem prever todos os comportamentos, os psicólogos Amos Tversky e Daniel Kahneman juntamente com o economista Richard Thaler desenvolveram uma nova abordagem da economia denominada “economia comportamental”, utilizando-se de ideias advindas da neurociência e da psicologia.

Amos Tverssky e Daniel Kahneman publicaram um artigo intitulado “Judgment under uncertainty: heuristics and biases”⁴⁰⁰ no ano de 1974 a fim de demonstrar, a partir de uma análise empírica, que os indivíduos não se comportam da forma que a teoria da escolha racional apregoa

⁴⁰⁰TVERRSSKY, Amos; KAHNERMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, New Series, v. 185, n. 4157, set. 1974, [Online]. Disponível em: <https://www2.psych.ubc.ca/~schaller/Psyc590Readings/TverskyKahneman1974.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2022.

e, para tanto, desenvolveram algumas regras para demonstrar a sua teoria com fundamento nas heurísticas⁴⁰¹ e nos vieses cognitivos⁴⁰².

Richard Thaler, em complemento a essas ideias, leciona que o comportamento racional do indivíduo faz com que as pessoas captem de forma objetiva e sem tendências para o otimismo e pessimismo, de modo que algum erro na tomada de decisão se apresenta de forma aleatória. No entanto, a racionalidade limitada, estudada no tópico anterior, faz com que nasçam heurísticas (vieses) no processo de tomada de decisão, o que reduz as exigências no processamento de informações, com a utilização de atalhos mentais ou estratégias simplificadoras, baseadas em suas crenças⁴⁰³.

A partir do desenvolvimento das heurísticas da representatividade, da disponibilidade e da ancoragem⁴⁰⁴, os autores constataram, por meio de experimentos na vida real, que decisões dificilmente são tomadas baseadas em uma fórmula matemática de maximização de riquezas e muitas delas são fundadas em crenças construídas a respeito de fatos e/ou processos que não são conhecidos com certeza. Assim, tratam-se de “atalhos mentais” que as pessoas fazem para reduzir a complexidade de suas decisões.

⁴⁰¹ Uma das definições apresentadas no dicionário da Língua Portuguesa para o termo “heurística” é a “ciência ou arte que leva à invenção e descoberta dos fatos”. (Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. *Michaelis*. [s.l.] [s.d]. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=heur%C3%ADstica>. Acesso em: 13 jul. 2022). Segundo Eyak Peer e Eyal Gamliel, heurísticas são “heurísticas são atalhos cognitivos, ou regras práticas, pelas quais as pessoas geram julgamentos e tomam decisões sem ter que considerar todas as informações relevantes, confiando em um conjunto limitado de pistas que auxiliam sua tomada de decisão (tradução livre). PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review*, n. 49, 2019. Disponível em:

<https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1428&context=ajacourtreview#:~:text=4%20Although%20heuristics%20are%20highly,and%20described%20in%20research%20literature>. Acesso em: 13 jul. 2022.

⁴⁰² O viés, identificado no texto dos autores com a palavras “bias”, referem-se, segundo os autores, tendenciosidade, preconceito, tendência, propensão, inclinação” também no processo de tomada de decisão. (TVERSSKY, Amos; KAHNERMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, New Series, v. 185, n. 4157, set. 1974, [Online]. Disponível em: <https://www2.psych.ubc.ca/~schaller/Psyc590Readings/TverskyKahneman1974.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2022).

⁴⁰³ FILHO, Augusto Cezar da Cunha e Silva; MIRANDA, Kléber Formiga; LUCENA, Wenner Gláucio Lopes; MACHADO, Márcia Reis. *Vieses Comportamentais Influenciam as Previsões de Lucros dos Analistas de Mercado? Uma Análise no Mercado de Capitais Brasileiro*. USP International Conference in Accounting, 2018, São Paulo. Moving accounting forward. São Paulo: USP, 2018. v. 18. Disponível em: <https://congressosp.fipecafi.org/anais/18UspInternational/ArtigosDownload/1021.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2022.

⁴⁰⁴ Na heurística da representatividade, o sujeito avalia a probabilidade do que pode acontecer pelo grau de similaridade com outro acontecimento. A título exemplificativo, pode-se perceber esse comportamento quando administradores de determinado ramo comercial preveem o sucesso de um novo produto com base na similaridade deste com outros produtos. Já sob o aspecto da disponibilidade, o agente toma decisões baseando-se nas suas emoções vividas, direcionando o seu comportamento a partir das experiências passadas em situações similares no passado. Assim, “as pessoas tendem a avaliar a probabilidade de ocorrência de um evento ou de uma categoria pela facilidade com que essas situações são trazidas às suas mentes”, conforme leciona Bianca Bez. Por fim, quanto à heurística da ancoragem, um indivíduo faz estimativas a partir de um ponto inicial ou “âncora”, ou seja, buscam a probabilidade de um acontecimento incerto a partir de um valor inicial, como a contratação de determinado serviço a partir de orçamentos presentes no mercado para os mesmos serviços. (BEZ, Bianca. *Negociação, economia e psicologia*: por que litigamos? 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 96-112),

Toda essa construção foi realizada para demonstrar que, em alguns casos, certas escolhas humanas são influenciadas por fatores que vão além da maximização da riqueza, tal como abordado na teoria da escolha racional, e há perspectivas subjetivas e psicológicas que são levadas em consideração nas escolhas.

A economia comportamental utiliza o método experimental, ou seja, as suas conclusões são extraídas a partir de investigações empíricas e considerando que o seu objeto é “destacar os desvios decisórios dos indivíduos com relação às melhores escolhas com que eles se deparam”⁴⁰⁵, a principal contribuição dessa vertente da ciência econômica para o presente trabalho é o estudo do viés otimista na tomada de decisão do litigante.

Registre-se que não se desconhece o sem número de teorias desenvolvidas no âmbito dessa área da economia, entretanto, para a análise a que se destina o presente trabalho, deve-se destacar o aspecto do otimismo, notadamente porque será importante nos próximos tópicos acerca da permanência na litigiosidade.

Um dos aspectos mais estudados na psicologia e na economia é o otimismo em uma situação de incerteza e, segundo Erik Navarro Wolkart, esse sentimento se instala à medida em que há mais incerteza e, via de consequência, quanto mais otimismo, menor o intervalo de acordo. Segundo o autor, “a questão do otimismo é tão séria que, mesmo em cenários de perfeita assimetria informacional (o que é quase impossível), as partes tenderão a fazer previsões otimistas de vitória”⁴⁰⁶.

O viés de otimismo pode ser entendido como “a capacidade de contestar pensamentos catastróficos recorrentes de forma eficaz”⁴⁰⁷. Segundo Bianca Bez, “quando as expectativas se revelam melhores do que a realidade, o viés atuante é o otimista”⁴⁰⁸.

No âmbito da litigância, as partes podem ser otimistas tanto na confiança de que o julgamento lhes será favorável, quanto ao valor da condenação⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ RIBEIRO NETO, Maurílio Aquino; JACINTO, Lucas Casonato. O efeito “excesso de confiança” como contribuição da Economia Comportamental para refletir sobre o otimismo acerca dos investimentos na economia. *Revista Debate Econômico*, v.7, n.2, jul-dez. 2019, [Online]. Disponível em: <https://publicacoes.unifal-mg.edu.br/revistas/index.php/revistadebateeconomico/article/view/1584>. Acesso em: 3 jul. 2022.

⁴⁰⁶ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 413.

⁴⁰⁷ SELIGMAN, Martin E. P.; VERKUIL, Paul R.; KANG, Tery H. Why lawyers are unhappy. *Deakin Law Review*, v. 10, n. 1, 2005. Disponível em: <http://www5.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLawRw/2005/4.html>. Acesso em: 13 jul. 2022.

⁴⁰⁸ BEZ, Bianca. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?* 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 127.

⁴⁰⁹ Nesse ponto, Laís Santos e André Faro apresentam interessantes classificações do otimismo desenvolvidas por Giulia Avvenuti, Ilaria Baiardini e Anna Giardini: o otimismo irrealista e o realista. Segundo os autores: “O otimismo irrealista diz respeito às crenças irreais ou distorcidas que podem, por exemplo, disseminar a ideia de imunidade perante tipos de doenças, podendo justificar comportamentos de risco em saúde. Nos contextos nos quais se apresenta o otimismo irrealista, as pessoas, além de serem mais positivas sobre o seu futuro do que a média populacional, estimam menores chances de que eventos negativos aconteçam e esperam a ocorrência de

Ocorre que, a propositura de uma ação judicial é sempre uma atitude sob risco pela ausência de certeza de resultados, o que deveria reduzir o otimismo quanto ao resultado do julgamento. Em verdade, a incerteza estimula ainda mais a sensação de êxito, de forma que o comportamento do litigante pode se traduzir em um jogo de roleta: arrisca-se no litígio confiando no resultado positivo, ainda que haja a probabilidade negativa. Outros fatores reforçam essa ideia de otimismo, conforme será visto mais à frente.

Nesse sentido, Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa lecionam que as atitudes tomadas sob condição de risco possibilitam a ideia de utilidade esperada, ou seja, “se um autor é otimista com relação ao seu sucesso na ação, é porque confia – mais do que deveria – que se sairá vencedor no julgamento da demanda, ou seja, acredita de maneira excessiva na probabilidade de ter sucesso na causa”⁴¹⁰.

Convém aclarar que, sob a perspectiva do plano de saúde, não se trata exclusivamente de um sentimento interno humano, considerando que aqui se trata de uma pessoa jurídica, que não possui sentimentos, tal como um ser humano individualmente considerado. No entanto, obviamente, a empresa é regida por pessoas, as quais possuem emoções, expectativas, experiências e aceções prévias, o que pode ser levado em consideração no exame da litigância, em especial no exame de sua atuação perante o Poder Judiciário.

O viés otimista, assim, é analisado pelo litigante habitual no exame entre litigar, cumprir o contrato ou celebrar um acordo, como será abordado mais adiante.

A economia comportamental, portanto, não analisa apenas os aspectos econômicos nas decisões dos sujeitos, mas há um conjunto de normas sociais, contextuais e de processos psicológicos que também deve ser analisado⁴¹¹. Contudo, a ideia de prever eventos particulares com base em experimentos não necessariamente leva a um padrão racional muito claro, dado que o ser humano é mutável, como já afirmado anteriormente.

mais eventos positivos quando comparadas à média da população. Por outro lado, o otimismo realista corresponde às crenças de que mais coisas boas acontecerão no futuro pautadas no contexto em que o indivíduo está inserido. Assim, otimistas realistas avaliam o seu futuro baseando-se em suas metas, expectativas e esforços despendidos para alcançá-las". (SANTOS, Laís; FARO, André. Otimismo: teoria e aplicabilidade para a psicologia. *Revista Psicologia e Saúde*, v. 12, n. 2, abr-jun/2020. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-093X2020000200009#:~:text=O%20otimismo%20%C3%A9%20uma%20vari%C3%A1vel,se%20relacionarem%20com%20o%20mundo. Acesso em: 01 jul. 2022).

⁴¹⁰ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Grupo GEN, 2021. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771394/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁴¹¹ ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Economia Comportamental. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 81.

Não obstante essa abordagem, necessário esclarecer que essa perspectiva não elimina a teoria da escolha racional já citada anteriormente neste trabalho⁴¹², apesar de alguns autores tratarem as abordagens como opostas.

Nesses termos, Luiz Fux e Bruno Bodart apontam que a economia comportamental parte de “generalizações universalmente reconhecidas sobre a realidade observável para a formulação de leis e identificação de relações de causa e efeito e [...] é conveniente que o núcleo teórico de um ramo científico seja caracterizado pela simplicidade e pela objetividade”⁴¹³. Percebe-se, portanto, que o ramo em exame não é isento de críticas e seus postulados não deve ser aplicados em uma reflexão crítica.

Tratam-se de entendimentos complementares para análise de uma questão global: o comportamento do litigante no processo judicial e, sob a perspectiva do otimismo e a chance de êxito, essa vertente é muito importante para justificar a forma de atuação dos planos de saúde, o que será feito a partir do próximo tópico.

⁴¹² Nesse sentido, Richard Posner aponta que “o fato de que as pessoas nem sempre fazem escolhas racionais não invalida a teoria da escolha racional [...] A teoria da escolha racional aceita que a capacidade das pessoas de processar informações é limitada – há custos não apenas para obter informações, mas também para absorver e usar essas informações. (POSNER, Richard. *Economic Analysis of law*. 9 ed. New York: Aspen Publishers, 2014. [Livro Digital]).

⁴¹³ FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 21.

4 O COMPORTAMENTO ABUSIVO DOS PLANOS DE SAÚDE NA QUALIDADE DE LITIGANTES HABITUAIS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Até o momento, este trabalho se estruturou para identificar o modelo atual do sistema de justiça brasileiro e como alguns fatores externos e internos oportunizaram o surgimento da chamada litigância habitual. Trilhada essa etapa, passou-se à análise de um setor que integra essa cadeia de litigiosidade, o de planos de saúde, com o conseqüente contexto do seu papel na estruturação da saúde brasileira, fornecendo um instrumental teórico para se examinar os motivos pelos quais as matérias relacionadas aos seus contratos vêm sendo, reiteradamente, examinadas em âmbito judicial.

Posteriormente, o enfoque foi trazer de forma analítica as bases pelas quais será visualizado o fenômeno da litigância, com a junção entre o direito e a economia, apontando tanto o seu nascedouro quanto os seus pontos de encontro, sob seu enfoque normativo (como deve se interpretar e como deve se decidir) e positivo (como se interpreta e como se decide).

A partir desse recorte, iniciou-se um diálogo dos sistemas de justiça com as principais teorias econômicas para compreender e explicar as posturas dos litigantes que impactam na racionalidade e nos custos do Poder Judiciário.

Feita toda essa trajetória, chega-se à união das premissas traçadas nos capítulos 1, 2 e 3: a análise do comportamento dos planos de saúde na qualidade de litigantes habituais, a partir das teorias juseconômicas outrora estudadas, com o conseqüente impacto no processo judicial brasileiro. Trata-se do exame do modelo da litigância com o viés pragmático, para se verificar se restarem confirmadas (ou infirmadas) as hipóteses iniciais e todo o estudo acima trazido, com um exame se há vantagens em permanecer na litigância.

A intenção, assim, é examinar como o comportamento racional das operadoras de saúde o transformam em um dos maiores litigantes do sistema de justiça brasileiro, na tentativa de obter a máxima eficiência econômica a partir do uso do processo judicial. Por fim, busca-se analisar, ainda, as soluções trazidas pelo Poder Judiciário e as boas práticas adotadas para melhoria dessa realidade, que permitem a prestação de uma tutela jurídica justa, adequada e tempestiva.

4.1 LITIGAR OU FAZER ACORDO? A ESCOLHA DOS LITIGANTES HABITUAIS E O VALOR ESPERADO DAS DEMANDAS

A partir das ideias trazidas sobre os filósofos juseconômicos no capítulo anterior, deve-se fazer uma análise comportamental do litigante habitual com o seguinte questionamento: por que litigar?

Conforme explorado no Capítulo 1, o ordenamento jurídico brasileiro contemplou um modelo de Justiça Multiportas, de forma que o tratamento dos conflitos não está adstrito à solução adjudicada e, ainda que não seja necessário avanços na praxe forense para melhor aplicação dessa previsão legal, o sistema já preconiza a solução dos conflitos por métodos autocompositivos.

Para tanto, a voluntariedade das partes é um aspecto fundamental para que se possa seguir por esse caminho e, assim, deve-se examinar se é vantajoso ao litigante habitual celebrar acordos ou permanecer com o processo judicial, o que perpassa pelos custos do litígio, eis que, em uma perspectiva econômica, o litigante faz uma análise do que é mais rentável para prosseguir com a demanda ou para solucioná-la no início do processo ou, ainda, antes mesmo de ele se instaurar.

A teoria da análise econômica do direito define que, ao optar por litigar, o indivíduo realiza uma escolha racional em que são ponderados os custos e os benefícios na resolução do conflito pela via da sentença ou por um meio pacificado. Apesar de existirem outras abordagens econômicas sobre o tema, como já trazido em capítulo próprio, o presente tópico debruçar-se-á tão somente pelas tradicionais escolas que trataram do assunto, as quais, inclusive, foram objeto de estudo nos tópicos anteriores do presente trabalho.

Em uma situação conflituosa, o potencial litigante analisa a maximização de sua riqueza por meio do sistema jurídico e, assim, examina variáveis como a probabilidade de êxito na ação judicial, os custos de transação – que incluem tanto os gastos com o processo quanto os gastos com eventual contratação para auxílio – e o benefício esperado, ou seja, examina a expectativa de ganho tanto na solução adjudicada, quanto na solução pela via da negociação.

A permanência no litígio, por sua vez, só ocorrerá quando o resultado esperado com o julgamento da demanda for economicamente inferior às despesas pelas soluções extrajudiciais.

Na litigância habitual, essa questão fica ainda mais latente, pois se tratam de processos judiciais repetidos, com um lapso temporal de tramitação considerável, em uma estrutura muitas vezes deficitária dos sistemas de justiça.

O tópico exige, assim, um estudo sobre modelos de litigância e, ao explicitá-los, Robert Gehlmann Bone⁴¹⁴ informa que o primeiro modelo sobre a litigância adveio com William Landes, Richard Posner e John Gould denominado “Landes-Posner-Gould” e foi desenvolvido na década de 1970, ainda na gênese da análise econômica do direito.

William Landes⁴¹⁵ foi o primeiro autor a analisar o modelo da litigância, porém o fez na perspectiva da justiça criminal dos Estados Unidos, no contexto do chamado “plea bargaining”⁴¹⁶, examinando qual contexto determinaria a escolha entre um acordo (pretrial settlement) ou um julgamento (trial).

Segundo o professor juseconômico, na escolha entre processar o réu ou propor um acordo, o representante do Ministério Público não investiria na condenação – ou seja, não instauraria um processo criminal – quando examinasse a baixa probabilidade de condenação ou se a sanção decorrente dessa condenação fosse baixa. Assim, considerando as restrições de orçamento em sua promotoria, se os custos de levar o feito a julgamento superassem os custos de uma negociação, ele estaria disposto a propor uma redução da condenação para o acusado e investiria na barganha para que ele não fosse processado. O promotor, via de consequência, alocaria os seus recursos para casos maiores.

Em continuidade às ideias apresentadas por William Landes, Richard Posner estuda a celebração de acordos no âmbito cível, porém, acrescenta também a hipótese dos erros de julgamento. Para o autor, o conflito só chega a um acordo quando a oferta mínima do autor for inferior ao máximo que o réu esteja disposto a aceitar⁴¹⁷: essa oferta mínima é identificada como o valor esperado do litígio (aquilo que, efetivamente, a pessoa busca com a edição da norma individual e concreta), multiplicado pela probabilidade de vitória, descontando-se dos custos que ela teria com o litígio. Pode-se exemplificar a questão pela seguinte equação:

⁴¹⁴ BONE, Robert G. Economics of civil procedure. In: PARISI, Francesco (Org.). *The Oxford Handbook of Law and Economics*. Vol. III. Oxford: The Oxford University Press, 2017, [Online]. Disponível em: <https://academic.oup.com/edited-volume/27997>. Acesso em: 04 jul. 2022.

⁴¹⁵ LANDES, William M. An Economic Analysis of the Courts. *The Journal of Law and Economics*, v. 14, n. 1, 1971, [Online]. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/24100300_An_Economic_Analysis_of_The_Courts. Acesso em: 29 jul. 2022.

⁴¹⁶ O “plea bargaining” é um instituto norte-americano que prevê a possibilidade de negociação entre o representante do Ministério Público e o acusado no processo criminal para que não seja instaurada a persecução penal, mediante cumprimento de certas condicionantes. Para maiores informações sobre o assunto e as semelhanças com o que se tem no Brasil, conferir: DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. Practice and human dignity in the balança: comparing, empirically, delação premiada, plea negotiations and cooperating witnesses in Brasil and the USA. *Revista Unicuritiba*, v. 2, n. 51, 2018, [Online]. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2802/371371470>. Acesso em: 20 maio 2022.

⁴¹⁷ POSNER, Richard A. An Economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*. Chicago: The University of Chicago Press. Vol. 2, N. 2. Jun., 1973, [Online]. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/467503>. Acesso em: 20 jul. 2022.

$$O_{\min}^A = V_E + C_A, \text{ em que } V_E = (J \cdot P_A) - C_L$$

Sendo que:

O_{\min}^A : representa a oferta mínima que o autor é capaz de aceitar.

V_E : valor esperado do litígio.

C_A : custo para realização do acordo em si, que reúne os custos de transação já citados, como gastos com advogados, reuniões, disponibilidade de tempo para negociar, etc.

J : o ganho com o pedido do autor.

P_A : probabilidade de êxito.

C_L : custos com litígio.

Portanto, na perspectiva do autor, quando, ao considerar todas essas variáveis de custos, probabilidade de êxito e expectativas de ganhos, a oferta mínima for superior ao máximo que o réu tem para aceitar, é possível que as partes celebrem um acordo.

A oferta máxima para o réu, por seu turno, consiste nos custos com o litígio, consubstanciado nos gastos regulares com o litígio (como contratação de advogados e eventuais despesas extras decorrentes da defesa), além do gasto com eventual procedência do pedido, multiplicado pela probabilidade do julgamento favorável ao autor, com o desconto dos custos de negociação. A equação para o réu seria da seguinte forma:

$$O_{\max}^R = [C_L + (J \cdot P_R)] - C_A$$

Sendo que:

O_{\max}^R : representa a oferta máxima que o réu está disposto a aceitar pagar ao autor.

C_L : custos com litígio.

J : o ganho com o pedido do autor.

P_R : probabilidade de vitória por parte do autor.

C_A : custo para realização do acordo em si, que reúne os custos de transação já citados, como gastos com advogados, reuniões, disponibilidade de tempo para negociar, etc.

Quando a oferta máxima para o réu for maior ou igual à oferta mínima para o autor, haveria a possibilidade de um acordo, segundo Richard Posner, externada pela seguinte equação:

$$\text{Possibilidade de Acordo} = O^R_{\max} \geq O^A_{\min}$$

Assim, de acordo com o professor, as circunstâncias que reduzem a oferta mínima do autor ou que majoram a oferta máxima do réu reduzem as chances de litigância e o contrário também é verdadeiro: tudo o que aumenta a oferta mínima do autor ou reduza a oferta máxima do réu causa um acréscimo na litigância.

Se, por exemplo, o autor perceber que a sua probabilidade de vitória é maior do que, geralmente, teria em qualquer outra ação judicial, as chances de acordo serão menores⁴¹⁸. O valor que culmina com a escolha entre litigar e fazer acordo é justamente os custos do litígio nos quais os envolvidos arcarão, caso pretendam ir a julgamento, o que justifica o comportamento de perpetuação na demanda, em detrimento da solução extrajudicial.

Ao analisar esse critério posneriano, José Borges Teixeira Júnior afirma que a vantagem do acordo é preservar as partes dos custos de estar no processo judicial, que podem ou não ser volumosos. O estudioso em referência leciona que o processo judicial pode envolver gastos altos com advogados e com taxas judiciais, além de ser demorado. Nesses termos, “qualquer acordo que resolva o caso gerará um excedente para as partes – na forma da economia de custos de litígio – que elas poderão dividir entre elas, na forma que o poder de barganha de cada qual permitir”⁴¹⁹.

Sobre esse ponto, Steven Shavell constata que se autor e réu tiverem as mesmas crenças sobre o resultado do julgamento, deveria existir sempre acordos mutuamente benéficos, pois

⁴¹⁸ Nessa perspectiva, José Borges Teixeira Júnior aponta que: “[...] para que haja o litígio, a diferença de probabilidades de êxito entre autor e réu, multiplicada pelo valor da demanda deve ser superior a duas vezes a diferença de custos de litígio e de acordo. Do contrário, não satisfeita esta inequação, um acordo seria possível. Em outras palavras, se as partes estimam em medidas semelhantes a probabilidade de êxito do pedido autoral, o valor do primeiro termo tende a zero (por exemplo, se o autor entende que possui 0.7 de chances de se sair vitorioso e o demandado uma probabilidade de 0.7 de se vir obrigado a pagar o valor do pedido, a operação de diminuição será de zero). Em sendo assim, a ação judicial somente ocorrerá, por esse modelo inicial¹⁷³, se e somente se as partes forem excessivamente otimistas a respeito do resultado do processo. Daí EDUARDO STORDEUR dizer que: ‘Isto mostra a importância de contar com doutrina estável que permita que as partes não sejam demasiadamente otimistas a respeito do resultado do pleito. Jurisprudência e doutrina estáveis permitem eliminar conflitos a menores custos, facilitando o acordo e poupando da sociedade e das partes os custos de litigar’ [...]”. (TEIXEIRA JÚNIOR, José Borges. A análise econômica da litigância: o modelo da decisão de litigar no âmbito dos Juizados Especiais e as influências da gratuidade de acesso. *Revista Científica Intellecto*, v. 6, n. 1, 2021. Disponível em: <https://faveni.edu.br/wp-content/uploads/sites/10/2021/10/4.-A-ANALISE-ECONOMICA-DALITIGANCIA-O-MODELO-DA-DECISAO-DE-LITIGAR-NO-AMBITO-DOS-JUIZADOS-ESPECIAIS-E-AS-INFLUENCIAS-DA-GRATUIDADE-DE-ACESSO-34-69.pdf>. Acesso em: 30 maio 2022).

⁴¹⁹ TEIXEIRA JÚNIOR, José Borges. A análise econômica da litigância: o modelo da decisão de litigar no âmbito dos Juizados Especiais e as influências da gratuidade de acesso. *Revista Científica Intellecto*, v. 6, n. 1, 2021. Disponível em: <https://faveni.edu.br/wp-content/uploads/sites/10/2021/10/4.-A-ANALISE-ECONOMICA-DALITIGANCIA-O-MODELO-DA-DECISAO-DE-LITIGAR-NO-AMBITO-DOS-JUIZADOS-ESPECIAIS-E-AS-INFLUENCIAS-DA-GRATUIDADE-DE-ACESSO-34-69.pdf>. Acesso em: 30 maio 2022.

conseguiriam substituir os custos do julgamento pela transação⁴²⁰. Dessa forma, em uma simetria de expectativas a respeito do resultado do julgamento, a autocomposição seria possível, pois permitiria que os custos do litígio fossem repartidos entre as partes⁴²¹.

No mesmo sentido, Ivo Teixeira Gico Júnior adverte que se as partes fossem capazes de prever com perfeição qual seria o resultado do julgamento, em um mundo com máxima segurança jurídica e sem assimetria de informação entre as partes, levando em conta que o julgamento é uma questão distributiva, a perda do réu seria igual ao ganho do autor e, assim, ambos poderiam maximizar o bem estar conjunto e realizar um acordo, dividindo os custos do litígio⁴²².

O autor expõe, ainda, que esse modelo parece ser irrealista no caso brasileiro, pois a quantidade de acordos parece ser muito inferior aos feitos que vão a julgamento⁴²³. No sistema norte-americano, por sua vez, há maior previsibilidade e os custos do litígio são mais altos, de forma que a taxa de julgamento é muito inferior. No entanto, a ideia é demonstrar a racionalidade por trás de uma decisão de se fazer ou não acordo e, para tanto, deve-se inserir a ideia do risco, cuja construção remonta às ideias de John Gould.

A última construção relevante é trazida por John Gould, que inclui o problema do risco na decisão entre litigar e celebrar um acordo. Segundo o autor, em um conflito de resultados

⁴²⁰ SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 402.

⁴²¹ TEIXEIRA JÚNIOR, José Borges. A análise econômica da litigância: o modelo da decisão de litigar no âmbito dos Juizados Especiais e as influências da gratuidade de acesso. *Revista Científica Intellecto*, v. 6, n. 1, 2021. Disponível em: <https://faveni.edu.br/wp-content/uploads/sites/10/2021/10/4.-A-ANALISE-ECONOMICA-DALITIGANCIA-O-MODELO-DA-DECISAO-DE-LITIGAR-NO-AMBITO-DOS-JUIZADOS-ESPECIAIS-E-AS-INFLUENCIAS-DA-GRATUIDADE-DE-ACESSO-34-69.pdf>. Acesso em: 30 maio 2022.

⁴²² GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, v. 267, set/dez 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462/44453>. Acesso em: 28 jun. 2022.

⁴²³ Apesar de o texto de Ivo Teixeira Gico Júnior se remeter ao ano de 2014, os dados do último justiça em números divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça apontam que o índice de acordos segue relativamente baixo, em atenção ao número de processos judiciais que tramitam no país. Considerando todos os segmentos da justiça, a conciliação foi de 11,9% no primeiro grau, ao passo que no segundo grau foi praticamente inexistente. Destaca-se o que foi apresentado no Relatório Justiça em Número, com ano-base 2021: “Em 2021, foram 11,9% sentenças homologatórias de acordo proferidas, valor que registrou crescimento em relação ao ano anterior, muito embora ainda não tenha retornado aos patamares que eram verificados antes da pandemia causada pela covid-19. Na fase de execução, as sentenças homologatórias de acordo corresponderam, em 2021, a 8,1%. É notória a curva de crescimento, tendo dobrado o valor ao longo da série histórica, com aumento em 4,6 pontos percentuais entre os anos de 2015 e 2021. Tal resultado pode decorrer do incentivo do CNJ para realizar conciliação na fase de execução, tendo sido um destaque na XVI Semana Nacional de Conciliação realizada (ano 2021). Na fase de conhecimento, a conciliação foi de 17,4%, um pouco acima (0,8 ponto percentual) do observado em 2020. Não houve variações significativas no indicador de conciliação no segundo e no primeiro grau em relação ao ano anterior, observando-se aumento de 0,1 ponto percentual no segundo grau e aumento de 0,9 ponto percentual no primeiro grau”. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022: ano-base 2021*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022).

incertos, dois indivíduos avessos ao risco podem eliminar essa incerteza jurídica e firmar um acordo.

Os resultados incertos que influenciam o risco podem ser justificados pela assimetria de informações. Ivo Teixeira Gico Júnior aponta que o Poder Judiciário não gera informações sobre como decidirá cada caso, o que também gera uma incapacidade de as partes interpretarem como as demandas serão julgadas.

Além disso, os envolvidos em um litígio muitas vezes não atuam com transparência nas suas relações, guardando algumas informações próprias para eventuais barganhas no curso do processo judicial e, eventualmente, os próprios advogados podem não revelar inteiramente os fatos aos seus clientes para ganhos próprios⁴²⁴. O grau de otimismo de êxito em uma relação também pode ser um fator a ser observado, pois, dadas a ausência de certeza e a segurança jurídica, o litigante tende a superestimar suas chances de êxito, o que diminui as possibilidades de realização do acordo.

José Borges Teixeira Júnior leciona que o efeito do risco é o de, em termos práticos “aumentar o ganho efetivo com o processo judicial, para aquelas partes que possuem de fato uma propensão ao risco e diminuir o ganho efetivo da mesma lide para as partes que possuem uma aversão ao risco”⁴²⁵.

Desse modo, se o julgamento for incerto, o acordo é mais atrativo na hipótese de uma ou as duas partes forem avessas ao risco, aplicando-se o jargão popular que “seria melhor trocar o certo pelo duvidoso”.

No caso da litigância habitual, em que as causas de pedir se repetem no Poder Judiciário em razão dos numerosos contratos de consumo já explanados nos capítulos anteriores, o exame é ainda mais aprofundado e, dado o cenário de reprodução em massa de demandas, é possível que os custos de manutenção do litígio sejam reduzidos, supondo, por exemplo, que um escritório de advocacia cobrasse um valor alto para fazer apenas uma defesa, mas reduzisse esse valor unitário se atuasse em múltiplas causas semelhantes a essa.

A regra do mutualismo e do repasse dos gastos também visualizada em capítulo anterior também pode contemplar os gastos judiciais com os beneficiários, ou seja, na formação dos

⁴²⁴ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, v. 267, set/dez 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462/44453>. Acesso em: 28 jun. 2022.

⁴²⁵ TEIXEIRA JÚNIOR, José Borges. A análise econômica da litigância: o modelo da decisão de litigar no âmbito dos Juizados Especiais e as influências da gratuidade de acesso. *Revista Científica Intelletto*, v. 6, n. 1, 2021. Disponível em: <https://faveni.edu.br/wp-content/uploads/sites/10/2021/10/4.-A-ANALISE-ECONOMICA-DA-LITIGANCIA-O-MODELO-DA-DECISAO-DE-LITIGAR-NO-AMBITO-DOS-JUIZADOS-ESPECIAIS-E-AS-INFLUENCIAS-DA-GRATUIDADE-DE-ACESSO-34-69.pdf>. Acesso em: 30 maio 2022.

cálculos da mensalidade paga pelo usuário de plano de saúde, é possível que eventual gasto judicial também esteja incluído no valor mensal, dadas a regra de distribuição e de alocação de riscos nesse tipo de contrato.

Assim, a princípio, parece que, para o litigante habitual, os gastos regulares com o litígio possam ser inferiores e, pensando na análise acima, a decisão de litigar prevaleceria sobre o acordo por reduzir a oferta máxima a ser apresentada, o que, conseqüentemente, influencia na oferta mínima esperada pelo autor.

Nesse aspecto, o processo decisório do litigante habitual é permeado pelo valor esperado decorrente da demanda, ou seja, examinam-se os aspectos quali-quantitativos da demanda para se verificar a viabilidade de se permanecer em um processo judicial. Nesse cálculo, estima-se a média ponderada, ou seja, multiplicam-se os valores definidos para a tomada de decisão de litigar ou fazer acordo, pelas suas respectivas estimativas de probabilidades de êxito na demanda.

O exame da economia comportamental pode contribuir com essa construção, pois as pessoas tendem a adotar um comportamento de aversão ao risco quando estão em uma situação favorável. Ora, se a permanência no litígio em virtude dos custos decorrentes da demanda traz benefícios para o litigante, por certo que permanecerão nessa situação, sem “arriscar” em um acordo.

Se, por exemplo, o litigante – valendo-se de sua estrutura e do aparato a seu favor – pode postergar a condenação judicial até a última instância, sopesando que os custos com litígio sejam inferiores à solução pacificada, não se mostraria vantajoso finalizar o processo logo na audiência inicial de conciliação.

Segundo Richard H. Thaler e Cass R. Sunstein, estudiosos da análise comportamental econômica, as pessoas tendem a seguir o status *quo ante* ou aceitar a opção padrão e, exemplificativamente, “se empresas privadas ou funcionários públicos acreditam que determinada política produz resultados melhores, podem muito bem escolhê-la como padrão e, assim, exercer forte influência sobre o resultado”⁴²⁶.

Nesse aspecto surge o otimismo: a crença inabalável de êxito em uma demanda também pode ser decisiva para o comportamento do litigante e, conforme leciona, na hipótese de o otimismo se referir “à magnitude do resultado, ou o autor da ação confia numa condenação robusta, ou o réu numa condenação pequena, ou ambos mantêm esse tipo de confiança ao

⁴²⁶ THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Traduzido por Ângelo Lessa. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 17. [Livro Digital]

mesmo tempo [...] dificilmente as partes chegarão a um acordo antes das fases de sentença e recursos^{427_428}.

Nota-se que a opção padrão é permanecer no litígio, que tende a ser mais proveitoso, repetindo-se o comportamento em uma espécie de “looping” eterno para a litigiosidade.

O fato é que o Poder Judiciário, nas palavras de Ivo Teixeira Gico Júnior, é um “recurso escasso rival, quanto mais é usado, mais difícil é que os outros o usem”⁴²⁹. O litigante, seja eventual, seja habitual, leva em consideração apenas os seus custos e benefícios privados, sem pensar no custo social do seu litígio, no entanto, esta última categoria, à diferença da primeira, teria uma responsabilidade social ainda maior.

Isso porque a multiplicidade de demandas que infla o Poder Judiciário torna os custos sociais ainda maiores em relação ao litigante individualmente considerado, com reflexos diretos no sistema de justiça, como devidamente explorados no Capítulo 1 desta pesquisa.

Sobre a situação dos litigantes habituais, precisas são as lições de Erik Navarro Wolkart, esses litigantes beneficiam-se “individualmente do bem comum, utilizando-o de modo exaustivo, contribuindo decisivamente para o esgotamento dos recursos e prejudicando toda a sociedade, principalmente em termos de acesso à justiça efetiva”⁴³⁰.

Portanto, pelos fatores apontados, a litigância se torna uma condição mais vantajosa ao litigante habitual, em detrimento do sistema de justiça e até da própria tutela jurídica das partes e não por outra razão é que se identifica o grande demandismo em determinados setores, notadamente os planos de saúde, objeto de enfoque desse trabalho.

⁴²⁷ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Grupo GEN, 2021. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771394/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

⁴²⁸ Ivo Teixeira Gico Júnior expõe muito bem o problema: “A teoria juseconômica sugere que o litígio é o resultado da incapacidade das partes em alcançar um acordo, e essa incapacidade decorre de estimativas distintas de autor e réu sobre as reais chances de sucesso de cada um (hiato de expectativas) e, portanto, resulta de uma incapacidade em se concordar com o retorno esperado do litígio. Esse fenômeno é especialmente forte na presença de um viés de otimismo natural das pessoas que pode levar ao exagero da avaliação da probabilidade subjetiva de êxito e a aplicar um superdesconto às propostas de acordo oferecidas pela parte contrária.” (GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. O capital jurídico e o ciclo da litigância. *Revista Direito GV*, v. 9 (2, dez. 2013). Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322013000200003>. Acesso em: 01 jul. 2022).

⁴²⁹ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, v. 267, set-dez 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462/44453>. Acesso em: 28 jun. 2022.

⁴³⁰ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 527.

4.2 VANTAGENS POTENCIAIS DO GRANDE LITIGANTE COM A CRISE DA JUSTIÇA: O BENEFÍCIO ECONÔMICO AUFERIDO PELOS PLANOS DE SAÚDE ATRAVÉS DE SEU COMPORTAMENTO PROCESSUAL ABUSIVO

A partir do diagnóstico trazido no Capítulo 2 de que os planos de saúde integram a chamada categoria dos “litigantes habituais” e em atenção aos pressupostos econômicos aqui estabelecidos, busca-se examinar a sua vantagem econômica obtida ao se valerem das fragilidades do poder Judiciário, descumprindo institucionalmente os direitos de terceiro, de forma a causar impactos no sistema de justiça, o qual atua em um ambiente de escassez de recursos.

Não por acaso que o número de processos judiciais distribuídos relacionados à saúde aumentou 130% entre 2008 e 2017, ao passo que o total de processos judiciais relacionados a outros assuntos cresceu 50% no mesmo período⁴³¹.

Viu-se no ponto anterior que a decisão de litigar parece mais vantajosa para o litigante habitual e, portanto, deve-se aprofundar sobre as vantagens que o fazem permanecer, com o recorte para o objeto da pesquisa, qual seja, o comportamento dos planos de saúde.

O presente tópico parte da ideia de custos sociais, conforme apresentado no tópico anterior decorrente das ideias de Robert Cooter e Thomas Ulen, que integram tanto os custos financeiros relacionados ao Poder Judiciário (custos administrativos), quanto os valores atinentes aos erros judiciais⁴³², correspondendo à seguinte soma:

$$\text{Custos Sociais} = \text{Custos Administrativos} + \text{Custos por Erro judicial}$$

Diante dessa equação, haverá a minimização dos custos sociais à medida que houver a redução dos custos administrativos e por erros na aplicação da lei.

⁴³¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da saúde no Brasil*: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Brasília, DF: CNJ, [2019]. Disponível em: <http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2019/07/JUDICIALIZAC%CC%A7A%CC%83O-DA-SAU%CC%81DE-NO-BRASIL.pdf> Acesso em: 06 nov. 2021.

⁴³² Os custos administrativos são aqueles em que o Estado deve arcar para funcionamento do Poder Judiciário, como com o quadro de pessoal e com a estrutura (prédio, manutenção, papeis, maquinário, etc.). Os custos por erro, por seu turno, relacionam-se ao erro na aplicação do direito, tendo em vista que a atividade judicante é composta por um ser humano, passível de erros, como na condenação errada ou em um valor equivocado, conforme será melhor aprofundado mais adiante.

Fazendo uma mera estimativa a partir dos dados do Relatório Justiça em Números relativos ao ano de 2022, com ano-base de 2021, já apresentados no presente trabalho⁴³³, os custos administrativos do Poder Judiciário ultrapassaram o valor de cem bilhões de reais (R\$ 103.921.103.897) e, considerando o número de processos em tramitação, de setenta e sete milhões e quatrocentos mil, chega-se a um valor unitário por processo de R\$ 1.342,64 (hum mil trezentos e quarenta e dois reais e sessenta e quatro centavos) para o Poder Judiciário, apenas no ano de 2021, ao passo que o gasto mensal seria de R\$ 111,88 (cento e onze reais e oitenta e oito centavos). Segundo dados do relatório citado, as despesas totais do Poder Judiciário correspondem a 1,2% do PIB nacional, ou a 9,64% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Aliados a esses cálculos que, frise-se, não possuem cientificidade de um profissional contábil, mas apenas meras conjecturas por meio dos dados obtidos pelo Conselho Nacional de Justiça, deve-se identificar o tempo médio de tramitação dos processos na justiça estadual, que, de acordo com o estudo acima citado, está por volta de três anos e três meses⁴³⁴ _ ⁴³⁵.

Assim, atentando-se apenas ao custo administrativo, eis que não há dados específicos sobre os custos sobre erro judiciário, tem-se que, em três anos e três meses, cada processo gera um custo unitário de tramitação de, aproximadamente, R\$ 4.363,56 (quatro mil trezentos e sessenta e três reais e cinquenta e seis centavos).

Entretanto, caso as partes dialoguem e cheguem a uma autocomposição em uma audiência de conciliação, na forma prevista pelo artigo 334 do Código de Processo Civil e supondo que o ato seja designado em um período de seis meses do ajuizamento da demanda, verifica-se que há um gasto inferior de R\$ 671,28 (seiscentos e setenta e um reais e vinte e oito centavos).

⁴³³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022: ano-base 2021*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

⁴³⁴ O Relatório “Justiça em Números”, possui três indicadores para apresentar os tempos de tramitação dos processos: o tempo médio da inicial até a sentença, o tempo médio da inicial até a baixa e a duração média dos processos que ainda estavam pendentes em 31/12/2021. Considerar-se-á, no presente estudo, o tempo médio da inicial até a baixa e, no caso da execução é de 5 anos e 11 meses. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022: ano-base 2021*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022)

⁴³⁵ Durante a construção do presente trabalho, o Conselho Nacional de Justiça lançou uma ferramenta importante denominada “Estatísticas Processuais do Direito à Saúde”, que traz os dados sobre os processos judiciais do Brasil relacionado ao tema. No entanto, em que pese a sua relevância, não foi possível individualizar o tempo de tramitação especificamente em relação à Saúde Suplementar, o que justifica a opção pelo uso dos dados do Justiça em Números. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Estatísticas Processuais de Direito à Saúde*. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 26 ago. 2022).

Por outro lado, supondo que a demanda se estenda até os Tribunais Superiores e a sua tramitação dure dez anos – situação essa que não é incomum na praxe forense – tem-se o valor de R\$ 13.426,40 (treze mil quatrocentos e vinte e seis reais e quarenta centavos).

Toda essa construção foi realizada para demonstrar, por mais óbvio que possa parecer ser, que o aumento dos custos administrativos de um litígio aumenta à medida que os anos passam, sem considerar variações e eventuais aumentos dos custos ao longo dos anos, por oscilações de preços no mercado, aumento do valor da energia, dos insumos e reajustes salariais, por exemplo.

Os gastos do litigante, especialmente o réu, por outro lado, são constantes e têm maior relevo neste trabalho, especialmente ao se considerar que o litigante habitual figura no polo passivo das demandas judiciais. Nesse sentido, de forma exemplificativa e sem um rigor técnico contábil, pode-se identificar uma despesa fixa que, basicamente, resume-se à contratação de advogado para a elaboração da defesa e, eventualmente, o pagamento com honorários periciais no curso do processo⁴³⁶.

De acordo com a tabela de Honorários e Diligências disponibilizada no sítio eletrônico da Subseção do Espírito Santo da Ordem dos Advogados do Brasil⁴³⁷, o valor para contratação de advogado da área cível para elaboração de defesa no ano de 2021⁴³⁸ perfazia o valor de 80 (oitenta) Unidade Referencial de Honorários, ou seja, R\$ 13.142,40 (treze mil cento e quarenta e dois reais e quarenta centavos)⁴³⁹⁻⁴⁴⁰, o que, a princípio, corresponderia a um custo fixo para elaboração da defesa e se estenderia até a prolação da sentença.

Em um estudo elaborado pela Planisa⁴⁴¹, empresa de serviços de Gestão de Custos para a área de saúde, foi apurado que o valor diário de uma internação em hospital particular em

⁴³⁶ Não se conseguiu identificar um estudo detalhado de quanto um plano de saúde gastaria nessa situação hipotética, razão pela qual foram criadas estimativas para a construção do raciocínio.

⁴³⁷ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Tabela de Honorários e Diligências. Disponível em: <https://www.oabes.org.br/tabela-urh/#2021>. Acesso em: 22 set. 2022.

⁴³⁸ Utilizou-se o mesmo ano de referência dos dados extraídos do Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça.

⁴³⁹ Considerando que o valor da Unidade Referencial de Honorários é divulgada mensalmente, calculou-se a média aritmética no ano de 2021 para se chegar ao valor de R\$ 164,28 (cento e sessenta e quatro reais e vinte e oito centavos).

⁴⁴⁰ Utilizou-se como critério objetivo a tabela disponibilizada pela Ordem dos Advogados do Brasil.

⁴⁴¹ De acordo com os dados sobre Judicialização da Saúde no Brasil elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, a internação hospitalar integra a lista de causas de pedir das demandas apresentadas junto ao Poder Judiciário. Embora não seja a de mais incidência, utilizou-se a internação como exemplo em virtude da obtenção de dados concretos sobre o assunto. Esclareça-se que as demandas mais recorrentes se referem a fornecimento de medicamentos, de órteses, próteses e meios auxiliares, bem como cobertura para realização de procedimentos. Contudo, dada a dificuldade de estimar valores sobre esses assuntos, preferiu-se exemplificar a partir de dados objetivos. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Estatísticas Processuais de Direito à Saúde*. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 26 ago. 2022).

Unidade de Terapia Intensiva perfaz o valor médio de R\$ 2.136,00 (dois mil cento e trinta e seis reais)⁴⁴², ao passo que a internação chamada “não-crítica” foi de R\$ 839,00 (oitocentos e trinta e nove reais) por dia. Nota-se que, em apenas um mês o plano de saúde gastaria R\$ 64.080,00 (sessenta e quatro mil e oitenta reais) na manutenção do usuário em Unidade de Terapia Intensiva ou R\$ 25.170,00 (vinte e cinco mil cento e setenta reais) em uma Unidade de Internação “não-crítica”.

Comparativamente ao gasto apenas com advogado, para o plano de saúde, é mais rentável a negativa de cobertura, o que gera um estímulo na manutenção do litígio para, ao menos, prorrogar o cumprimento do contrato.

Além desse fato, ressalte-se que o setor em exame é remunerado por usuários e, conforme apresentado nesse trabalho⁴⁴³, possui um modelo de repartição de gastos entre os beneficiários do plano de saúde, expostos aos mesmos riscos para possibilitar um equilíbrio entre as prestações pagas pelos consumidores e as contraprestações ofertadas pelas operadoras.⁴⁴⁴

Ademais disso, pensando apenas no ressarcimento dos custos administrativos gerados à estrutura do Poder Judiciário, não há incentivo financeiro para o litigante habitual almejar a redução do tempo de tramitação do processo, considerando que: (i) na atuação do litigante habitual como réu, obviamente, este não efetua qualquer pagamento ao Poder Judiciário; (ii) em eventual condenação, o sistema de sucumbência comporta o pagamento das custas judiciais⁴⁴⁵, que não necessariamente correspondem aos custos administrativos acima citados; (iii) pagamento da condenação em custas será realizado quando do encerramento do processo, que pode perdurar por anos, notadamente em relação a sua expertise em postergar o resultado das demandas, conforme já visto anteriormente.

⁴⁴² Apesar de o estudo ter como enfoque os leitos relativos à Covid-19, necessário esclarecer que também foram analisados o valor de leitos que não correspondem a essa categoria, revelando-se útil ao presente escrito. (COVID-19: Custo mediano de diária em UTI é de R\$ 2.234. *Planisa*, [s.l.], 26 jan. 2021. Disponível em: <https://planisa.com.br/site/covid-19-custo-mediano-de-diaria-em-uti-e-de-r-2-234/>. Acesso em: 10 maio 2022).

⁴⁴³ Ver tópico 2.4.3 deste trabalho.

⁴⁴⁴ Nesse contexto, ressalte-se um estudo realizado por Alberto Hideki Kanamura e Ana Luiza D'Ávila Viana que analisaram clientes de um plano de saúde que opera no Estado de São Paulo e identificaram que apenas 1% dos beneficiários produziram os maiores gastos com procedimentos do plano de saúde, o que significa que a grande maioria dos contratantes não representam tantos gastos à operadora de plano de saúde, de forma que a mensalidade pago pode representar um significativo lucro à empresa. O trabalho remonta ao ano de 2006, mas é uma boa ilustração dessa relação de repartição de despesas entre os beneficiários de planos de saúde. (KANAMURA, Alberto Hideki; VIANA, Ana Luiza D'Ávila. Gastos elevados em plano privado de saúde: com quem e em quê. *Revista Saúde Pública*, n. 41 (5), Out. 2007, [Online]. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/Wg9NSBmBkTn4LK5q4mLDqBk/?lang=pt#>. Acesso em: 04 maio 2022).

⁴⁴⁵ O Capítulo 1 deste trabalho abordou a questão das custas judiciais e o modelo de distribuição das despesas adotado no país e como pode ser uma estrutura de incentivo ao litigante.

Em verdade, nota-se que os custos de transação na relação entre o beneficiário e o plano de saúde se revelam superiores aos custos de judicialização, o que mostra um estímulo ao litigante habitual, notadamente porque este nunca levará em conta o custo marginal do uso do aparelho estatal.

Trazendo um exemplo concreto, com adaptações de um exemplo trazido por Steven Shavell⁴⁴⁶, imagine-se que: (i) haja um descumprimento contratual consistente na negativa de cobertura de um procedimento no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a ser postulado em juízo; (ii) os custos de administração remontem a R\$ 3.000,00 (três mil reais); (iii) que os custos administrativos relacionados ao plano de saúde para se defender perfariam R\$ 2.000,00 (dois mil reais); (iv) que a probabilidade de descumprimento do contrato em hipóteses semelhantes a essas seja de 10%, sem que a atitude do beneficiário em nada modificaria esse percentual, ou seja, o pagamento regular ou qualquer outro tipo de atitude do contratante permaneceria com esse percentual de descumprimento do contrato.

Considerando que o seu custo para ajuizamento seja de R\$ 3.000,00 (três mil reais), ressaltai claro que irá ingressar em juízo, pois o seu ganho é maior: R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Além de não cobrir o procedimento, o plano, tem a “vantagem” de dispender apenas com a defesa, sem os gastos judiciais em relação ao Estado. Entretanto, socialmente, é indesejado que ocorram ações desse tipo.

Se, eventualmente, as chances de ocorrências como essa sempre permanecerem as mesmas, ou seja, no percentual de 10%, não haverá qualquer benefício social e ingressar em juízo não reduzirá os custos sociais de administração do Estado.

Tanto o autor da ação desse exemplo quanto o réu não levarão em conta os custos sociais da demanda, pois observarão apenas os seus ganhos privados, em especial o plano de saúde, que tem em seu favor o tempo de eventual condenação – dada a morosidade do Poder Judiciário já tratada – e os gastos relativamente baixos que poderão ser postergados⁴⁴⁷.

⁴⁴⁶ Steven Shavell trouxe um exemplo de acidente de trânsito, razão pela qual preferiu-se adaptar o exemplo a um caso relacionado a plano de saúde. (SHAVELL, Steven. *Economic analysis of litigation and the legal process*. Cambridge, 2003, cap.17, p. 3. [Livro Digital]. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w9697>. Acesso em: 26 jun. 2022).

⁴⁴⁷ No mesmo sentido, concluiu Rafael Souza Cardozo: O financiamento público gera um efeito reverso do que preconiza o modelo processual civil vigente de incentivo à autocomposição e gera um estímulo para o ajuizamento de ações que não existiriam se os grandes litigantes suportassem uma maior proporção das custas. Inviabiliza-se, com a fórmula atual, a própria prevenção do conflito, pois, para as empresas, é mais barato litigar do que internamente alocar recursos para uma solução extrajudicial, não despendendo, portanto, esforços para a autocomposição, o que leva, inevitavelmente, à utilização irresponsável do Judiciário a custo praticamente zero. Uma empresa igualmente considera a morosidade como elemento do custo para litigar. Se é baixo o custo para litigar em juízo e se esse sistema é moroso, é possível que a empresa prefira investir o valor que despenderia em uma solução consensual em outros fins, utilizando a morosidade como forma de favorecer seu investimento. Essas empresas encontram no baixo valor das custas e na morosidade judicial – causada, inclusive, pela sobrecarga do

Registre-se, ainda, que a categoria de litigante habitual, conforme já explanado anteriormente, ainda possui uma estrutura a seu favor, realiza uma economia de escala na assessoria jurídica necessária para o acompanhamento das demandas, o que reforça ainda mais a tendência a permanecer na litigiosidade.

Interessante pontuar que o Judiciário funcionando como “porta principal” da solução dos conflitos também gera um incentivo, pois, sendo a utilização da justiça altamente subsidiada pelo Estado, mostra-se menos oneroso aos grandes litigantes buscar solução a sua própria maneira. Dessa maneira, Erick Navarro Wolkart expõe que “entes cuja atividade econômica envolve extensa base de clientes elegem essa via como prioritária para solução de conflitos, ocupando e congestionando o Poder Judiciário, em prejuízo à toda a população”⁴⁴⁸.

Para o Poder Judiciário, por outro lado, os gastos são negativos e, em um cenário de escassez e de redução orçamentária por conta de sucessivas crises econômicas que o Brasil vem enfrentado, a questão fica ainda mais crítica. Os planos de saúde, ao revés, possuem remuneração distributiva e reajustes cada vez maiores⁴⁴⁹ e, apesar de haver o risco de uma eventual desvinculação de seus usuários por ocasião do aumento de preços, certamente já há o estudo sobre esse impacto no recálculo das tarifas.

Isso porque essa variação de preços e eventual rescisão também integram os custos de transação, o que, inclusive, pode ser repassado aos beneficiários que permaneceram com os contratos nesse cálculo geral.

Necessário apontar, ainda, o modelo de escolha racional também trazido pela economia, em que, certamente, o plano de saúde analisa os custos e os benefícios do processo judicial, a fim de examinar se se deve permanecer na litigância. Ivo Teixeira Gico Jr. aponta que, “com ou sem a participação de advogados (como nos juizados especiais), ainda que intuitivamente,

serviço judicial, por sua vez gerada pelas baixas custas, em um sistema cíclico de causa e efeito – estímulo para o descumprimento dos direitos dos cidadãos e para a recusa injustificada de resolver os conflitos de forma consensual. (CARDOZO, Rafael Souza. O tratamento adequado das custas processuais como instrumento de gestão processual. *Revista Judicial Brasileira*, v. 1, n. 1, jul.-dez., 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.88>. Acesso em: 20 ago. 2022).

⁴⁴⁸ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 527.

⁴⁴⁹ A Agência Nacional de Saúde Suplementar autorizou, em maio de 2022, que os planos de saúde fizessem o maior reajuste das últimas décadas. (ANS aprova aumento de 15,5% em planos de saúde individuais: entenda como vai funcionar o reajuste. [s.l.], 28 maio 2022. *Portal G1*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/05/28/ans-aprova-aumento-de-155percent-em-planos-de-saude-individuais-entenda-como-vai-funcionar-o-reajuste.ghml>. Acesso em: 30 maio 2022.

as partes tentam estimar a probabilidade de sucesso, bem como os custos associados à realização de um acordo ou de continuar litigando”⁴⁵⁰.

Em um cálculo de probabilidades de êxito ou fracasso, Ivo Teixeira Gico Jr. aponta que a escolha racional do autor é o benefício esperado, menos o custo do litígio, que inclui as custas judiciais, os honorários advocatícios e as demais despesas decorrentes do ingresso ao Poder Judiciário. Na perspectiva do réu, por outro lado, há a expectativa de um retorno, ainda que negativo.

Segundo o mencionado professor, o resultado dessas estimativas individuais determinará, em larga medida, a capacidade de as partes realizarem acordos, conforme analisado no primeiro tópico do presente capítulo. Assim, ao que parece, apenas quando houver uma antevisão clara e inequívoca sobre o resultado do litígio, em que a perda do réu implica no benefício ao autor, o acordo extrajudicial seria mais interessante por eliminar os custos administrativos.

Entretanto, como bem pontua João Parizzi⁴⁵¹ e também já apresentado anteriormente, essa hipótese deve considerar a ideia de risco, como já abordado no tópico anterior, tanto pela ausência de informações perfeitas pelo Poder Judiciário sobre como se decidirá cada caso, quanto pela assimetria de informações entre as próprias partes litigantes.

O modelo da litigância, portanto, pode ser verificado pela seguinte fórmula, conforme expõe Erik Navarro Wolkart: “sempre que a diferença de expectativas das partes for maior do que o custo social do processo, não haverá acordo”⁴⁵² e, via de consequência, será mais vantajoso litigar, consoante já exposto no tópico anterior.

A partir das estimativas apontadas, ao que parece, em uma simples análise, o plano de saúde possui mais vantagens na permanência com a demanda, notadamente por figurar como réu e ter mais gastos fixos e estar dotado de uma estrutura própria para permanecer em litígio.

Diante desse panorama, tem-se que o cenário judicial brasileiro atrai os “maus” litigantes e exclui os bons, pela vantagem na permanência do litígio, o que Ivo Teixeira Gico Jr. chama de seleção adversa: “detentores legítimos de direitos são afastados do Judiciário, enquanto agentes não detentores de direitos são atraídos justamente por causa da morosidade

⁴⁵⁰ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, v. 267, set/dez 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462/44453>. Acesso em: 28 jun. 2022.

⁴⁵¹ PARIZZI, João Hagenbeck. *Abuso do direito de litigar: uma interpretação do direito de acesso ao Judiciário através do desestímulo econômico dos litigantes habituais*. 2016. 160f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12118>. Acesso em: 01 jan. 2021.

⁴⁵² WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 359.

judicial para postergar o adimplemento”⁴⁵³. Vê-se, portanto, a vantagem dos planos de saúde em permanecer judicialmente nas demandas, à míngua do cumprimento dos contratos.

4.3 A ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO E OS INCENTIVOS QUE PERMITEM O COMPORTAMENTO ABUSIVO DOS LITIGANTES HABITUAIS

Conforme visualizado no Capítulo 1, a prestação jurisdicional deficitária é um problema que vem sendo estudado há décadas pela doutrina, com a identificação de uma situação denominada “crise da justiça”, no qual os jurisdicionados possuem clara dificuldade de acesso a uma tutela jurídica justa, adequada e tempestiva.

Em linhas gerais, fazendo um raciocínio hipotético, foi possível ver acima que permanecer no litígio pode ser mais vantajoso do que cumprir com exatidão os contratos. O ponto para o qual se direciona o presente estudo é distinto do que se identifica em muitos trabalhos: parte-se da ideia do réu, ou seja, do abuso do direito de defesa, e não do prisma do autor.

Nesse sentido, falar do amplo acesso ao Poder Judiciário é relevante, como já visto anteriormente, para traçar um cenário de ampla litigiosidade no Brasil. Contudo, convém trazer outro ponto interessante: como a estrutura do Poder Judiciário incentiva os planos de saúde a permanecerem na habitualidade da litigância, ou seja, a optarem por ser demandados em uma ação judicial em vez de cumprir os contratos?

O primeiro ponto já foi enfrentado no tópico anterior: os custos de permanência no sistema de justiça podem ser vantajosos. No entanto, a questão não se encerra apenas nos custos sociais e nos custos privados, mas, antes disso, o sistema de distribuição de custas brasileiro também é algo a ser pensado, pois também pode conter um incentivo – ainda que implícito – à litigância.

Os dados do relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça relativos ao ano de 2021⁴⁵⁴ demonstram que referida taxa judiciária, aliada à fase de execução, aos emolumentos e a eventuais taxas correspondeu a apenas 19,8% da arrecadação do Poder Judiciário, de forma que houve 14,5 bilhões de recolhimento, ao passo que o gasto total do

⁴⁵³ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, v. 267, set-dez 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462/44453>. Acesso em: 28 jun. 2022.

⁴⁵⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022: ano-base 2021*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

Poder Judiciário no ano de 2020 foi na ordem de 103,9 bilhões. Nota-se, assim, que o valor apenas de recebimento para uso da máquina pública é bem menor em relação ao seu gasto.

Obviamente que esses valores consideraram todas as ações judiciais, e não somente a litigância habitual, mas os dados fornecem um panorama de alto gasto com o demandismo em termos gerais.

Analisando dados de 2019, em um cotejo entre os gastos do Poder Judiciário e o valor por ele percebido pelas custas iniciais, Rafael Souza Cardozo concluiu que havia um financiamento público na ordem de 87% e cada brasileiro paga, em média, R\$ 479,16 (quatrocentos e setenta e nove reais e dezesseis centavos) para que o Judiciário possa funcionar, ainda que jamais tenha ingressado em juízo⁴⁵⁵. De igual forma, o Relatório Justiça em números demonstrou que, em 2021, o custo pelo serviço de Justiça foi de R\$ 489,91 (quatrocentos e oitenta e nove reais e noventa e um centavos) por habitante⁴⁵⁶.

Nesses termos, Rafael Souza Cardozo pondera que não se defende que não haja uma contraprestação estatal nos custos da Justiça ou lucro com esse serviço, contudo, “deve-se buscar a diminuição desse financiamento público, aproximando o valor das custas processuais ao preço efetivo do processo, sob pena de haver um colapso do Judiciário em virtude da sua sobreutilização”⁴⁵⁷, pois subsidiar as custas promove incentivos à propositura de ações e desestimula a prevenção dos conflitos.

Ao trazer esse modelo para a litigância habitual, essa questão fica ainda mais clara, pois, como já visto, os integrantes dessa categoria desenvolvem maiores expertises em comparação aos litigantes eventuais em virtude do volume de demandas que enfrentam no cotidiano. Portanto, entendem melhor as “regras do jogo” e se tornam mais sensíveis à eventual alteração no tratamento das custas⁴⁵⁸.

O Painel de monitoramento de demandas de saúde do Conselho Nacional de Justiça indica que há uma taxa de congestionamento de 80,42% no tema relacionado aos Planos de

⁴⁵⁵ CARDOZO, Rafael Souza. O tratamento adequado das custas processuais como instrumento de gestão processual. *Revista Judicial Brasileira*, v. 1, n. 1, jul.-dez., 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.88>. Acesso em: 20 ago. 2022.

⁴⁵⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022: ano-base 2021*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

⁴⁵⁷ CARDOZO, Rafael Souza. O tratamento adequado das custas processuais como instrumento de gestão processual. *Revista Judicial Brasileira*, v. 1, n. 1, jul.-dez., 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.88>. Acesso em: 20 ago. 2022.

⁴⁵⁸ CARDOZO, Rafael Souza. O tratamento adequado das custas processuais como instrumento de gestão processual. *Revista Judicial Brasileira*, v. 1, n. 1, jul.-dez., 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.88>. Acesso em: 20 ago. 2022.

Saúde, o que, por certo, aumenta o gasto social do Poder Judiciário, levando em consideração os valores estimados no tópico anterior⁴⁵⁹.

No Capítulo 1⁴⁶⁰, identificou-se que, no modelo de custas judiciais adotados no ordenamento jurídico brasileiro, a regra de alocação de recursos para acionamento do Poder Judiciário advém do modelo inglês, que disciplina que atribui os custos ao vencido, na forma do artigo 85 da legislação processual civil⁴⁶¹.

Em princípio, conforme lecionam Robert Cooter e Thomas Ulen, a regra que vigora é interessante, especialmente nos casos de baixa probabilidade de êxito, eis que o fato de ter de pagar com as despesas do vencedor já desencorajaria a parte a seguir com o caminho da litigância⁴⁶².

Contudo, dado o cenário de incerteza e imprevisibilidade das decisões judiciais, “o acolhimento da regra inglesa de alocação das custas e das despesas processuais apenas faz persistir ou até fomentar o campo de atuação do viés otimista, cuja presença é favorecida na ausência ou insuficiência de previsão quanto ao provimento jurisdicional”, conforme leciona Bianca Bez^{463_464}.

⁴⁵⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Estatísticas Processuais de Direito à Saúde*. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 26 ago. 2022.

⁴⁶⁰ Rememore-se que, conforme já exposto, as custas judiciais podem ser um incentivo para a litigância por serem preços módicos e amplamente acessíveis, especialmente no caso de grandes litigantes, com condições de arcar com esses valores. É importante esclarecer que aqui não se discute a necessidade de acesso à justiça, mas sim o excesso de acesso que contribui para a manutenção dos litigantes habituais em detrimento do litigante individual. Sobre o tema, lecionam Fernanda Elisabeth Nöthen Becker e Alexandre Morais da Rosa: “[...] esse cenário coopera para os demandados habituais, para os devedores, pois favorece o descumprimento de obrigações – a morosidade, aliada ao custo quase zero para litigar incentivam esse descumprimento, pois a obrigação de reparação é remota e demorada. A atual conformação do acesso ao Poder Judiciário não atinge uma regulação eficiente: a situação atual prejudica os litigantes legítimos, e os desincentiva a procurar o Judiciário em face do assoberbamento. Os litigantes abusivos, então, são o grupo mais beneficiado pelo estado de coisas: em grande medida eles são os demandados, de modo que são os grandes interessados na morosidade, ineficiência e demora no cumprimento das decisões judiciais”. (BECKER, Fernanda Elisabeth Nöthen; ROSA, Alexandre Morais da. As custas judiciais como mecanismo de desincentivo à litigância abusiva. Encontro de Administração da Justiça, 2018, Brasília. *Anais do ENAJUS 2018*. Brasília: ENAJUS, 2018. v. 1. Disponível em: https://www.enajus.org.br/2018/assets/sessoes/056_EnAjus.pdf. Acesso em: 04 jul. 2022).

⁴⁶¹ Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (BRASIL. *Lei nº 13.105, 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 ago. 2021).

⁴⁶² COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Derecho y economía*. 1 ed. Traduzido para espanhol por Eduardo L. Suárez. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2016. [Livro Digital].

⁴⁶³ BEZ, Bianca. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?* 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 241.

⁴⁶⁴ Erick Navarro Wolkart aponta que não existe um sistema de custas diferenciado para o litigante habitual, de forma que o comportamento do sistema de justiça será sempre cooperativo, ao contrário do litigante. (WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 537). No entanto, com o máximo respeito à construção realizada pelo autor, mostra-se dificultoso apresentar um modelo diferenciado de custas apenas ao litigante habitual, sob pena de afronta ao princípio da igualdade constitucionalmente prevista. Obviamente que essa categoria traz grandes impactos ao sistema de justiça, porém, há outras formas de prevenção da litigância que

A incerteza do direito cultiva o otimismo de que haverá probabilidade de êxito e, nas palavras de Bianca Bez, essa ideia faz com que dificilmente o potencial litigante se preocupe com eventuais e futuras despesas a serem pagas na hipótese de um julgamento desfavorável⁴⁶⁵, o que, obviamente, faz com que se opte pelo caminho da litigância.

Vê-se que o tempo médio de pendência dos processos em tramitação que se referem a planos de saúde é de 958 (novecentos e cinquenta e oito) dias⁴⁶⁶, o que já demonstra um cenário de prorrogação de alocação de recursos atinente ao cumprimento dos seus contratos, dado o tempo médio que pende de julgamento.

Para além desse ponto, à diferença de um litigante eventual, que o só fato de figurar como parte em uma demanda judicial pode representar um maior impacto com a contratação de advogados, e, geralmente não está preparado para suportar o tempo de tramitação de um processo, a questão muda para o litigante habitual, que já possui um aparato jurídico para enfrentar todas as etapas.

Nesse aspecto, uma negativa de procedimento ou de tratamento, além de gerar um impacto psicológico inesperado em virtude de o beneficiário esperar que haverá a cobertura para suas enfermidades, ao menos em tese, em razão do valor pago mensalmente, também remonta ao aspecto jurídico de, na qualidade de litigante eventual, ter de buscar advogado, dispende de tempo e de dinheiro para ingressar judicialmente.

O plano de saúde, litigante habitual que se utiliza do sistema para sua manutenção na qualidade de réu, por sua vez, já tem toda uma conformação para enfrentar essa questão, o que mostra uma verdadeira face do abuso do direito de permanecer na mesma situação jurídica, em detrimento do cumprimento do que fora avençado com os beneficiários.

Além disso, a assimetria de informação no processo civil brasileiro pode existir tanto por meio da incerteza das partes quanto aos fatos deduzidos nas petições, quanto na incerteza quanto ao direito.

podem ser observadas, que não a imposição de custas diferenciadas, por dependerem de uma análise casuística. Nesse cenário, ficam alguns questionamentos: a lei deveria determinar quem seriam os litigantes habituais? Qual seria o critério de identificação? O magistrado, unicamente, poderia arbitrar o pagamento de custas diferenciadas ao réu? Talvez isso se confundiria com a própria penalidade por litigância de má-fé, o que iria de encontro ao escopo das custas, que é uma taxa e não possui caráter sancionatório. Indo mais além, no caso dos planos de saúde, apesar de integrarem, majoritariamente, como réus no processo, é possível que também sejam autores. Desse modo, em uma pretensão legítima, também seriam atingidos por essa diferenciação? É uma reflexão importante a ser feita e que, talvez, não resolva o problema.

⁴⁶⁵ BEZ, Bianca. *Negociação, economia e psicologia*: por que litigamos? 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 242.

⁴⁶⁶ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Estatísticas Processuais de Direito à Saúde*. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 26 ago. 2022.

As etapas procedimentais do processo já indicam que haverá uma discrepância de informações entre as partes: conforme leciona Erik Navarro Wolkart, apenas do ponto de vista informacional, o réu ao ser citado para a audiência de conciliação, possui todas as estratégias argumentativas do autor, porém, o contrário não é verdadeiro⁴⁶⁷. Nesse sentido, a falta de informação completa entre os envolvidos gera um ambiente ainda mais combativo.

A incerteza quanto ao direito também é outro ponto relevante, pois uma interpretação estável e respeitada sobre determinada lei faz com que “aventuras jurídicas” se perpetuem, notadamente em um modelo que, como será visto, pouco aplica punições para atuações despropositadas no curso do processo.

Quanto mais afastada da real informação sobre o direito, das provas eventualmente produzidas e dos precedentes relacionados ao tema, mais o otimismo do litigante em permanecer na decisão judicial⁴⁶⁸.

A assimetria de informação também pode advir do próprio Poder Judiciário: o juiz é humano e, como tal, pode cometer erros de aplicação do direito e de percepção das normas jurídicas.

Relevante para ilustrar essa situação é o trabalho Bruna Braga da Silveira⁴⁶⁹, que pesquisou se a técnica de julgamento de casos repetitivos está apta a julgar adequadamente a litigiosidade repetitiva em setores regulados. Foi observado que, em muitos julgamentos nos quais o órgão regulador não participou da formação da tese jurídica, não foram consideradas questões regulatórias importantes que regem o setor⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Erik Navarro cita um exemplo interessante, ao argumentar que a audiência se dará na penumbra, com clara assimetria informacional: “Imagine-se autor e réu otimistas com alto prognóstico de vitória. Suponha-se que o autor alegue um fato sobre o qual o réu já tem uma testemunha que derá uma versão vantajosa para as suas pretensões. Isso aumentará o otimismo do réu, sem alterar o otimismo do autor, reduzindo ainda mais o intervalo do acordo no momento da audiência”. (WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 361-363).

⁴⁶⁸ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 412-416.

⁴⁶⁹ SILVEIRA, Bruna Braga da. *Litigiosidade repetitiva, processo e regulação: interações entre o Judiciário e o órgão regulador no julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2021.

⁴⁷⁰ Para reforçar essa ideia, citando um estudo realizado no âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, Paulo Furquim de Azevedo traz um ponto interessante relacionado à característica dos juízes, o que chama atenção, inclusive, para a criação de uma justiça especializada: “Aqueles que estão há mais tempo no judiciário tendem a decidir com menor frequência pela provimento pleno das demandas; e aqueles com maior experiência em casos relacionados à saúde fazem mais uso de citações aos órgãos técnicos e, quando o fazem, tendem a decidir com maior frequência pela improcedência ou procedência plena das demandas (reduzem os casos parcialmente procedentes). Esses resultados indicam que o modo de organização do judiciário, como o estabelecimento de varas especializadas que permitam maior aprendizado dos juízes em casos de saúde, pode contribuir para decisões mais qualificadas [...]”. (AZEVEDO, Paulo Furquim de. Juízes de Jaleco: a judicialização da saúde no Brasil. In: YEUNG, Luciana. *Análise econômica do direito: temas contemporâneos*. São Paulo: Actual, 2020. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786587019079/>. Acesso em: 02 mar. 2022). Conclui-se, pois, que a questão tende a ser mais próxima do direito e da realidade quando há uma especialização

Essa situação pode trazer prejuízos ao caso concreto, tanto à categoria, quanto aos próprios consumidores, que podem sofrer os efeitos do equilíbrio econômico-financeiro, a exemplo do plano de saúde, o qual repassa os custos ao beneficiário pela regra distributiva em seus contratos já estudada anteriormente.

Nesse aspecto, o conhecimento aprofundado sobre a atividade da operadora do plano de saúde e a regulação a respeito do tema pode delinear com exatidão todas as situações jurídicas que podem ocorrer na relação contratual, especialmente porque não há uma sistematização sobre as normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Vê-se que os atos normativos da referida agência são esparsos e não possuem uma organização clara, o que dificulta a informação precisa sobre determinada questão.

Destaca-se que quando um juiz decide favoravelmente ao consumidor pelas normas gerais de tutela jurídica do Código de Defesa do Consumidor, sem analisar as nuances de que trata a Agência Nacional de Saúde Suplementar, é possível que quem pague a conta final é o próprio beneficiário de plano privado de assistência, porque, invariavelmente, os custos judiciais são repassados no cálculo dos reajustes praticados pelas operadoras.

Erik Navarro Wolkart aponta que “quando o sistema de justiça é capaz de fixar com razoável segurança jurídica a interpretação ‘correta’ da lei, ou seja, quando os precedentes dos tribunais são estáveis e respeitados, a incerteza diminui bastante”⁴⁷¹. Embora o autor reconheça que ainda há um espaço para a permanência na incerteza da informação mesmo com um sistema forte de precedentes, o fato é que um sistema sem coesão e onde paira a incerteza jurídica abre caminho para manobras e defesas protelatórias.

Convém registrar que as próprias decisões dos Tribunais Superiores podem elevar o quantitativo de demandas, ao empregarem conceitos jurídicos indeterminados e ampliativos, que, por certo, relegam ao juiz realizar a interpretação da questão no caso concreto. Exemplo disso é o julgamento recente sobre o rol taxativo dos planos de saúde, em que o Superior Tribunal de Justiça definiu que o rol de procedimentos e eventos em saúde da Agência Nacional

maior da temática a partir da participação de órgãos reguladores que lidam diariamente com o tema. Isso porque os dados e as expertises trazidos por eles são relevantes no processo judicial para que haja uma análise completa e aprofundada, notadamente quando se trata de plano de saúde, com disciplinas específicas e assuntos técnicos a serem levados em consideração pelo julgados no exame da causa.

⁴⁷¹ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 412-416.

de Saúde Suplementar é taxativo, especificando algumas hipóteses em que a cobertura pode ser feita fora da referida listagem⁴⁷²⁻⁴⁷³.

Ocorre que o julgado trouxe hipóteses indeterminadas, que só poderão ser visualizadas concretamente, o que, sob um aspecto, apesar de ser muito positivo para alcançar um maior número de casos, pode implicar um aumento no número de demandas sobre o tema, para que o magistrado analise, em cada situação específica, se os requisitos apontados no julgamento devem ser aplicados⁴⁷⁴. Não obstante o recurso não tenha tramitado sob o rito dos Recursos Repetitivos, certamente já é parâmetro e, inclusive, na divisão de Hermes Zaneti Jr., figura como precedente persuasivo, que também deve ser observado pelos órgãos jurisdicionais⁴⁷⁵.

⁴⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1886929/SP*. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DE DIREITO PRIVADO ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, INEQUIVOCAMENTE ESTABELECIDO NA SUA PRÓPRIA LEI DE CRIAÇÃO. ATO ESTATAL DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDO PELO LEGISLADOR PARA EQUILÍBRIO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO N. 21 DA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO CONTRATUAL, SEMPRE VISANDO O EQUILÍBRIO. HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA E SEGUNDA SEÇÕES NO SENTIDO DE VELAR AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA. FIXAÇÃO DA TESE DA TAXATIVIDADE, EM REGRA, DA RELAÇÃO EDITADA PELA AGÊNCIA, COM ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS OBJETIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO. [...] Embargante: Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico. Embargado: Gustavo Guerazo Lorenzetti. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, 8 de junho de 2022. Publicado em 03/08/2022. Decisão por maioria. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=160376796&num_registro=202001916776&data=20220803&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 ago. 2022.

⁴⁷³ Nesse sentido, pontuou Alan Bousso: "Ainda que a excepcionalidade tenha sido expressa, todos esses itens podem levar a questionamentos no Judiciário e dar margem para o surgimento de diversas teses. Por óbvio que pessoas com a própria vida ou de algum ente querido no limite vão buscar todas as alternativas possíveis para conseguir o tratamento de que precisam. Do mesmo modo, advogados aguerridos que atuam em relação ao tema, seja para a parte de usuários ou das operadoras seguirão buscando fixar a jurisprudência a favor de suas causas ou ao menos conseguir vitórias pontuais". (BOUSSO, Alan. Decisão do STJ sobre rol taxativo deve aumentar judicialização da saúde. [s.l.], 22 de julho de 2022. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-22/alan-bousso-decisao-rol-taxativo-aumentar-judicializacao#:~:text=Decis%C3%A3o%20do%20STJ%20sobre%20rol%20taxativo%20deve%20aumentar%20judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde&text=Um%20dos%20argumentos%20para%20se,questionamentos%20na%20Justi%C3%A7a%20seriam%20reduzidos>. Acesso em: 30 jul. 2022).

⁴⁷⁴ Conforme já exposto nesse trabalho, a Lei nº 14.454, sancionada no dia 21 de setembro de 2022, ampliou a possibilidade de se utilizar um rol ampliado nos Procedimentos e Eventos em Saúde, desde que exista: (i) comprovação da eficácia, à luz das ciências da saúde, baseada em evidências científicas e plano terapêutico; (ii) recomendação pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS ou autorização pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária; (iii) recomendação de, no mínimo, um órgão de avaliação de tecnologias em saúde que tenha renome internacional, desde que sejam aprovadas também para seus nacionais. Em verdade, essas exigências acabam por condicionar a situação o paciente também a pareceres ou a órgãos que tratam do tema, de forma que só a praxe forense poderá responder se essa legislação será adequada a esses casos. (SENADO aprova obrigatoriedade de cobertura de tratamentos fora do rol da ANS. *Agência Senado Federal* [Online]. Brasília, DF, 29 ago. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/08/29/senado-aprova-obrigatoriedade-de-cobertura-de-tratamentos-fora-do-rol-da-ans>. Acesso em: 29 ago. 2022).

⁴⁷⁵ ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 3ª ed. Salvador: Juspodivim, 2017. p. 348-352.

Consoante defende Julio César Marcellino Júnior, “a distribuição dos custos de processos judiciais precisa ser reconhecida e analisada como uma das principais causas do excesso de litigância e da abusividade no manejo do direito de ação”⁴⁷⁶.

Por fim, um sistema processual que não prevê com exatidão o abuso do direito processual e a baixa aplicação de penalidades na praxe forense são incentivos aos litigantes habituais, seja porque os magistrados não adotam uma posição mais punitivista em relação a eventuais deslealdades processuais, seja porque a própria jurisprudência enfraquece o papel das sanções.

Quanto à conduta do julgador, Erik Navarro Wolkart traz a ideia de que o juiz, assim como as partes, faz uma ponderação de custos e benefícios dos seus atos e, por vezes, “a punição por litigância de má-fé ou por abuso dos direitos processuais demanda o esforço de afastar a cordialidade em prol de uma postura impessoal”⁴⁷⁷. Nesses termos, os magistrados tendem a repelir esse tipo de postura, pois a postura punitivista é incompatível com a cordialidade advinda da cultura brasileira⁴⁷⁸.

Já em relação à jurisprudência, uma breve pesquisa no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça⁴⁷⁹ sobre o tema denota que, por vezes, as multas são aplicadas em valores baixos e, em sua grande maioria, exigem a demonstração de dolo ou culpa, o que é muito difícil na praxe forense.

⁴⁷⁶ MARCELLINO JÚNIOR, Julio César. *O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade*. 2014. 300f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/123198/326774.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 31 jan. 2021.

⁴⁷⁷ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 563-564.

⁴⁷⁸ Sobre a história do brasileiro, Sérgio Buarque de Holanda traz o “homem cordial”, que possui uma dupla face: a intimidade e o horror a formalismos. Importante as características trazidas pelo autor: “Já se disse, numa expressão feliz, que a contribuição brasileira para a civilização será de cordialidade — daremos ao mundo o “homem cordial”. A lhanza no trato, a hospitalidade, a generosidade, virtudes tão gabadas por estrangeiros que nos visitam, representam, com efeito, um traço definido do caráter brasileiro, na medida, ao menos, em que permanece ativa e fecunda a influência ancestral 146 dos padrões de convívio humano, informados no meio rural e patriarcal. Seria engano supor que essas virtudes possam significar “boas maneiras”, civilidade. São antes de tudo expressões legítimas de um fundo emotivo extremamente rico e transbordante”. Apesar das críticas realizadas por Sérgio Buarque de Holanda – que não serão aprofundadas neste trabalho por não fazer parte do escopo principal, o trecho é relevante para se identificar a natureza do brasileiro da cordialidade e da aversão a posturas mais rígidas ou formais. (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146-147).

⁴⁷⁹ WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “tragédia da justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 561.

Ademais, outro problema grande que se tem sobre a matéria na referida Corte Superior reside na própria Súmula 7⁴⁸⁰, que não admite o reexame de fatos, no entanto, as posturas que merecem sanção são claramente fáticas, o que afasta a atuação e, por conseguinte, também não se cria uma jurisprudência estável sobre a temática, tampouco são fixados critérios para utilização⁴⁸¹. A punição, portanto, é deixada livremente para o entendimento de cada magistrado sobre os fatos narrados.

Pelo exposto, verifica-se que a própria estrutura jurisdicional pode ser um fator que fornece bases para a manutenção dos planos de saúde como litigantes habituais, o que deve ser combatido e já tem sido objeto de preocupação pelo Conselho Nacional de Justiça, conforme será identificado no tópico 4.5 deste escrito.

4.4 EXISTEM LITÍGIOS SOCIALMENTE DESEJADOS?

Como já visto, o litigante sempre analisará, racionalmente, se os custos para o litígio proporcionarão uma maximização de riqueza, mas apenas individualmente considerados: os custos pessoais, financeiros, emocionais ou de qualquer outra forma, mas, dificilmente, pensarão em um custo para o Estado ou para a parte contrária.

O impacto social, no entanto, envolve tanto os custos assumidos pelo autor de uma ação, quanto os direcionados ao réu e até mesmo à Administração Pública na prestação jurisdicional.

Viu-se, ainda, que os custos administrativos englobam não apenas a estrutura física do Poder Judiciário, como também os gastos com pessoal e, ao optar pelo litígio – especialmente em uma litigância de massa – os impactos ao sistema de justiça são muitos, em razão da sobrecarga da estrutura estatal.

Dito isso, conclui-se que os gastos sociais envolvem: (i) os valores desembolsados pelo Poder Público para a manutenção de sua estrutura; (ii) os gastos das partes na elaboração das peças para atuação em juízo, na perda do tempo útil em tentar solucionar seus conflitos, desgastes emocionais, entre outros; (iii) os gastos para a própria sociedade, seja pela redução

⁴⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 7. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 03 jul. 2022.

⁴⁸¹ O único tema que tramitou sob o rito do recurso repetitivo perante o Superior Tribunal de Justiça relacionado à litigância de má-fé foi o n. 507, no ano de 2014 – ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, em que se fixou a tese sobre a impossibilidade de cumulação da multa aplicada em razão do caráter protelatório dos embargos declaratórios com a imposição da indenização decorrente do reconhecimento da litigância de má-fé. No entanto, não há uma decisão vinculante sobre o comportamento dos sujeitos processuais para configurar a litigância, tampouco há algo sedimentado sobre a litigiosidade habitual, não obstante já haja algumas manifestações sobre a questão.

de circulação de riquezas das partes, que têm que desembolsar valores para atuação no Poder Judiciário e deixam de direcionar seu dinheiro para outras questões do mercado, seja em relação ao impacto causado ao Estado, que é mantido por meio de tributação e, de igual modo, tem que investir em sua estrutura para recebimento de demandas, seja, ainda, na dificuldade das pessoas em terem uma tutela justa, adequada e efetiva em razão do alto número de demandas.

Analisando apenas o aspecto financeiro, vê-se que os custos privados de uma parte individualmente considerada são muito superiores aos custos sociais. No entanto, diante desse cenário, surge uma questão: é possível visualizar algum benefício social com a estrutura de litigiosidade de massa? Já se viu que há vantagens pela perspectiva apenas do litigante habitual, mas deve haver um exame sobre a sociedade como um todo.

De acordo com Steven Shavell⁴⁸², que se debruçou sobre os potenciais benefícios sociais e privados em uma relação processual, o benefício no ajuizamento da demanda para o autor reside na tutela jurídica que ele espera com o ingresso no Poder Judiciário, ao passo que o benefício social do processo é o efeito sobre o comportamento dos réus em geral, ao se depararem com aquele litígio.

Exemplificativamente, a praxe forense demonstra que há uma intensa discussão judicial sobre a cobertura de tratamentos especializados em pessoas com Transtorno do Espectro

⁴⁸² SHAVELL, Steven. The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System. *The Journal of Legal Studies*. Vol. 11, n. 2, 1982, [Online]. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/11_J_legal_stud_333.pdf. Acesso em: 20 maio 2022.

Autista⁴⁸³, tais como “Prompt” e “Aba”, que, geralmente, não eram fornecidos pelas operadoras de planos de saúde⁴⁸⁴.

Assim, o efeito imediato para o indivíduo está na cobertura do tratamento almejado, ao passo que, para a sociedade, há um efeito sobre como os planos de saúde se comportarão em casos semelhantes com eventual determinação para realização desses tratamentos, readequando a sua estrutura com profissionais aptos e capacitados para prestação desses serviços buscados judicialmente⁴⁸⁵.

⁴⁸³ São numerosas as demandas que estão no Judiciário sobre esse tema, sobre o qual a justiça capixaba já teve oportunidade de se manifestar, tanto em primeiro quanto em segundo grau, em sua maioria favoravelmente aos tratamentos especializados. Cite-se como exemplo os seguintes julgados: ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo (Terceira Câmara Cível). *Apelação Cível n. 0007609-95.2017.8.08.0048*. [...] É sabido que a orientação desta Egrégia Corte, subsidiada por entendimento assente também do C. STJ, é de que o rol de procedimentos da ANS possui natureza meramente exemplificativa, não significando, portanto, que a ausência de sua previsão implique ausência de cobertura, ainda mais quando evidenciada a necessidade do tratamento da saúde do beneficiário do respectivo plano contratado. IV - Entendeu-se que diante da imprescindibilidade de submissão do menor apelado ao tratamento vindicado de terapia comportamental pelo método ABA; fonoaudiologia pelo método PECS; hidroterapia e equoterapia; terapia ocupacional por integração sensorial; psicopedagogia e psicomotricidade relacional, vez que substanciosos e contundentes os laudos médicos fornecidos pelos profissionais que o acompanham, exsurge-se a procedência da pretensão autoral ao acolhimento do tratamento vindicado, até mesmo porque o vínculo contratual deste com a seguradora de saúde é incontroverso. Recorrente: Bradesco Saúde S/A. Recorrido: Rafael Santana Freitas Paixão e Outros. Relator Des. Jorge Henrique Valle dos Santos, 18 de agosto de 2020. Publicado em 09/12/2020. Decisão por unanimidade. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_jurisp/14118711517.pdf?CFID=235712223&CFTOKEN=35071615. Acesso em: 28 jun. 2022. e ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo (Primeira Câmara Cível). *Apelação Cível n. 0011070-95.2018.8.08.0030*. [...] 1. Da análise da motivação adotada pelo juízo de origem, assim como das provas disponíveis nos autos, inexistente ilegalidade a ensejar a reforma da decisão impugnada, sobretudo porque, diante de cognição sumária em que se encontrava, verificou e indicou a presença dos requisitos autorizadores à concessão da tutela pretendida. 2. No caso, os documentos colacionados corroboram a presença da fumaça do bom direito, na medida em que, diante do diagnóstico de ESPECTRO AUTISTA, a fim promover o adequado tratamento, diante dos distúrbios da fala e de comportamento, o profissional médico que o acompanha indicou a necessidade de tratamento contínuo com terapia comportamental ABA (40 horas semanais). [...] Recorrente: Vale do Rio Doce Saúde. Recorrido: João Victor Machado dos Santos. Relator p/ Acórdão: Des. Ewerton Schwab Pinto Júnior, 09 de fevereiro de 2021. Publicado em 03/03/2021. Decisão por maioria. Disponível em: http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_jurisp/14300691139.pdf?CFID=235712223&CFTOKEN=35071615 Acesso em: 28 jun. 2022.

Esclareça-se que os entendimentos jurisprudenciais citados foram anteriores ao recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que fixou a taxatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar já mencionada neste trabalho.

⁴⁸⁴ Recentemente, o Tribunal de Justiça de Pernambuco, nos autos do Incidência de Assunção de Competência (IAC) nº 0018952-81.2019.8.17.9000 fixou teses que obrigam planos de saúde a custear tratamento multidisciplinar de pessoas com autismo, abrangendo métodos e terapias especiais. Registre-se que, até o desenvolvimento do presente tópico não havia sido publicado o inteiro teor do julgado em referência, cujo acesso se deu por meio das notícias divulgadas no sítio eletrônico do referido tribunal. (BRITO, Bruno. TJPE julga IAC e fixa teses jurídicas que obrigam os planos de saúde a custear o tratamento multidisciplinar de pessoas com autismo abrangendo métodos e terapias especiais. *Tribunal de Justiça de Pernambuco*, 27 jul. 2022. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/-/tjpe-julga-iac-e-fixa-teses-juridicas-que-obrigam-os-planos-de-saude-a-custear-o-tratamento-multidisciplinar-de-pessoas-com-autismo-abrangendo-metodos>. Acesso em: 31 jul. 2022).

⁴⁸⁵ A discussão tende a aumentar após o entendimento sobre a taxatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar citada no presente escrito, no entanto, para fins do presente tópico, a questão não será aprofundada.

No entanto, segundo os estudos de Steven Shavell, não existe uma conexão necessária entre o benefício privado da ação e esse benefício social, ou seja, pode ser que este supere aquele. No caso específico dos planos de saúde e em atenção ao exemplo acima, verificou-se na praxe forense, em um exame cotidiano dos processos que tramitam na 1ª Vara Cível de Vitória, por onde esta estudiosa trabalhou por certo período, que alguns planos de saúde passaram a readequar sua estrutura após numerosas demandas sobre a questão, ou seja, um fato isoladamente considerado não foi capaz de modificar a realidade de cobertura de tratamento para pessoas com espectro autista e foi necessário uma enxurrada de demandas para que a operadora de plano de saúde passasse a pensar em estratégias para o fornecimento do tratamento.

Convém ressaltar que, hipoteticamente, se o sistema brasileiro admitisse indenizações punitivas altas, tal como no sistema norte-americano⁴⁸⁶ e, em decorrência desses fatos, houvesse

⁴⁸⁶ Nelson Rosenvald apresenta os chamados “punitive damages” norte-americano, a saber: “Os punitive damages são concedidos para punir a malícia ou uma conduta arbitrária. A finalidade do remédio é deter o ofensor, evitando a reiteração de condutas similares no futuro, bem como desestimular outros a se engajar desta maneira. Os punitive damages possuem grande importância em litígios de responsabilidade civil. Tradicionalmente, entretanto, eles não são concedidos em ações contratuais, não importa o quão malicioso foi o inadimplemento. Entretanto, se a violação do contrato for acompanhada de conduta maliciosa autônoma, os punitive damages estarão presentes. [...] Os punitive damages são deferidos com duas finalidades: retributiva (punishment) e desestímulo (deterrence). A retribuição reclama que a conduta revele extrema reprovação social – uma malícia, evidenciada pelo dolo ou grave negligência do agente –, cumulado ao desestímulo, no sentido de direcionar a pena a afligir o transgressor, induzindo-o a não reiterar comportamentos antissociais e ultrajantes análogos” (ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547218249/>. Acesso em: 01 ago. 2022). Sem adentrar às nuances do direito civil, a doutrina civilista, em sua maioria, não admite a aplicação do “punitive damages” no país pela vedação ao enriquecimento ilícito, apesar de ser possível identificar a palavra “punição” em alguns julgados. O Superior Tribunal de Justiça fixou balizas para aplicação das indenizações por danos morais, o que dificulta a utilização de um critério punitivo. A Corte Superior adota o chamado critério bifásico: em um primeiro momento, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo à determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz, observando-se: a) a gravidade do fato em si; b) a culpabilidade do agente; c) a eventual culpa concorrente da vítima e; d) a condição econômica das partes. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial nº 959.780/ES*. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. 1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo esposo da vítima falecida em acidente de trânsito, que foi arbitrado pelo tribunal de origem em dez mil reais. 2. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Seção do STJ. 3. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento. 4. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. 5. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz. 6. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Recorrente: José Castello Loyola. Recorrido: Afonso Marchetti. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 26 de abril de 2011. Publicado em 06/05/2011. Decisão por unanimidade. Disponível em:

uma condenação milionária em danos morais, talvez o efeito de uma só ação poderia tornar os benefícios sociais muito superiores do que os benefícios privados, dado o impacto orçamentário em descumprimentos contratuais.

Poder-se-ia questionar, ainda, se, ao revés, a indenização milionária atrairia ainda mais litigiosidade, em um afã da população em receber esse valor alto, o que perpassa pela cultura do próprio povo sobre essa questão, no entanto, esses pontos seriam aferíveis apenas casuisticamente. De todo modo, para evitar que isso aconteça seria necessária a fixação de critérios específicos para esse tipo de condenação, como no sistema estadunidense⁴⁸⁷.

Nesses termos, o oposto também é verdadeiro e, como leciona José Borges Teixeira Júnior “é possível ainda que o requerido não possa alterar seu comportamento a um custo que seja compatível com o prejuízo *esperado* de futuras ações que contra ele poderiam ser propostas, de modo que o litígio primeiro não possui nenhum efeito em seu comportamento (e assim, na sociedade)”⁴⁸⁸.

A partir de um enfoque exclusivamente social, há casos em que o litígio é socialmente desejado e, segundo Steven Shavell, isso ocorre quando os benefícios sociais⁴⁸⁹ são superiores ao prejuízo do réu com o litígio e aos danos futuros que seriam estimados, acaso o comportamento de quem está sendo demandado não se alterasse.

Entretanto, na hipótese de o conflito ser incapaz de minimizar custos eventuais e futuros, a sociedade estria melhor se jamais ele tivesse sido transformado em processo.

Obviamente, em termos de reflexos na sociedade, um litígio que gera um precedente e pacifica a determinado ponto jurídico pode ser benéfico, no entanto, o ponto nebuloso reside na seguinte questão: não seria melhor um caráter preventivo para que os contratos não fossem descumpridos e nem sequer se chegasse ao Poder Judiciário? Esse seria o ideal, contudo, como já visto, a incerteza sobre o direito pode ser incentivo para o comportamento litigioso, o que, inevitavelmente, perpassa pelo Poder Judiciário, responsável pelos precedentes.

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700554919&dt_publicacao=06/05/2011. Acesso em: 01 ago. 2022).

⁴⁸⁷ Registre-se que se tratam apenas de conjecturas, pois a temática do dano moral punitivo, além de complexa e exigir um diálogo com o direito comparado norte-americano, daria, por si só, um estudo separado do tema. Ademais, a mera importação de um modelo não seria suficiente, pois essas análises perpassam pelo comportamento da população, da magistratura e até mesmo do modelo de direito, o que, fugiria ao objeto da presente pesquisa.

⁴⁸⁸ TEIXEIRA JÚNIOR, José Borges. A gratuidade de acesso nos juizados especiais cíveis de Vitória/ES e sua influência sobre o acesso à justiça: uma análise econômica do Direito. 2019. 214f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, ES, 2019. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/handle/10/11321>. Acesso em: 10 mar. 2021.

⁴⁸⁹ Entende-se aqui os ganhos ao requerente e a redução de futuras perdas em decorrência do comportamento alterado do requerido e terceiros

Na perspectiva da litigância habitual, ainda que não sejam socialmente úteis, algumas contendas chegarão aos Poder Judiciário, notadamente quando os custos de manutenção do litígio forem menores do que eventual cumprimento de contratos, o que, obviamente, é nocivo para a sociedade.

Conclui-se, portanto, que o trabalho de Steven Shavell é relevante por se fazer repensar sobre como o custo do litígio pode influenciar de forma a permitir que se invista em condutas preventivas – o que traria um benefício social – ou, ao revés, criaria um sistema de incentivos que ensejariam a litigância habitual ou até mesmo o ajuizamento de demandas frívolas.

A litigância só seria socialmente benéfica, portanto, quando o benefício social esperado superar os custos que a própria litigância gera, seja para o Estado, seja para os envolvidos em um processo judicial.

4.5 SOLUÇÕES COOPERATIVAS DO PODER JUDICIÁRIO PARA CONTER A LITIGIOSIDADE RELACIONADA AOS PLANOS DE SAÚDE

Apresentados todos os pontos relacionados à decisão de se permanecer no litígio, o que culmina com a manutenção dos litigantes habituais no sistema de justiça, passa-se a um exame prospectivo do tema, com o estudo sobre as ações do Poder Judiciário brasileiro para conter essa litigiosidade exacerbada em matéria de saúde.

Esclareça-se que o presente tópico não se debruçará sobre os dispositivos previstos no Código de Processo Civil que buscam resolver o problema das demandas frívolas e do uso irresponsável do processo judicial em razão da exaustiva análise da questão no Capítulo 1, razão pela qual se mostra desnecessário repetir a questão no presente momento.

Deve-se apenas fazer a ressaltar que a legislação processual civil contém mecanismos de contenção da litigiosidade, tal como examinado no capítulo próprio do presente trabalho, os quais, entretanto, embora relevantes e até mesmo inovadoras, não se mostraram – ao menos até o momento – suficientes para os fins a que se destinam, devendo ser aperfeiçoados com outras melhorias no sistema de justiça.

Na estrutura interna do Poder Judiciário brasileiro, o órgão administrativo responsável por ações voltadas à melhoria das estruturas judiciárias é o Conselho Nacional de Justiça, que tem como escopo o aperfeiçoamento do sistema de justiça brasileiro, com criação de políticas públicas para diagnóstico e solução dos problemas afetos aos órgãos julgadores e, via de consequência, conferir melhor prestação jurisdicional à sociedade.

Examinar-se-ão, portanto, as principais iniciativas do Conselho Nacional de Justiça para tratamento dos conflitos de saúde.

O nascedouro das discussões sobre a judicialização da saúde adveio com uma audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal no ano de 2009, a qual debateu o Sistema Único de Saúde e teve como objetivo possibilitar o diálogo entre os diversos setores envolvidos na temática, de forma interdisciplinar, a fim de buscar soluções judiciais para esse tipo de problema⁴⁹⁰.

Isso porque se identificou um contexto de elevado número de ações judiciais relacionadas à assistência à saúde, mostrando-se imperiosa a necessidade de aprofundar os estudos para prevenção de litígios e aperfeiçoamento na gestão processual. Assim, a audiência teve como propósito ouvir especialistas e autoridades no Sistema Único de Saúde para esclarecer questões técnicas, científicas, jurídicas, econômicas relativas à prestação de serviços de saúde.

Destaca-se, nesse ponto, que, apesar de a audiência pública que originou todas as regulamentações posteriores tenha externado maior preocupação com o Sistema Único de Saúde, a saúde suplementar também foi abarcada nesse cenário, como será visto também nas legislações editadas posteriormente.

As discussões desenvolvidas na Corte Superior insuflaram a ideia da criação de um Grupo de Trabalho no Conselho Nacional de Justiça para elaborar estudos e propor medidas concretas à judicialização da saúde, o que foi feito por meio da Portaria nº 650/2009.

Como consequência da formação desse Grupo, foi aprovada a Resolução nº 107/2010⁴⁹¹, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde – Fórum da Saúde⁴⁹², cuja atribuição principal⁴⁹³ é monitorar as ações

⁴⁹⁰ Sobre a questão, conferir: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Audiência Pública Saúde - 28/04/09. Brasília, DF, 2009. Vídeo (38min). *Youtube*, Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2a0WTOmgIj0>. Acesso em: 01 jul. 2022; e MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. *Revista Bioética*, v. 22, n. 3, 2014. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/876/1138. Acesso em: 01 jun. 2022.

⁴⁹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010*. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173>. Acesso em: 01 jun. 2022.

⁴⁹² Conforme será visto adiante, essa nomenclatura mudou de nome com a Resolução nº 461/2022, instituindo-se o “Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde (Fonajus)”.

⁴⁹³ As atribuições do Fórum estão no artigo 2º da Resolução nº 107/2010, veja-se: Art. 2º Caberá ao Fórum Nacional: I - o monitoramento das ações judiciais que envolvam prestações de assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares; II - o monitoramento das ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde; III - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à otimização de rotinas processuais, à organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; IV - a proposição de medidas concretas e normativas voltadas à prevenção de conflitos judiciais e à definição de estratégias nas questões de direito sanitário; V - o estudo e a proposição de outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional. (BRASIL. Conselho

judiciais relacionadas à assistência à saúde, como o fornecimento de medicamentos, produtos ou insumos em geral, tratamentos e disponibilização de leitos hospitalares, além de propor medidas para melhor solução dos conflitos nesse âmbito.

O fórum em referência deu origem a numerosas recomendações e regulações sobre os setores de direito à saúde nos âmbitos público e privado.

No ano de 2013, foi instituída a Recomendação nº 43/2013, que recomendou aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais a promoverem a especialização das unidades judiciárias para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública e para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde suplementar.

Uma grande contribuição realizada pelo Conselho Nacional de Justiça foi a criação do Núcleo de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus), por meio da Resolução nº 238/2016 do Conselho Nacional de Justiça, que determinou aos tribunais a criação dos núcleos para fornecer às unidades judiciárias e às câmaras dos tribunais o conhecimento técnico e científico na análise dos pedidos que envolvem procedimentos médicos e fornecimento de medicamentos⁴⁹⁴.

No ano de 2020, com a pandemia do novo Coronavírus (COVID-19), dado o cenário de emergência sanitária, o qual impôs aos gestores de saúde a priorização das ações voltadas à contenção e ao tratamento da Covid-19, foi editada a Recomendação nº 66, que recomendou aos magistrados com competência para analisarem demandas sobre direito à saúde a adoção de medidas para melhores resultados à sociedade, “compatibilizando as decisões com a preservação da saúde dos profissionais da saúde, dos agentes públicos e dos usuários do Sistema Único de Saúde - SUS e da Saúde Suplementar”, conforme consta em seu artigo 1º.

Trata-se de um papel de responsabilidade social do julgador, frente às demandas que surgiriam em decorrência da pandemia, em especial porque toda a força de trabalho à época estava voltada para a contenção do vírus, ladeado ao aprimoramento da prestação jurisdicional em um contexto de tantos problemas decorrentes da infecção respiratória em questão.

Nacional de Justiça. *Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010*. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173>. Acesso em: 01 jun. 2022).

⁴⁹⁴ Conforme exposto pelo Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça Richard Pae Kim, em alguns tribunais, o atendimento pelo NatJus está adstrito a demandas que tramitam perante as Fazendas Públicas, ou seja, a prestação dos serviços abarca tão somente as demandas relativas ao sistema público de saúde, não obstante possa ser um interlocutor entre os diversos atores da saúde pública e suplementar. A ideia, no entanto, é ampliar essas atribuições e também contemplar a saúde suplementar, como já vem sendo feito nos tribunais do Rio Grande do Sul, do Paraná e de Goiás. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Seminário Judicialização da Saúde Suplementar. Brasília, DF, 2022. Vídeo [257 min]. *Youtube*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=L6Uar2UKFVE&t=2909s>. Acesso em: 01 jul. 2022).

A Resolução em referência também criou os Comitês Estaduais da Saúde para auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário. Registre-se que, no ano de 2021, houve uma reestruturação desses comitês, por meio da Resolução nº 388, e eles passaram a ser responsáveis “pela operacionalização das matérias de competência do Fórum Nacional da Saúde e pelo acompanhamento do cumprimento de suas deliberações, no âmbito de cada unidade da Federação”⁴⁹⁵.

Além da modificação da nomenclatura, a normativa de 2021 citada ampliou as competências e atribuições desses comitês, os quais passaram a ser responsáveis por outras questões e não estavam mais adstritos apenas ao fornecimento de informações via NatJus, como antes estava estabelecido⁴⁹⁶. Nota-se que o novo formato dessa estrutura está voltado ao adequado tratamento das demandas de saúde, com medidas que vão desde a prevenção até a análise técnica de cada conflito sanitário para melhor qualidade à decisão judicial.

⁴⁹⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 388, de 13 de abril de 2021*. Dispõe sobre a reestruturação dos Comitês Estaduais de Saúde, fixados pela Resolução CNJ no 238/2016, e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3868>. Acesso em: 01 jun. 2022.

⁴⁹⁶ A Resolução nº 238/2016 trouxe a nomenclatura “Comitês Estaduais de Saúde”, que tinham, basicamente, o objetivo de “auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NAT-JUS), constituído de profissionais da Saúde, para elaborar pareceres acerca da medicina baseada em evidências, observando-se na sua criação o disposto no parágrafo segundo do art. 156 do Código de Processo Civil Brasileiro”, conforme previa o parágrafo 1º do artigo 1º. A Resolução nº 388/2021, por sua vez, determinou a que os comitês passem a ser denominados Comitês Estaduais, seguidos da sigla da respectiva unidade federativa (UF), além de trazer as seguintes competências no artigo 2º: Art. 2º O Comitê Estadual de Saúde é órgão colegiado e multidisciplinar responsável pela operacionalização das matérias de competência do Fórum Nacional da Saúde e pelo acompanhamento do cumprimento de suas deliberações, no âmbito de cada unidade da Federação, cabendo-lhe, entre outras ações pertinentes à sua finalidade: I – monitorar as ações judiciais que envolvam os sistemas de saúde pública e suplementar, propondo medidas voltadas à: a) otimização de rotinas processuais; b) organização e estruturação de unidades judiciárias especializadas; c) prevenção de conflitos judiciais; e d) definição de estratégias em matérias de direito sanitário. II – auxiliar os tribunais na criação de Núcleos de Apoio Técnico do Judiciário (NatJus), constituídos de profissionais da saúde, responsáveis por elaborar notas técnicas baseadas em evidências científicas de eficácia, acurácia, efetividade e segurança, observando-se, na sua criação, o disposto no § 2o do art. 156 do Código de Processo Civil, Lei no 13.105/2015; III – viabilizar o diálogo interinstitucional, com o objetivo de acompanhar e contribuir com ações atinentes a demandas de saúde; IV – deliberar sobre as seguintes matérias, propondo os encaminhamentos que julgar pertinentes: a) elaboração do seu Regimento Interno, exigida maioria qualificada para aprovação de eventual emenda, tudo a ser submetido à aprovação da presidência dos tribunais que dele participam; b) tratamento a ser dado aos assuntos que lhe forem submetidos, podendo editar recomendações, que poderão ser encaminhadas ao Ministério Público, a Defensoria Pública, ao Conselho Estadual de Saúde e demais órgãos e entidades que tenham relação temática com o assunto; c) apresentação de propostas para implementação e regulamentação de políticas públicas de saúde, inclusive emitindo recomendações; d) realização de estudos, pesquisas, campanhas, debates e outras ações que objetivem articular e mobilizar a sociedade e o poder público em matérias afetas às suas competências; e) acompanhamento de normas voltadas à regulamentação e implementação das políticas de saúde; f) levantamento de informações e criação de banco de dados para subsidiar suas ações; e g) constituição de: 1. comissões temáticas para análise de tema específico, podendo ser compostas por integrantes do Comitê e/ou por convidados indicados; e 2. comitês regionais, cabendo ao Comitê Estadual fixar sua competência e composição. V – avaliar e propor outras medidas consideradas pertinentes ao cumprimento do objetivo do Fórum Nacional da Saúde. Parágrafo único. Aplicam-se aos Comitês Estaduais de Saúde, naquilo que lhes competir, as mesmas atribuições cometidas ao Fórum Nacional de Saúde, nos termos do art. 2o da Resolução no 107/2010.

Atualmente, o Conselho Nacional de Justiça instituiu um sistema e-NatJus⁴⁹⁷, com a criação de um banco de dados nacional, a fim de abrigar pareceres e notas técnicas com base em evidências científicas na área da saúde, emitidos pelos núcleos de apoio técnico ao Poder Judiciário de todo o Brasil.

Considerando que, raras exceções, o magistrado possui unicamente a formação em direito, mostra-se necessário o apoio de outras ciências para esclarecimentos sobre questões técnicas de saúde que possam surgir como objeto de discussão no curso do processo e esse diálogo institucional é de bastante valia para uma melhor solução do caso concreto.

A ideia é que os magistrados contem com auxílio sobre os procedimentos e eventos em saúde com a criação de um “e-NatJus” nacional, conforme apresentado pelo Conselheiro Richard Pae Kim em recente palestra sobre o assunto⁴⁹⁸, que abrangeria tanto a saúde pública, quanto a saúde suplementar.

No âmbito da gestão de processos, o Conselho Nacional de Justiça inseriu já há algum tempo um assunto específico no cadastro dos processos judiciais para identificar os processos que se referem às demandas de saúde⁴⁹⁹ e a classificação de demandas vem sendo reforçada no âmbito dos tribunais, o que contribui para as estatísticas dos tribunais para aprimoramento dos sistemas, bem como colheita dos percentuais de demandas judiciais que tramitam sobre esse assunto, o que inclusive, culminou com a criação dos dados estatísticos já expostos neste trabalho.

Relevante normativa também criada no ano de 2021 foi o Termo de Cooperação Técnica nº 104/2021⁵⁰⁰, firmado entre o Conselho Nacional de Justiça e a Agência Nacional de Saúde Suplementar, visando ao intercâmbio de informações à cooperação técnica e científica, bem como à atuação integrada para proteção dos direitos do consumidor, o que influencia no

⁴⁹⁷ O sistema em referência possui o seguinte sítio eletrônico: <https://www.cnj.jus.br/e-natjus/index.php>. O magistrado pode adentrar ao sistema, além de haver a possibilidade de uma consulta pública, em que o cidadão pode digitar o nome do procedimento ou do medicamento para localizar um parecer técnico ou uma nota técnica a eles referentes.

⁴⁹⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Seminário Judicialização da Saúde Suplementar. Brasília, DF, 2022. Vídeo (257 min). *Youtube*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=L6Uar2UKFVE&t=2909s>. Acesso em: 01 jul. 2022.

⁴⁹⁹ O Conselho Nacional de Justiça introduziu no Poder Judiciário Brasileiro as Tabelas Processuais Unificadas por meio da Resolução nº 46/2007, conhecida como “taxonomia”, que tem como objetivo uniformizar a linguagem das tramitações processuais em todo o sistema de justiça brasileiro. A iniciativa aprimora a coleta de informações estatísticas e padroniza em âmbito nacional todas as atividades judiciário vinculadas ao andamento do processo judicial

⁵⁰⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Acordo de Cooperação Técnica nº 104/2021*. Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça - CNJ e a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS visando ao intercâmbio e à cooperação técnica relacionados à assistência suplementar à saúde. Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/07/TCOT_104_2021.pdf. Acesso em: 01 jun. 2022.

estímulo à resolução dos conflitos e no aperfeiçoamento das atividades regulatória e jurisdicional.

Conforme este trabalho já mencionou anteriormente, também foi criada uma página de estatística de demandas de saúde denominado “Estatísticas Processuais do Direito à Saúde”⁵⁰¹, que reúne o tempo de tramitação dos feitos, a possibilidade pesquisa por tribunais, os assuntos que mais se repetem nas demandas judiciais, as taxas de congestionamento, com dados fornecidos pelos tribunais de todo o país, o que possibilita análises nacionais e estaduais sobre o tema.

A tecnologia, portanto, tem sido bem presente para contribuir com a gestão de processos e, diante disso, convém ressaltar um novo instrumento que, apesar de não estar adstrito a apenas essa temática, também é relevante para especialização do tema do direito à saúde: os “Núcleos de Justiça 4.0”, criados pela Resolução nº 385/2021 do Conselho Nacional de Justiça.

Tratam-se de segmentos especializados para atuarem em uma matéria específica, dentro dos limites da jurisdição do tribunal. Referida normativa foi aprimorada por meio da Resolução nº 398/2021, que também incluiu que os núcleos podem ser instituídos para darem apoio às unidades jurisdicionais.

O reflexo positivo desse ato na matéria em questão reside justamente na possibilidade de se criar um núcleo direcionado apenas aos conflitos em saúde, o que, inclusive, já vem sendo feito, a exemplo do “Núcleo de Justiça 4.0 – Saúde” no Tribunal de Justiça do Espírito Santo, por meio do Ato Normativo Conjunto nº 13/2022, a fim de que se desenvolva uma expertise no tratamento desse tipo de conflito.

Nesse aspecto, para além do Núcleo de Justiça 4.0, a especialização das unidades judiciárias também é importante para conferir um tratamento direcionado às contendas relacionadas à saúde, para dar qualidade, uniformidade e eficiência às decisões judiciais e, via de consequência, um tratamento mais direcionado no caso concreto.

O uso da Inteligência Artificial (IA) no tratamento dos conflitos também é outro aspecto que deve ser mencionado e contempla uma gama de atuações, em toda a concatenação dos atos processuais: passa pela fase pré-processual com a taxonomia dos assuntos, passa pela distribuição do processo, pelo auxílio na separação por matéria por meio de robôs judiciais, até o deslinde da demanda, com auxílio na reunião de jurisprudência e temas afetos à controvérsia a ser resolvida.

⁵⁰¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Estatísticas Processuais de Direito à Saúde*. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,currsel>. Acesso em: 26 ago. 2022.

A inserção da IA no Poder Judiciário vem sendo constantemente aprimorado pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual instituiu o “Programa Justiça 4.0: Inovação e efetividade na realização da Justiça para todos”, concretizando o 4º Eixo da atual gestão do Ministro Luiz Fux⁵⁰².

É possível identificar as principais vantagens do uso dessa tecnologia para o desenvolvimento do sistema de justiça: melhor tratamento dos conflitos pela criação de instrumentos próprios de soluções pré-processuais, otimização dos processos judiciais, facilitação do acesso ao conhecimento e à pesquisa sobre determinado assunto para melhor solução do conflito, especialização das matérias, melhoria na precisão da análise dos dados, facilitação da identificação dos problemas mais recorrentes para um melhor direcionamento na gestão do conflito, dentre outras tantas questões.

Obviamente que, como toda ciência, o uso da Inteligência Artificial também possui riscos, que também devem ser previstos, notadamente em uma era digital, que possui várias tentativas de invasão por crackers. Para além desse ponto, o acesso a esses instrumentos tecnológicos também deve ser amplo e possibilitar a participação de todos, sob pena de constituir uma nova barreira ao acesso à justiça.

No entanto, nessa nova era tecnológica, marcada por processos de informatização e automação em quase todos os setores, o Poder Judiciário tem que caminhar junto com as mudanças do país, pois é um instrumento propulsor de mudanças sociais e contribui para a sua evolução.

Todas essas iniciativas colaboram para a redução dos custos do litígio, à medida que preveem uma análise especializada sobre determinadas matérias, contribuindo, como vimos anteriormente, tanto para celebração de acordos, quanto para a prevenção dos litígios, o que impacta na postura dos litigantes habituais em matéria de saúde.

De igual forma, todo esse arcabouço de mudanças pode ser útil para a redução na assimetria de informações sobre determinadas disciplinas de saúde – que, em muitos casos, abrangem um conhecimento técnico sobre o qual o magistrado muitas vezes não possui domínio –, dando previsibilidade aos julgamentos e, por conseguinte, estabelecendo diretrizes aos próprios envolvidos no conflito como o Poder Judiciário se portará diante dos casos.

Ainda não se pode verificar o resultado dessas iniciativas, pois ainda são novas, mas, certamente, são muito úteis para análise do comportamento e tratamento dos conflitos

⁵⁰² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Projetos da Gestão do Ministro Luiz Fux*. [Brasília, DF], 22 de setembro de 2020: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/5-Eixos-da-Justi%C3%A7a-Ministro-Luiz-Fux-22.09.2020.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2022.

relacionados aos planos de saúde e sua postura de litigante habitual. Tratam-se de importantes passos rumo ao grande caminho ao qual se objetiva: a redução da litigiosidade habitual em relação às demandas de saúde, com reflexos na melhoria da prestação jurisdicional à sociedade.

CONCLUSÃO

Conforme se demonstrou, o Poder Judiciário brasileiro passou – e vem passando – por uma crise numérica de alta judicialização e, assim, foi necessário explicar os contextos históricos sociais e normativos da alta litigiosidade, com reflexos até os dias atuais.

Como premissa inicial, identificou-se que o “acesso à justiça” não pode ser confundido com “acesso ao judiciário”, pois possui uma concepção ampla e deve ser entendido como acesso à ordem jurídica justa, de forma que o conflito deve ser visualizado sob a perspectiva de um sistema de Justiça Multiportas, fortalecido principalmente após a edição do Código de Processo Civil.

Assim, a solução de litígios não deve estar somente destinada à “porta” do Poder Judiciário e deve contemplar outros métodos disponíveis no ordenamento, como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Não obstante a importância desses métodos adequados de tratamento de conflitos, o fato é que ainda há categorias de litigantes que impactam o sistema de justiça e contribuem para essa tão falada crise estudada pela doutrina e objeto de constante enfrentamento na jurisprudência.

Dado o quadro de grande uso da máquina judiciária e em um cenário de escassez de recursos, viu-se que a mera garantia de acesso é insuficiente para melhoria desse contexto, mas é necessário pensar na eficiência e na satisfação dos direitos das partes em tempo razoável.

Para fins deste escrito, buscou-se realizar um recorte para os chamados “litigantes habituais”, que desfrutam de algumas “vantagens” por reiteradamente estarem no contexto da litigância e terem mecanismos para se perpetuarem nas demandas, que causam, indiretamente, prejuízo à massa de litigantes não frívolos e ao erário com seu comportamento desmedido.

Assim, esse tipo de litigante se utiliza do direito fundamental do acesso à justiça – ou mesmo do seu direito de defesa – fora dos parâmetros de seus fins sociais e econômicos, de forma abusiva, culminando com o chamado “abuso do direito de litigar”, que, embora não esteja expresso na legislação processual, já vem ganhando forma na praxe forense por meio dos mecanismos processuais próprios para enfrentamento dessa temática, ponto este que chegou, inclusive, a ser enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Como resultado desse panorama, identificaram-se alguns mecanismos importantes no Código de Processo Civil para combater, ou ao menos conter, essa litigiosidade, tais como o sistema de precedentes, a aplicação dos métodos adequados de tratamento de conflitos em uma fase inicial do processo, as penalidades de litigância de má-fé e os deveres processuais, a

possibilidade de indeferimento liminar da petição inicial, um sistema de sucumbências e mecanismos de cooperação interinstitucional para especialização de conflitos e compartilhamento de informações.

Contudo, à luz das ideias anteriormente adotadas, a sociedade terá uma ordem jurídica justa se o Poder Público demonstrar aos envolvidos no conflito que litigar não é um caminho vantajoso e deve ser realmente a última “ratio” para a resolução dos conflitos.

Para tanto, buscou-se examinar quais seriam os principais litigantes que contribuem para esse problema, e para fins de recorte, utilizou-se apenas a categoria dos planos de saúde como base para o exame comportamental da litigância, considerando o contexto de judicialização da saúde, que vem sendo objeto de estudo há certo tempo pela doutrina brasileira, e dada a relevância do tema por ter íntima relação com o direito à vida.

Feita essa explanação e apresentada a estrutura das operadoras de saúde no ordenamento jurídico brasileiro, chama atenção que a regra do mutualismo prevista nos contratos realizados entre os planos de saúde e seus beneficiários pode ser utilizada como uma justificativa para descumprimentos contratuais, como negativa de cobertura de procedimentos e/ou tratamentos, por se entender que eventual cobertura afeta o equilíbrio econômico do contrato por não ter sido prevista nos estudos que levaram à determinação do preço.

Esse contexto de negativa das operadoras contribui para um amplo cenário de judicialização que chega reiteradamente aos Tribunais Superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça, o qual teve a oportunidade de se manifestar em várias oportunidades sobre a relação jurídica entre as operadoras de planos e os seus beneficiários.

Nesse ponto, por se tratar de contrato que possui características próprias que se distinguem dos demais bens e serviços de consumo, as controvérsias sobre ele são levadas frequentemente ao Poder Judiciário, o que impacta na sua estrutura de gastos e na própria eficiência.

A tentativa de equacionar escassez de recursos com eficiência na resolução de conflito é terreno fértil para a análise econômica do direito que, através dos conceitos macroeconômicos, viabiliza o máximo acesso à justiça – em seu sentido amplo – e tenta explicar – e quiçá combater – o fenômeno da escolha pela litigiosidade habitual.

Antes de as partes evitarem o litígio, elas se perguntam se existe algum tipo de prejuízo ao adotar um comportamento litigioso, ou, ainda, quais seriam as vantagens em uma atuação pacificadora, sob a perspectiva da sua maximização de riquezas. Assim, a teoria econômica fornece subsídios para se entender a opção entre solucionar o conflito extrajudicialmente e litigar, a despeito da limitação da racionalidade dos agentes.

Permite-se, portanto, um olhar crítico acerca do modelo judicial existente e como este contribui para a manutenção do comportamento desses agentes, à medida que cria – ainda que indiretamente – incentivos a se permanecer na litigância, o que traz grandes consequências à eficiência do Poder Judiciário.

Demonstraram-se, ainda, alguns fatores que direcionam o comportamento litigioso sob a perspectiva da teoria da análise econômica do direito, considerando que o indivíduo tende a realizar escolhas baseando-se na maximização de sua própria riqueza ou de seu próprio resultado. A primeira delas é a necessidade de redução dos custos de transação, que possibilitam uma melhor negociação entre os envolvidos em um conflito.

Nesse particular, entre as opções de que detêm os planos de saúde entre litigar ou solucionar as contendas extrajudicialmente, em geral, apenas seria possível se chegar a um acordo quando a oferta máxima para o réu for maior ou igual à oferta mínima para o autor. Ladeado a essas ideias, tem-se o fator risco, relevante porque, em um conflito de resultados incertos, dois indivíduos avessos ao risco podem eliminar essa incerteza jurídica e transacionar.

Ademais, afastou-se a ideia puramente econômica de maximização de riquezas trazidas por Richard Posner, para se chegar à eficiência que possibilita a tutela à ordem jurídica justa, o acesso amplo à justiça – em seu conceito amplo, como já visto – e, especialmente, a realização do efetivo direito à saúde. Isso porque o Poder Judiciário não pode ser um mero receptor de demandas judiciais e deve haver a racionalização entre o direito à prestação jurisdicional e a lógica efficientista.

Nesse cenário, mostrou-se importante a redução da assimetria informacional entre os envolvidos em uma negociação, pois constitui falha nas relações sociais, que podem culminar com a instauração da relação jurídica-processual. Isso porque a ausência de informações claras e precisas sobre a situação jurídica de cada um dos envolvidos pode fomentar as suas expectativas individuais de êxito e, via de consequência, fomentar a manutenção do litigante no conflito adjudicado.

Diante desse panorama, chegou-se ao resultado de que o cenário judicial brasileiro atrai os “maus” litigantes e exclui os bons, pela vantagem na permanência do litígio, o que Ivo Teixeira Gico Jr. chama de seleção adversa: “detentores legítimos de direitos são afastados do Judiciário, enquanto agentes não detentores de direitos são atraídos justamente por causa da

morosidade judicial para postergar o adimplemento”⁵⁰³. Às vista disso, há vantagem dos planos de saúde em permanecer judicialmente nas demandas, à míngua do cumprimento dos contratos.

Por fim, pautadas nas principais teorias da “Law And Economics”, cujo escopo do trabalho não foi se aprofundar com exatidão em todas elas em razão do próprio objeto da pesquisa, concluiu-se que, em geral, as pessoas envolvidas em um conflito preocupam-se com os seus custos, mas não pensam nos custos administrativos que impactam o Poder Judiciário.

Portanto, a alocação dos custos do litígio entre os litigantes é relevante para o sistema jurídico, à medida em que, se eles forem baixos, contribuem cada vez mais para o ingresso de demandas e serão utilizados indistintamente, especialmente para descumprimento de contratos.

O (não) tratamento dos custos do litígio em relação às partes cria incentivos inadequados para permanência na litigiosidade, contribuindo para um Poder Judiciário assoberbado, sem que consiga prestar a tutela jurisdicional adequada, eficiente e tempestiva.

Em verdade, nota-se que os custos de transação na relação entre o beneficiário e o plano de saúde se revelam superiores aos custos de judicialização, o que mostra um estímulo ao litigante habitual, notadamente porque este nunca levará em consideração o custo marginal do uso do aparelho estatal.

As mudanças desse panorama começam a surgir a partir de estudos na área e um enfrentamento direcionado a esse tipo de litigante, tarefa esta que vem sendo bem executada pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual se preocupou com o excesso de judicialização e criou alguns instrumentos normativos e políticas públicas para melhor estudo desse tipo de litigante.

O caminho é longo, ainda não se têm dados específicos sobre essas novas mudanças, mas algumas iniciativas são importantes para viabilizar a redução dos litígios em saúde, para se buscar a troca da indagação “por que não litigar?” e passem a se perguntar “por que litigar?”.

⁵⁰³ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, v. 267, set-dez 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462/44453>. Acesso em: 28 jun. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Célia Barbosa; TIBÚRCIO, Dalton Robert. Oferta obrigatória de planos de saúde individuais e familiares: livre iniciativa e direito fundamental à boa regulação. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 5, p. 209-233, 2018, [Online]. Disponível em: <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i2.54197>. Acesso em: 3 jan. 2022.

ALLEN, Douglas W. What are transaction costs? *Research in Law and Economics*, n. 14, 1991.

ALMEIDA, Célia. *O mercado privado de serviços de saúde no Brasil: panorama atual e tendências da assistência médica suplementar*. Brasília: IPEA, 1998 [Livro Digital]. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2476/1/td_0599.pdf. Acesso em: 03 fev. 2022.

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. Economia Comportamental. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 75.

ANDRADE, Mônica Viegas; MAIA, Ana Carolina; PARAÍSO, Daniela Goes; BRITO, José Amaral de. Demanda no setor de saúde suplementar no Brasil. In: MOTTA, Ronaldo Seroa da; FIUZA, Eduardo P. S (coord.). *Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica*. Rio de Janeiro: Ipea, 2006 [Livro Digital]. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/160719_tomo1.pdf. Acesso em: 12 jan. 2022.

ANS aprova aumento de 15,5% em planos de saúde individuais: entenda como vai funcionar o reajuste. [s.l.], 28 maio 2022. *Portal G1*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/05/28/ans-aprova-aumento-de-155percent-em-planos-de-saude-individuais-entenda-como-vai-funcionar-o-reajuste.ghtml>. Acesso em: 30 maio 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5037-8/>. Acesso em: 20 jan. 2022.

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; GABBAY, Daniela Monteiro; COSTA, Susana Henriques. Why the “Haves” Come Out Ahead in Brazil? Revisiting Speculations Concerning Repeat Players and One-Shooters in the Brazilian Litigation Setting. *Revista de Direito Público*, Porto Alegre, v. 1, p. 11-33, 2019, [Online]. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3503/pdf>. Acesso em: 05 ago. 2021.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS (AMB). *O uso da justiça e o litígio no Brasil*. Disponível em: <https://cpj.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/05/2015-O-uso-da-justica-e-do-litigio-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Juízes de Jaleco: a judicialização da saúde no Brasil. In: YEUNG, Luciana. *Análise econômica do direito: temas contemporâneos*. São Paulo: Actual, 2020. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786587019079/>. Acesso em: 02 mar. 2022.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; ALMEIDA, Silvia Faga de; ITO, Nobuiuki Costa; BOARATI, Vanessa; MORON, Caroline Raiz; INHASZ, William; ROUSSET, Fernanda. *A cadeia de saúde suplementar no Brasil: avaliação de falhas de mercado e propostas de políticas*. São Paulo: Insper Centro de Estudos em Negócios, 2016. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/09/estudo-cadeia-de-saude-suplementar-Brasil.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2022.

BALDASSARE, Renato Madrid. *Análise do desempenho econômico-financeiro de operadoras de planos de saúde no mercado de saúde suplementar brasileiro*. 2014. 97 f. Dissertação (Mestrado em Administração) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2014. Disponível em: https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/renato_madrid_baldassare.pdf. Acesso em: 03 jan. 2022.

BANCO MUNDIAL. [2004]. *Fazendo com que a Justiça Conte: medindo e aprimorando o desempenho do Judiciário no Brasil*. Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica, América Latina e Caribe. Banco Mundial. Disponível em: <https://www.amb.com.br/docs/bancomundial.pdf>. Acesso em: 02 out. 2021.

BARCELLOS, Ana Paula. Artigos 196 a 200. In: BONAVIDES, Paulo; AGRA, Walber de Moura; MIRANDA, Jorge. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2009. 978-85-309-3831-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-3831-4/>. Acesso em: 22 jan. 2022.

BARRAGEM se rompe, e enxurrada de lama destrói distrito de Mariana. *Portal G1 Minas Gerais*, Minas Gerais, 05 nov. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2015/11/barragem-de-rejeitos-se-rompe-em-distrito-de-mariana.html>. Acesso em: 09 nov. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, [Online]. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 10 out. 2021.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação Constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003, [Online]. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 01 jan. 2022.

BECKER, Fernanda Elisabeth Nöthen; ROSA, Alexandre Morais da. As custas judiciais como mecanismo de desincentivo à litigância abusiva. Encontro de Administração da Justiça,

2018, Brasília. *Anais do ENAJUS 2018*. Brasília: ENAJUS, 2018. v. 1, [Online]. Disponível em: https://www.enajus.org.br/2018/assets/sessoes/056_EnAjus.pdf. Acesso em: 04 jul. 2022.

BERTOLLI FILHO, Claudio. *História da saúde pública no Brasil*. 5ª ed. São Paulo: Ática, 2011.

BEZ, Bianca. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?* 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 29.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 519-559.

BONE, Robert G. Economics of civil procedure. In: PARISI, Francesco (Org.). *The Oxford Handbook of Law and Economics*. Vol. III. Oxford: The Oxford University Press, 2017, [Online]. Disponível em: <https://academic.oup.com/edited-volume/27997>. Acesso em: 04 jul. 2022.

BOUSSO, Alan. Decisão do STJ sobre rol taxativo deve aumentar judicialização da saúde. [s.l.], 22 de julho de 2022. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-22/alan-bouso-decisao-rol-taxativo-aumentar-judicializacao#:~:text=Decis%C3%A3o%20do%20STJ%20sobre%20rol%20taxativo%20deve%20aumentar%20judicializa%C3%A7%C3%A3o%20da%20sa%C3%BAde&text=Um%20dos%20argumentos%20para%20se,questionamentos%20na%20Justi%C3%A7a%20seriam%20reduzidos>. Acesso em: 30 jul. 2022.

BRAGA, Márcio Bobik; VASCONCELLOS, Marco Antonio S. de. Introdução à Economia. In: VASCONCELLOS, Marco Antonio S. *Introdução à Economia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502146075/>. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRANDÃO, Rodrigo. Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 204. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 145-146.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *População do Brasil*. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). *Glossário Temático de Saúde Suplementar*. Disponível em: <http://www.ans.gov.br/component/glossario/?view=termo&id=212&historico=>. Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). *Sala de situação: operadoras de planos privados*. Disponível em: https://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/sala-de-situacao.html. Acesso em: 13 fev. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Parecer técnico nº 26, de 01 de abril de 2021*. Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/aceso-a-informacao/transparencia-institucional/pareceres-tecnicos-da-ans/2020/parecer_tecnico_no_26_2021_processo_transexualizador.pdf. Acesso em: 01 jul. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa nº 196, de 14 de julho de 2009*. Dispõe sobre a Administradora de Benefícios. Brasília, DF. [2009]. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OQ==>. Acesso em: 03 fev. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa nº 137, de 14 de novembro de 2006*. Dispõe sobre as entidades de autogestão no âmbito do sistema de saúde suplementar. Brasília, DF, [2014]. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTEwNw==>. Acesso em: 04 jan. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009*. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Brasília, DF. [2009]. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA==>. Acesso em: 03 fev. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009*. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Brasília, DF. [2009]. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA==>. Acesso em: 03 fev. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa nº 195, de 14 de julho de 2009*. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Brasília, DF. [2009]. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MTQ1OA==>. Acesso em: 03 fev. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021*. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde que estabelece a cobertura assistencial obrigatória a ser garantida nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999 e naqueles adaptados conforme previsto no artigo 35 da Lei n.º 9.656, de 3 de junho de 1998; fixa as diretrizes de atenção à saúde; e revoga a Resolução Normativa - RN nº 428, de 7 de novembro de 2017, a Resolução Normativa - RN n.º 453, de 12 de março de 2020, a Resolução Normativa - RN n.º 457, de 28 de maio de 2020

e a RN n.º 460, de 13 de agosto de 2020. Brasília, DF: ANS, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-normativa-rn-n-465-de-24-de-fevereiro-de-2021-306209339>. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Resolução Normativa nº 322, de 21 de outubro de 2013*. Atualiza o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que constitui a referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, contratados a partir de 1º de janeiro de 1999; fixa as diretrizes de atenção à saúde; revoga as Resoluções Normativas - RN nº211, de 11 de janeiro de 2010, RN nº 262, de 1 de agosto de 2011, RN nº 281, de 19 de dezembro de 2011 e a RN nº 325, de 18 de abril de 2013; e dá outras providências. Brasília, DF: ANS. [2014]. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/31080465/do1-2013-10-22-resolucao-normativa-rn-n-338-de-21-de-outubro-de-2013-31080461. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Segmentação assistencial*. Brasília, DF. [s.d.]. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/planos-de-saude-e-operadoras/contratacao-e-troca-de-plano/dicas-para-escolher-um-plano/segmentacao-assistencial>. Acesso em: 03 fev. 2022.

BRASIL. *Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Disponível em: http://www.ccs.saude.gov.br/cns/pdfs/8conferencia/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em: 01 fev. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.033, de 13 de julho de 2022*. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer hipóteses de cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2332541>. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Acordo de Cooperação Técnica nº 104/2021*. Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebram o Conselho Nacional de Justiça - CNJ e a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS visando ao intercâmbio e à cooperação técnica relacionados à assistência suplementar à saúde. Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/07/TCOT_104_2021.pdf. Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. *Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil: diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil*. Porto Alegre, 2011. Disponível em: <http://http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Diagnósticos das custas processuais praticadas nos tribunais*. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/relat_custas_processuais2019.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Estatísticas Processuais de Direito à Saúde*. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a6dfbee4-bcad-4861-98ea-4b5183e29247&sheet=87ff247a-22e0-4a66-ae83-24fa5d92175a&opt=ctxmenu,cursel>. Acesso em: 26 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução*. Brasília, DF: CNJ, [2019]. Disponível em: <http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2019/07/JUDICIALIZAC%CC%A7A%CC%83O-DA-SAU%CC%81DE-NO-BRASIL.pdf> Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2021: ano-base 2020*. Brasília: CNJ, 2020, p. 101-111. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2022: ano-base 2021*. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Os cem maiores litigantes*. Brasília, DF: CNJ, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Painel “Grandes Litigantes”*. Disponível em: <https://grandes-litigantes.stg.cloud.cnj.jus.br/>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Políticas públicas do Poder Judiciário: os maiores litigantes em questões consumeristas, mapeamento e proposições*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/just-pesquisa-maiores-litigantes2018.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Programa Resolve: Poupança – Planos Econômicos*. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYjk3YWFMjktMGY3NC00ZmI0LThiMzQtN2I1MwVjY2VINGRjIiwidCI6ImFkOTE5MGU2LWM0NWQtNDYwMCIiYzVjLWVjYjY1NGNjZjQ5NyIsImMiOiJ9>. Acesso em: 07 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Projetos da Gestão do Ministro Luiz Fux*. [Brasília, DF], 22 de setembro de 2020: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/5-Eixos-da-Justi%C3%A7a-Ministro-Luiz-Fux-22.09.2020.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 129, de 15 de junho de 2022*. Recomenda aos tribunais a adoção de cautelas visando a evitar o abuso do direito de demandar que possa comprometer os projetos de infraestrutura qualificados pelo Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), previsto na Lei no 13.334/2016. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original1526482022062962bc6f384599d.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Recomendação nº 127, de 15 de fevereiro de 2022*. Recomenda aos tribunais a adoção de cautelas visando a coibir a judicialização predatória que possa acarretar o cerceamento de defesa e a limitação da liberdade de expressão. Brasília, DF. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original17591220220217620e8cf0e759c.pdf>. Acesso em: 22 set. 2022

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 107, de 06 de abril de 2010*. Institui o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Brasília, DF: CNJ, 2010. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/173>. Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 388, de 13 de abril de 2021*. Dispõe sobre a reestruturação dos Comitês Estaduais de Saúde, fixados pela Resolução CNJ no 238/2016, e dá outras providências. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3868>. Acesso em: 01 jun. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 423, de 05 de outubro de 2021*. Altera a Resolução CNJ no 75/2009, que dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. Brasília, DF: CNJ, 2021. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4147>. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 444, de 25 de fevereiro de 2022*. Institui o Banco Nacional de Precedentes (BNP) para consulta e divulgação por órgãos e pelo público em geral de precedentes judiciais, com ênfase nos pronunciamentos judiciais listados no art. 927 do Código de Processo Civil em todas as suas fases processuais. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4415>. Acesso em: 22 set. 2022

BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Saúde Suplementar. Brasília: CONASS, 2011. [Livro Digital]. Disponível em: https://www.conass.org.br/bibliotecav3/pdfs/colecao2011/livro_12.pdf. Acesso em: 24 dez. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 06 jul. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 15 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22 de novembro de 1969 – Pacto de San José da Costa Rica. Brasília, DF: Presidência da República, 9 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 15 de ago. 2020.

BRASIL. *Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939*. Código de Processo Civil. Rio de Janeiro, RJ, [1969]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRASIL. *Exposição de motivos do Código de Processo Civil*. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1938. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em: 01 out. 2021.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Estatística de povoamento: evolução da população brasileira*. Disponível em: <https://brasil500anos.ibge.gov.br/estatisticas-do-povoamento/evolucao-da-populacao-brasileira.html>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.454, de 21 de setembro de 2022*. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos privados de assistência à saúde, para estabelecer critérios que permitam a cobertura de exames ou tratamentos de saúde que não estão incluídos no rol de procedimentos e eventos em saúde suplementar. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14454.htm. Acesso em: 22 set. 2022

BRASIL. *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990*. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998*. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília, DF, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19656.htm. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000*. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Brasília, DF, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19961.htm. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação. *Resolução nº 5, de 17 de setembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Brasília, DF, 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/55640393/do1-2018-12-18-resolucao-n-5-de-17-de-dezembro-de-2018-55640113. Acesso em 03 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Política Nacional de Atenção Básica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2006. Disponível em:

https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_atencao_basica_2006.pdf. Acesso em: 03 dez. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Política Nacional de Atenção Básica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2012. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_atencao_basica.pdf. Acesso em: 22 jan. 2022.

BRASIL. Senado Federal. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7ª ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 153, de 2017*. Altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, para obrigar as empresas de planos de saúde a oferecer e comercializar planos de saúde individuais aos consumidores. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5298950&ts=1633382195984&disposition=inline>. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). *Recurso Especial nº 1.729.566/SP*. RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. COBERTURA DE TRATAMENTO CLÍNICO OU CIRÚRGICO EXPERIMENTAL E MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA. EXPRESSA EXCLUSÃO LEGAL. USO OFF LABEL. POSSIBILIDADE, EM SITUAÇÕES PONTUAIS. CONFUSÃO COM TRATAMENTO EXPERIMENTAL. DESCABIMENTO. EVIDÊNCIA CIENTÍFICA, A RESPALDAR O USO. NECESSIDADE. [...] Recorrente: Care Plus Medicina Assistencial LTDA. Recorrida: Silvana Aparecida do Carmo Takai. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 04 de outubro de 2018. Publicado em 30/10/2018. Decisão por maioria. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201703336687&dt_publicacao=30/10/2018. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Seção). *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.886.929/SP*. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PLANOS E SEGUROS DE SAÚDE. DIVERGÊNCIA ENTRE AS TURMAS DE DIREITO PRIVADO ACERCA DA TAXATIVIDADE OU NÃO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE ELABORADO PELA ANS. ATRIBUIÇÃO DA AUTARQUIA, INEQUIVOCAMENTE ESTABELECIDO NA SUA PRÓPRIA LEI DE CRIAÇÃO. ATO ESTATAL DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO ADMINISTRATIVO AO QUAL SE SUBMETEM FORNECEDORES E CONSUMIDORES DA RELAÇÃO CONTRATUAL DE DIREITO PRIVADO. GARANTE A PREVENÇÃO, O DIAGNÓSTICO, A RECUPERAÇÃO E A REABILITAÇÃO DE TODAS AS ENFERMIDADES. SOLUÇÃO CONCEBIDA E ESTABELECIDO PELO LEGISLADOR PARA EQUILÍBRIO DOS INTERESSES DAS PARTES DA RELAÇÃO CONTRATUAL. ENUNCIADO N. 21 DA I JORNADA DE DIREITO DA SAÚDE DO CNJ. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA À RELAÇÃO CONTRATUAL, SEMPRE VISANDO O EQUILÍBRIO. HARMONIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA E SEGUNDA SEÇÕES NO SENTIDO DE VELAR AS ATRIBUIÇÕES LEGAIS E A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA DA AUTARQUIA ESPECIALIZADA. FIXAÇÃO DA TESE DA TAXATIVIDADE, EM REGRA, DA RELAÇÃO EDITADA PELA AGÊNCIA, COM ESTABELECIMENTO DE

PARÂMETROS OBJETIVOS PARA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AO JUDICIÁRIO. [...] Embargante: Unimed Campinas Cooperativa de Trabalho Médico. Embargado: Gustavo Guerazo Lorenzetti. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão, 8 de junho de 2022. Publicado em 03/08/2022. Decisão por maioria. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=160376796&num_registro=202001916776&data=20220803&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial nº 959.780/ES*. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CRITÉRIOS DE ARBITRAMENTO EQUITATIVO PELO JUIZ. MÉTODO BIFÁSICO. VALORIZAÇÃO DO INTERESSE JURÍDICO LESADO E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO. 1. Discussão restrita à quantificação da indenização por dano moral sofrido pelo esposo da vítima falecida em acidente de trânsito, que foi arbitrado pelo tribunal de origem em dez mil reais. 2. Dissídio jurisprudencial caracterizado com os precedentes das duas turmas integrantes da Segunda Seção do STJ. 3. Elevação do valor da indenização por dano moral na linha dos precedentes desta Corte, considerando as duas etapas que devem ser percorridas para esse arbitramento. 4. Na primeira etapa, deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. 5. Na segunda etapa, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz. 6. Aplicação analógica do enunciado normativo do parágrafo único do art. 953 do CC/2002. 7. Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. Recorrente: José Castello Loyola. Recorrido: Afonso Marchetti. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 26 de abril de 2011. Publicado em 06/05/2011. Decisão por unanimidade. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700554919&dt_publicacao=06/05/2011. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial nº 1.817.845/MS*. Civil e Processual Civil. Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais. Omissão e obscuridade. Inocorrência. Fundamentação suficiente. Questão decidida. Abuso do direito de ação e de defesa. Reconhecimento como ato ilícito. Possibilidade. Prévia tipificação legal das condutas. Desnecessidade. Ajuizamento sucessivo e repetitivo de ações temerárias, desprovidas de fundamentação idônea e intentadas com propósito doloso. Má utilização dos direitos fundamentais de ação e defesa. Possibilidade. [...] Recorrente: Alberto Jorge Muniz e outros. Recorrido: Celso Izidoro Rottili. Relatora p/ Acórdão: Ministra Nancy Andrighi, 10 de outubro de 2019. Publicado em 17/10/2011. Decisão por maioria. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=201601478267>. Acesso em: 01 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial nº 1.770.890/SC*. Recurso Especial. Ação Indenizatória. Ajuizamento. Ação Popular. Prazo Prescricional. Termo Inicial. Teoria da actio nata. Dano e sua extensão. Ciência inequívoca. Lesão. Decurso do tempo. Prescrição. Não ocorrência. Danos Morais. Direito De Ação. Abuso. Inexistência. Pretensão Legítima. Proteção Do Patrimônio Público. 1. Recurso especial interposto na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a discutir i) a ocorrência ou não da prescrição da pretensão

indenizatória e ii) a configuração de abuso do direito de ação em virtude do ajuizamento de ação popular que pretendia o reconhecimento de irregularidades no procedimento de alienação de um imóvel pertencente ao município. 3. No tocante à prescrição, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem adotado a teoria da *actio nata*, segundo a qual a pretensão surge apenas quando há ciência inequívoca da lesão e de sua extensão pelo titular do direito violado. Precedentes. 4. Na hipótese, quando do ajuizamento da ação popular, os autores não tinham ciência inequívoca da extensão dos danos provocados pela referida ação, visto que decorreram do curso do processo. A alegada lesão do direito perdurou enquanto tramitou a ação popular. 5. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se orientado no sentido da excepcionalidade do reconhecimento de abuso do direito de ação, por estar intimamente atrelado ao acesso à justiça. Precedente. [...] Recorrente: Ereno Marchi e outros. Recorrido: Horst Bremer e outra. Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cuêva, 18 de agosto de 2020. Publicado em 26/08/2020. Decisão por unanimidade. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801958689&dt_publicacao=26/08/2020. Acesso em: 20 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial nº 1729566/SP*. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANOS DE SAÚDE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AFASTADA. NEGATIVA DE FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO SOB O FUNDAMENTO DE SE TRATAR DE TRATAMENTO EXPERIMENTAL. RESOLUÇÃO NORMATIVA DA ANS. USO FORA DA BULA (OFF LABEL). INGERÊNCIA DA OPERADORA NA ATIVIDADE MÉDICA. IMPOSSIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL. CONCRETO AGRAVAMENTO DA AFLIÇÃO PSICOLÓGICA DA BENEFICIÁRIA DO PLANO DE SAÚDE QUE SE ENCONTRAVA COM A SAÚDE DEBILITADA POR NEOPLASIA MALIGNA. MAJORAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. [...] Recorrente: Amil Assistência Médica Internacional S/A. Recorrida: Marina Zoe Skyvalakis Stegmann. Relatora: Ministra Nancy Andriighi, 28 de agosto de 2018. Publicado em 06/09/2018. Decisão por unanimidade. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201702673838&dt_publicacao=06/09/2018. Acesso em: 10 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial nº 1.116.574/ES*. Recurso Especial - Embargos à Execução - Preliminar de Intempestividade - Inexistência - Art. 244, do Código De Processo Civil - Prequestionamento - Ausência - Incidência da Súmula 211/STJ - Preparo - Ausência - Intimação Pessoal - Desnecessidade - Precedentes desta Corte Superior - Porém, determinada a intimação para recolhimento do preparo e devidamente cumprido - Violação do Princípio da Confiança [Venire Contra Factum Proprium] - Decisão que extingue a demanda, sem julgamento de mérito - Princípio da Boa-Fé Objetiva - Observância - Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. [...] Recorrente: TERVAP Pitanga Mineração e Pavimentação LTDA. Recorrido: Hilda Marlene Loss e outros. Relator: Ministro Massami Uyeda, 14 de abril de 2011. Publicado em 27/04/2011. Decisão por unanimidade. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/jurisprudencia.asp?valor=200900067524>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial nº 1.989.076/MT*. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SÚMULA 284/STF. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PARTE BENEFICIÁRIA DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO. DESCABIMENTO. [...] Recorrente: Locari

Machry. Recorrido: Banco Cetelem S/A. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Decisão por unanimidade, 17 de maio de 2022. Publicado em 19/05/2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=153726284&num_registro=202200581711&data=20220519&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 302*. É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2004]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_24_capSumula302.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 608*. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_608_2018_segunda_secao.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 609*. A recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2018]. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2018_47_capSumulas606-610.pdf. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 7*. A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.pdf. Acesso em: 03 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 165/DF*. Recorrente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF. Amicus Curiae: Associação Brasileira do Consumidor - ABRACON e outros. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 01 de março de 2018. Publicado em 16/02/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752370270>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF*. CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR

ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. [...] Requerente: Procuradoria-Geral da República. Intimado: Congresso Nacional e outros. Relator: Ministro Ayres Britto, 29 de maio de 2008. Publicado em 28/05/2010. Decisão por maioria. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 672/DF*. CONSTITUCIONAL. PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19). RESPEITO AO FEDERALISMO. LEI FEDERAL 13.979/2020. MEDIDAS SANITÁRIAS DE CONTENÇÃO À DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS. ISOLAMENTO SOCIAL. PROTEÇÃO À SAÚDE, SEGURANÇA SANITÁRIA E EPIDEMIOLÓGICA. COMPETÊNCIAS COMUNS E CONCORRENTES E RESPEITO AO PRINCÍPIO DA PREDOMINÂNCIA DO INTERESSE (ARTS. 23, II, 24, XII, E 25, § 1º, DA CF). COMPETÊNCIAS DOS ESTADOS PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PREVISTAS EM LEI FEDERAL. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. [...] Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimados: Presidente da República e Ministro de Estado da Economia. Relator: Ministro Alexandre de Moraes, 13 de outubro de 2020. Publicado em 23/10/2020. Decisão por unanimidade. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344826938&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 666.094/DF*. DIREITO CONSTITUCIONAL E SANITÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. IMPOSSIBILIDADE DE ATENDIMENTO PELO SUS. RESSARCIMENTO DE UNIDADE PRIVADA DE SAÚDE. [...] Recorrente: Distrito Federal. Recorrido: Unimed Brasília Cooperativa de Trabalho Médico. Amicus Curiae: Confederação Nacional de Saúde e outros. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, 30 de setembro de 2021. Publicado em 04/02/2022. Decisão por unanimidade. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349493693&ext=.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário nº 948.634/RS*. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 123 DA SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CIVIL. APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO. PLANOS DE SAÚDE. LEI 9.656/1998. DISCUSSÃO SOBRE A SUA APLICAÇÃO EM RELAÇÃO A CONTRATOS FIRMADOS ANTERIORMENTE À RESPECTIVA VIGÊNCIA. I - A blindagem constitucional ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada configura cláusula pétrea, bem assim um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, consubstanciando garantias individuais de todos os cidadãos. II - Os efeitos decorrentes da entrada em vigor da Lei 9.656/1998 em relação a fatos passados, presentes, futuros e pendentes pode variar, de acordo com os diferentes graus da retroatividade das leis, admitida pela doutrina e jurisprudência em casos particulares. [...] Recorrente: Unimed Porto Alegre - Sociedade Cooperativa de Trabalho Médico LTDA. Recorrido: Iara Maria Cardoso dos Santos. Amicus Curiae: Federação Nacional de Saúde Suplementar (FENASAÚDE). Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 20 de outubro de 2020. Publicado em 18/11/2020. Decisão por maioria. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754402903>. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Referendo em Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341/DF*. REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. [...] Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Intimados: Presidente da República. Amicus Curiae: Federação Brasileira de Telecomunicações (Febratel). Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator para o acórdão: Ministro Edson Fachin, 15 de abril de 2020. Publicado em 13/11/2020. Decisão por maioria. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931/DF*. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – NORMA ATACADA – ALTERAÇÃO – PREJUÍZO. A superveniente modificação da norma impugnada, sem aditamento à inicial, implica o prejuízo do controle concentrado de constitucionalidade. PLANOS DE SAÚDE – REGÊNCIA – OBSERVÂNCIA. Os planos de saúde submetem-se aos ditames constitucionais, à legislação da época em que contratados e às cláusulas deles constantes – considerações. Requerente: Confederação Nacional de Saúde - Hospitais Estabelecimentos e Serviços CNS. Relator: Ministro Marco Aurélio Mello. Decisão por unanimidade. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314542313&ext=.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 532/DF*. MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. RESOLUÇÃO N. 433/2018 DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. MECANISMOS FINANCEIROS DE REGULAÇÃO: COPARTICIPAÇÃO E FRANQUIA. DIREITO À SAÚDE. EXCEPCIONAL CONDIÇÃO DE INSEGURANÇA DOS USUÁRIOS DO SISTEMA. CAUTELAR DEFERIDA. MEDIDAS PROCESSUAIS. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimado: Agência Nacional de Saúde Suplementar. Relator: Ministro Celso de Mello, 20 de outubro de 2020. Publicado em 18/11/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314836950&ext=.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2021.

BRASL. Conselho de Saúde Suplementar. *Resolução nº 8, de 3 de novembro de 1998*. Dispõe sobre mecanismos de regulação nos Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde. Disponível em: <https://www.ans.gov.br/component/legislacao/?view=legislacao&task=TextoLei&format=raw&id=MzA3>. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRAVO, Maria Inês Souza. MATOS, Maurílio Castro de. Projeto ético-político do Serviço Social e sua relação com a reforma sanitária: elementos para o debate. In: MOTA, et al. *Serviço Social e Saúde: Formação e Trabalho Profissional*. São Paulo: Cortez Editora, 2006, p.197-217.

BRITO, Bruno. TJPE julga IAC e fixa teses jurídicas que obrigam os planos de saúde a custear o tratamento multidisciplinar de pessoas com autismo abrangendo métodos e terapias especiais. *Tribunal de Justiça de Pernambuco*, 27 jul. 2022. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/-/tjpe-julga-iac-e-fixa-teses-juridicas-que-obrigam-os-planos-de-saude-a-custear-o-tratamento-multidisciplinar-de-pessoas-com-autismo-abrangendo-metodos>. Acesso em: 31 jul. 2022.

BUENO, Newton Paulo. Possíveis contribuições da Nova Economia Institucional à pesquisa em história econômica brasileira: uma releitura das três obras clássicas sobre o período colonial. *Revista Estudos Econômico*, v. 34, n. 4, 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ee/a/HV3KNQLjcgJ4gPWf3XvfBzD/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 04 jul. 2022.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista Baiana de Direito*. v. 4. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2009, p. 181-208.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A eficiência da audiência do art. 334 do CPC. *Revista de Processo*. Vol. 298. p. 107-120. dez/2019.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão; NEVES, Aline Regina das. Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e duração razoável do processo. *Revista de Processo*, v. 276, p. 467-501, 2018.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência lotérica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n.786, p.108-128, abr. 2001.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. *Revista de Processo*, v. 192, 2011, [Online]. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000018232af62a4ccf6dcc0&docguid=I98c17cd0659311e0bd4c0000855dd350&hitguid=I98c17cd0659311e0bd4c0000855dd350&spos=7&epos=7&td=10&context=15&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 24 abr. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARDOZO, Rafael Souza. O tratamento adequado das custas processuais como instrumento de gestão processual. *Revista Judicial Brasileira*, v. 1, n. 1, jul.-dez., 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.54795/rejub.n.1.88>. Acesso em: 20 ago. 2022.

CARDOSO, Thiago Araújo. *Uma proposta moderna: uma visão da análise econômica do Direito à luz da teoria dos sistemas e possibilidades de sua aplicação*. 562 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.btd.uerj.br:8443/bitstream/1/9317/1/THIAGO%20ARAUJO%20FINAL.pdf>. Acesso em: 30 out. 2021.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2 ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 93.

CARRADITA, André Luís Santoro. *Abuso de situações jurídicas processuais no Código de Processo Civil*. 2013. 444f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-22082014-091232/publico/ANDRE_CARRADITA_Abuso_de_situacoes_juridicas_processuais_versao_final.pdf. Acesso em: 01 nov. 2021.

CARVALHO, Gilson. A Saúde Pública no Brasil. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 27, n. 78, jan. 2013, [Online]. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/eav/article/view/68675/71254>. Acesso em: 14 fev. 2022.

CARVALHO, Mariana Siqueira de. A saúde como direito social fundamental na constituição federal de 1988. *Revista De Direito Sanitário*, 4(2), 15-31, [Online]. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v4i2p15-31>. Acesso em 01 jan. 2022.

CARVER, Todd B.; VONDRA, Albert A. Alternative dispute resolution: why it doesn't work and why it does. *Harvard Business Review*, may/jun. 1994, [Online]. Disponível em: <https://hbr.org/1994/05/alternative-dispute-resolution-why-it-doesnt-work-and-why-it-does>. Acesso em: 30 ago. 2021.

CASTRO FILHO, José Olympio de. *Abuso do Direito no Processo Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 26.

CHASIN, Ana Carolina da Matta. O Juizado Especial Cível e a Reforma do Judiciário no Brasil. *Revista de Ciência Política*, vol. 21, n. 1, p. 97-114, jan./jun. 2012.

CIARLINI, Álvaro Luís de Araújo Sales. *Direito à saúde: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição*. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502197732/>. Acesso em: 13 Mar 2022.

CINTRA, Antônio Calor de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COASE, Ronald Harry. The Nature of the Firm. *New series*, v. 4, n. 16. Nov, 1937, [Online]. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>. Acesso em: 05 nov. 2021.

COASE, Ronald. The problem of social cost. *The journal of Law and Economics*. Vol. 3, out/1960. Traduzido por Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla, [Online]. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3806050/mod_resource/content/1/custosocial.pdf. Acesso em: 01 dez. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Seminário Judicialização da Saúde Suplementar. Brasília, DF, 2022. Vídeo [257 min]. *Youtube*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=L6Uar2UKFVE&t=2909s>. Acesso em: 01 jul. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Seminário Judicialização da Saúde Suplementar. Brasília, DF, 2022. Vídeo (257 min). *Youtube*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=L6Uar2UKFVE&t=2909s>. Acesso em: 01 jul. 2022.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Derecho y economia*. Traducción por Eduardo L. Suárez. 6ª ed. Ciudad de México: Fondo de Cultura Economica, 2016. p. IX [Livro Digital].
CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina.

CORDEIRO, António Menezes. A boa fé nos finais do século XX. *Revista da Ordem dos Advogados Portugueses*, Lisboa, ano 56, v. III, p. 887-912, dez. 1996. p. 896, [Online]. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MCordeiro96.pdf. Acesso em: 1 dez. 2022.

CORDEIRO, Hésio. *A medicina de grupo e o complexo médico industrial*. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/10658>. Acesso em: 30 dez. 2021.

COVID-19: Custo mediano de diária em UTI é de R\$ 2.234. *Planisa*, [s.l.], 26 jan. 2021. Disponível em: <https://planisa.com.br/site/covid-19-custo-mediano-de-diaria-em-uti-e-de-r-2-234/>. Acesso em: 10 maio 2022.

CRESPO, Mariana Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 32. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2021.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Uma nova disciplina: o direito sanitário. *Revista Saúde Pública*, vol. 22, ago, 1988, [Online]. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/5y9xHbXS96M9BhMWWgrRWgd/?lang=pt>. Acesso em: 01 jan. 2022.

DALLARI-BUCCI, Maria Paula, DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, [Livro Digital]. Disponível em: <https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/43882/3738-Judicializacao-da-Sade-A-viso-do-Poder-Executivo-2017.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2021.

DEL NERO, Carlos Roberto. O que é economia da saúde. In: PIOLA, Sérgio Francisco; VIANNA, Solon Magalhães (Org.). *Economia da saúde: conceito e contribuição para a gestão da saúde*. Brasília: Ipea, 2002. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/3036>. Acesso em: 23 jan. 2022.

DE SÁ, Clodoaldo; PUERTO, José. Conceito de saúde: caminhos para a construção de uma proposta transdisciplinar e participativa. *Revista andaluza de medicina del deporte*, ISSN 1888-7546, Nº. 1, 2009, p. 35-38, [Online]. Disponível em: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-andaluza-medicina-del-deporte-284-articulo-conceito-saude-caminhos-construcao-uma-13134196>. Acesso em: 22 jan. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 529.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. Practice and human dignity in the balanca: comparing, empirically, delação premiada, plea negotiations and cooperating witnesses in Brasil and the USA. *Revista Unicuritiba*, v. 2, n. 51, 2018, [Online]. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2802/371371470>. Acesso em: 20 maio 2022.

Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa. *Michaelis*. [s.l.] [s.d]. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=heur%C3%ADstica>. Acesso em: 13 jul. 2022.

DIDIER JR., Fredie. *Cooperação Judiciária Nacional: esboço de uma teoria para o Direito Brasileiro* [arts. 67-69, CPC]. 2º ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 51-52.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 19ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. Vol. 1. p. 119.

DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressão: aplicação do duty to mitigate the loss no processo civil. *Revista de Processo*, v. 171, p. 35-48, 2009.

DIDIER Jr., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: Autocomposição em Direitos Coletivos. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier Cabral. (Org.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Justiça Multiportas Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. 1.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, v. 9, p. 35-66.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: Malheiros, vol. I, 3. ed., 2000, nº 109.

ELIAS, Vivian Carrer. Em 20 anos, leis antifumo reduziram o tabagismo no Brasil pela metade. *Revista Veja*, 6 nov. 2012. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/em-20-anos-leis-antifumo-reduziram-o-tabagismo-no-brasil-pela-metade/>. Acesso em: 01 fev. 2022. Enunciado nº 5 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – Carta de São Paulo. São Paulo, São Paulo. 18 a 20 de março de 2016. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-S%C3%A3o-Paulo.pdf>. Acesso: em 01 de nov. de 2021.

ESPANHA. *Constituição Espanhola de 1978* (versão em português). Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo (Primeira Câmara Cível). *Apelação Cível n. 0011070-95.2018.8.08.0030*. [...] 1. Da análise da motivação adotada pelo juízo de origem, assim como das provas disponíveis nos autos, inexistente ilegalidade a ensejar a reforma da decisão impugnada, sobretudo porque, diante de cognição sumária em que se encontrava, verificou e indicou a presença dos requisitos autorizadores à concessão da tutela pretendida. 2.

No caso, os documentos colacionados corroboram a presença da fumaça do bom direito, na medida em que, diante do diagnóstico de ESPECTRO AUTISTA, a fim promover o adequado tratamento, diante dos distúrbios da fala e de comportamento, o profissional médico que o acompanha indicou a necessidade de tratamento contínuo com terapia comportamental ABA (40 horas semanais). [...] Recorrente: Vale do Rio Doce Saúde. Recorrido: João Victor Machado dos Santos. Relator p/ Acórdão: Des. Ewerton Schwab Pinto Júnior, 09 de fevereiro de 2021. Publicado em 03/03/2021. Decisão por maioria. Disponível em:

http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_jurisp/14300691139.pdf?CFID=235712223&CFTOKEN=35071615 Acesso em: 28 jun. 2022.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Espírito Santo (Terceira Câmara Cível). *Apelação Cível n. 0007609-95.2017.8.08.0048*. [...] É sabido que a orientação desta Egrégia Corte, subsidiada por entendimento assente também do C. STJ, é de que o rol de procedimentos da ANS possui natureza meramente exemplificativa, não significando, portanto, que a ausência de sua previsão implique ausência de cobertura, ainda mais quando evidenciada a necessidade do tratamento da saúde do beneficiário do respectivo plano contratado. IV - Entendeu-se que diante da imprescindibilidade de submissão do menor apelado ao tratamento vindicado de terapia comportamental pelo método ABA; fonoaudiologia pelo método PECS; hidroterapia e equoterapia; terapia ocupacional por integração sensorial; psicopedagogia e psicomotricidade relacional, vez que substanciosos e contundentes os laudos médicos fornecidos pelos profissionais que o acompanham, exsurge-se a procedência da pretensão autoral ao acolhimento do tratamento vindicado, até mesmo porque o vínculo contratual deste com a seguradora de saúde é incontroverso. Recorrente: Bradesco Saúde S/A. Recorrido: Rafael Santana Freitas Paixão e Outros. Relator Des. Jorge Henrique Valle dos Santos, 18 de agosto de 2020. Publicado em 09/12/2020. Decisão por unanimidade. Disponível em:

http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_jurisp/14118711517.pdf?CFID=235712223&CFTOKEN=35071615. Acesso em: 28 jun. 2022.

FARIA, Márcio Carvalho. A lealdade processual, o projeto de novo Código de Processo Civil brasileiro e a experiência portuguesa. *Revista de Processo*, v. 230, 2014, [Online]. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1395_1430.pdf. Acesso em: 30 nov. 2021.

FASCINA, Linus Pauling. *Filantropia como estratégia em cinco organizações hospitalares privadas no município de São Paulo*. 2009. 194 f. Tese (Doutorado em Administração de Empresas) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4561/71050100645.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2022.

FILHO, Augusto Cezar da Cunha e Silva; MIRANDA, Kléber Formiga; LUCENA, Wenner Gláucio Lopes; MACHADO, Márcia Reis. *Vieses Comportamentais Influenciam as Previsões de Lucros dos Analistas de Mercado? Uma Análise no Mercado de Capitais Brasileiro*. USP International Conference in Accounting, 2018, São Paulo. Moving accounting forward. São Paulo: USP, 2018. v. 18. Disponível em: <https://congressosp.fipecafi.org/anais/18UspInternational/ArtigosDownload/1021.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2022.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração Pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Londrina, PR: Tooth, 2021. p. 68.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Constitucionalismo sob a ditadura militar de 64 a 85. *Revista de Informação Legislativa*, v. 197, p. 161-174, 2013, [Online]. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p161.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021.

FREIRE, Alonso. O pêndulo de Posner. *Revista Pensamento Jurídico da FADISP*, v. 8, n. 2, 2015, [Online]. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/21>. Acesso em: 13 maio 2022.

OLIVEIRA, Erickson Araújo Santana de. *Eficiência e direito: o papel da maximização da riqueza na análise econômica do direito a partir a obra de Richard Posner*. 2016. 128 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, PE, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/25947/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Erickson%20Ara%C3%BAjo%20Santana%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

FRIEDMAN, David D. *Law's order: what Economics has to do with Law and why it matters*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2000, p. 25. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/David-Friedman-Laws-Order.pdf>. Acesso em: 24 maio 2022.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FUX, Rodrigo. Os influxos da Análise Econômica do Direito no Código de Processo Civil de 2015, [Online]. *Revista de Processo*, vol. 308, ano 2020, out. 2020. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017e281929bf8acca7a8&docguid=I82415730e0c911eabe8a892769cf5328&hitguid=I82415730e0c911eabe8a892769cf5328&spos=1&epos=1&td=2&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01 nov. 2021.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 20.

GALANTER, Marc. *Por que "quem tem" sai na frente: especulações sobre os limites da transformação no direito*. Tradução de Ana Carolina Chasin. São Paulo: FGV Direito SP, 2018 [Livro Digital].

GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel R.. History of Law and Economics. Bonn: Preprints of the *Max Planck Institute for Research on Collective Goods*, 2014, p. 3. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2421224>. Acesso em: 01 fev. 2022.

GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. *Direito e Economia no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Grupo GEN, 2014. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522480555/>. Acesso em: 05 mar. 2022.

GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*. Brasília, DF, UCB, v. 1, n. 1, jan.-jun. 2010, [Online]. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2794>. Acesso em: 03 jan. 2022.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set.-dez. 2014, [Online]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46462/44453#:~:text=A%20partir%20do%20reconhecimento%20de,dos%20servi%C3%A7os%2C%20s%C3%A3o%20caracter%C3%ADsticas%20do>. Acesso em: 03 out. 2021.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*. Brasília, DF, UCB, v. 1, n. 1, jan.-jun. 2010, [Online]. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2794>. Acesso em: 03 jan. 2022.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. Notas sobre a Análise Econômica do Direito e Epistemologia do Direito. In: XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, 2009, São Paulo. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis/SC: Fundação Boiteux, 2009. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2662.pdf. Acesso em: 01 jan. 2021.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique. Despacho Saneador e assimetria de informação. *Economic Analysis of Law Review*, v. 9, n. 3, set-dez, 2018, [Online]. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/8757>. Acesso em: 01 jun. 2022. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.. *Revista de Informação Legislativa*, v. 43, p. 91-105, 2006.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Cap 1. São Paulo: Grupo GEN, 2019. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 30 dez. 2021.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Princípio da eficiência econômico-social no direito brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. *Sequência* (Florianópolis), n. 68, jun. 2014, p. 261-290, [Online]. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>. Acesso em: 01 mai. 2022.

GREGORI, Maria Stella. A saúde suplementar no contexto do estado regulador brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 59/2006, p. 109 - 126, Jul – Set, 2006, [Online]. Disponível em: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc6000017fd8c07a423bf5a642&docguid=Ief16c090f25211dfab6f010000000000&hitguid=Ief16c090f25211dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=201&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 03 jan. 2022.

GREGORI, Maria Stella. Desafios para a desjudicialização dos planos de saúde. *Revista dos Tribunais*, vol. 1004, p. 123 – 143, Jun. 2019.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019 [Livro Digital].

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, v. 2, n. 5, abr. 2008, [Online]. Disponível em: https://www.editorajc.com.br/wp-content/uploads/2012/09/ENM_05.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

GROSSMAN, Joel B.; KRITZER, Herbert M.; MACAULAY, Stewartigo. Do the “haves” still come out ahead? *Law & Society Review*. Law and Society Association, Vol. 33, Number 4, p. 803, 1999.

GUAZZELLI, Amanda Salis. *A busca da justiça distributiva no Judiciário por meio das relações contratuais: uma análise a partir dos planos de saúde*. 2013. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, USP. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2013. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-28112013-142249/publico/Amanda_Guazzelli_Dissertacao.pdf. Acesso em: 18 dez. 2021.

GUERINI, João Furtado; OBREGON, Macelo Fernando Quiroga. A Clássica dicotomia na classificação dos sistemas de repartição de custas no processo civil: sistema inglês x sistema norte-americano. *Revista Derecho y Cambio Social*, n. 53, ano XV, 2018. Lima, Peru. [Online]. Disponível em: https://www.derechocambiosocial.com/revista053/A_CLASSICA_DICOTOMIA.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

HARARI, Yuval Noah. *Sapiens: uma breve história da humanidade*. 1.ed. Porto Alegre: L&PM, 2015.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the Commons. *Science*, v. 162, n. 3.859, dec. 1968. Disponível em: <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243>. Acesso em: 01 nov. 2021.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 146-147.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Planos de Saúde Individuais: espécie em extinção*. [s.l.], 02 outubro de 2013. Disponível em: https://idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/planos-de-saude-individuais-especie-em-extinco?utm_campaign=&utm_adgroup=&creative=&keyword=&gclid=Cj0KCQjw3IqSBhCoARIsAMBkTb0R9IduzTMiqBZ47_IJz5alXiSR9muJlJHn7GLmmK1X1aZjjnFTiAaAmDbEALw_wcB. Acesso em: 03 fev. 2022.

ITÁLIA. Constituição da República Italiana de 1947 (versão em português). Disponível em: https://www.senato.it/sites/default/files/media-documents/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 13 jan. 2022.

JUIZADOS de Colatina agilizam a solução dos conflitos gerados pelo desastre ambiental de Mariana. *Tribunal de Justiça do Espírito Santo*, Espírito Santo, 27 jul. 2018. Disponível em: <http://www.tjes.jus.br/juizados-de-colatina-aceleram-processos-para-solucionar-conflitos-gerados-pelo-desastre-de-mariana/>. Acesso em: 05 nov. 2021.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. *Revista Estudos Históricos*, Rio de Janeiro n. 18, 1996/2, p. 390, [Online]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>. Acesso em: 01 out. 2021.

KANAMURA, Alberto Hideki; VIANA, Ana Luiza D'Ávila. Gastos elevados em plano privado de saúde: com quem e em quê. *Revista Saúde Pública*, n. 41 (5), Out. 2007, [Online]. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rsp/a/Wg9NSBmBkTn4LK5q4mLDqBk/?lang=pt#>. Acesso em: 04 maio 2022.

KLEIN, Vinicius. O Teorema de Coase. In: RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. *O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

KRUGMAN, Paul. *Microeconomia*. São Paulo: Grupo GEN, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595155992/>. Acesso em: 04 set. 2021. [Livro Digital].

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LANDES, William M. An Economic Analysis of the Courts. *The Journal of Law and Economics*, v. 14, n. 1, 1971, [Online]. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/24100300_An_Economic_Analysis_of_The_Courts. Acesso em: 29 jul. 2022.

LAURENTI, Ruy. Homossexualismo e a Classificação Internacional de Doenças. *Revista de Saúde Pública* 18 (5), Out, 1984, [Online]. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-89101984000500002>. Acesso em: 22 jan. 2022.

LEANDRO, Tainá. Defesa da Concorrência e Saúde Suplementar: a integração vertical entre planos de saúde e hospitais e seus efeitos no mercado. 2010. 119 f. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade Federal de Brasília, Distrito Federal, 2010. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6972/1/2010_TainaLeandro.pdf. Acesso em: 03 dez. 2021.

LEHFELD, Lucas de Souza. Instrumentos processuais de controle social da atuação reguladora do estado contemporâneo brasileiro: limites à autonomia das agências reguladoras. *Revista de Direito Privado*, vol. 28/2006, p. 125 - 155, Out - Dez/ 2006.

LESSA NETO, João Luiz. O novo CPC e o modelo multiportas: observações sobre a implementação de um novo paradigma. In: CABRAL, Trícia Navarro Xavier; ZANETI JR., H. (Org.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. v. 1. p. 909-923.

LOBO, Paulo. *Contratos*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 50.

LOGFREN, Karl-Gustaf; PERSSON, Torsten; WEIBULL, Jörgen W. Market with asymmetric information: the contributions of George Akerlof, Michael Spence e Joseph Stiglitz. *Scandinavian Journal of Economics*, v. 104 (2), jun./2022. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/227735324_Markets_with_Asymmetric_Information_The_Contributions_of_George_Akerlof_Michael_Spence_and_Joseph_Stiglitz. Acesso em: 01 jun. 2022.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Grupo GEN, 2015. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522497652/>. Acesso em: 01 mar. 2022.

MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo Processo Civil Brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. E-book Kindle.

MAGALHÃES, Roberto Barcellos de. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, vol. 2, p. 312.

MAIA, Ana Carolina, *Seleção Adversa e Risco Moral no sistema de saúde suplementar*. 2004. 97f. Dissertação (Mestrado em economia) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2004. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/LPCP-68ZG9B/1/ana_carolina_maia.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.

MARCELLINO JR., Júlio Cesar. *O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade*. 2014. 302f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/123198/326774.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 out. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 496.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. em e-book baseada na 9. ed. Impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no direito obrigacional*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

MATHIAS, Guilherme Valdetaro. O Código Civil e o Código do Consumidor na Saúde Suplementar. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira. *Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos*. São Paulo: Grupo GEN, 2012. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4829-0/>. Acesso em: 21 jan. 2022.

MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Translated by Deborah Shannon. Switzerland: Springer, 2009. p. 42-49. [Livro Digital].

MATHIS, Klaus. *Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Translated by Deborah Shannon. Switzerland: Springer, 2009. p. 42-49. [Livro Digital].

MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou ‘estória’) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In MACÊDO Lucas Burilde; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs). *Doutrina Seleccionada: parte geral*. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 35-63.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Rui. Métodos ou tratamento adequados dos conflitos?. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, v. 1, p. 323-350, 2018, [Online]. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_13.pdf. Acesso em: 03 ago. 2021.

MAZZOLA, Marcelo. Dever de comprometimento do juiz e a audiência de mediação do artigo 334 do NCPC. Críticas aos dribles hermenêuticos e à sua designação aleatória. *Revista de Processo*. Vol. 276. p. 125 – 150, fev, 2018.

MEDEIROS NETO, Elias Marques de; SORRILHA, Rúbia Cristina. O princípio da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro: um breve estudo do Novo Código de Processo Civil, [Online]. *Revista eletrônica de direito processual*, v. 18, p. 174-208, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.12957/redp.2017.27003>. Acesso em: 03 ago. 2021.

MÉDICI, André Cezar. Aspectos teóricos e conceituais do financiamento das políticas de saúde. In: PIOLA, Sérgio Francisco; VIANNA, Sólton Magalhães (org.). *Economia da saúde: conceitos e contribuição para a gestão da saúde*. Brasília: IPEA, 2002. p. 23-24.

MELO, Tatiana Massaroli; FUCIDJI, José Ricardo. Racionalidade limitada e a tomada de decisão em sistemas complexos. *Revista de Economia Política*, v. 36, n. 3 (144), jul-set/2016. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/178247/S0101-31572016000300622.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 jun. 2022.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2018. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172832/>. Acesso em: 20 out. 2021.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 178-190.

MENEGUIN, Fernando Borato; BUGARIN, Maurício Soares; BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. Planos de saúde coletivos: análise econômica do reajuste por faixa etária. *Revista de Análise Econômica do Direito*, Vol. 2 - Jul/Dez 2021.

MLA style: Ronald H. Coase – Facts. NobelPrize.org. In: *Nobel Media AB 2020*. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/coase/facts/>. Acesso em: 01 dez. 2021.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Guia do politicamente incorreto da arbitragem brasileira: visão crítica de vinte anos de sucesso, [Online]. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 50/2016. p. 213 - 227. Jul-Set/2016. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArbMed_n.50.14.PDF. Acesso em: 05 set. 2021.

NASSAR, Luiz Henrique de Andrade. *A aplicação das teorias de Cecil Pigou e Ronald Coase na análise das externalidades ambientais: um estudo sobre a logística reversa no estado do Paraná*. 2017. 124f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico). Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Curitiba, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015. p. 909.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado: artigo por artigo*. 1ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 12.

NICOLAÏ, André. *Comportamento Econômico e Estruturas Sociais*. Traduzido por Oracy Nogueira. São Paulo: Editora Nacional, Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 185.

OCDE - Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico. *Private health insurance in OECD countries*. Paris: OECD, 2004. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/private-health-insurance-in-oecd-countries_9789264007451-en. Acesso em: 06 jan. 2022.

OEA - Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 30 ago. 2021.

OLIVEIRA, Erickson Araújo Santana de. *Eficiência e direito: o papel da maximização da riqueza na análise econômica do direito a partir a obra de Richard Posner*. 128 fl. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Recife, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/25947/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20Erickson%20Ara%C3%BAjo%20Santana%20de%20Oliveira.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Assembleia Geral da ONU, França, 10 dez. 1948. Disponível em: http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php. Acesso em: 15 ago. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1966. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em: 01 mar. 2022.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Tabela de Honorários e Diligências. Disponível em: https://www.oabes.org.br/tabela-urh/#res03_03-2011-capv. Acesso em: 03 jul. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/oms2.html>. Acesso em: 01 jan. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *International Health Conference*. New York: OMS, 1948. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/49056/09789275120057_eng.pdf?sequence=6&isAllowed=y. Acesso em: 22 jan. 2022.

PAIM, Jairnilson Silva. *SUS - Sistema Único de Saúde: tudo o que você precisa saber*. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Atheneu, 2019.

PAIM, Jairnilson; TRAVASSOS, Claudia; ALMEIDA, Celia; BAHIA, Ligia; MACINKO, James. O sistema de saúde brasileiro: história, avanços e desafios. *The Lancet*, [Online] Maio, 2011. Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/artigos/artigo_saude_brasil_1.pdf

PARIZZI, João Hagenbeck. *Abuso do direito de litigar: uma interpretação do direito de acesso ao Judiciário através do desestímulo econômico dos litigantes habituais*. 2016. 160f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Centro Universitário de Brasília - UniCEUB, Brasília, 2016. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12118>. Acesso em: 01 jan. 2021.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 204.

PEDRA, Adriano Sant'Ana; NEVES, Rodrigo Santos. Dever de vacinação para o combate à pandemia DA COVID-19. *Revista dos Tribunais*, vol. 1033/2021, Nov / 2021 [Online]. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc50000017fdcab7a43aa246832&docguid=I254f48e03b9d11ec96a7945cbf8b867d&hitguid=I254f48e03b9d11ec96a7945cbf8b867d&spos=5&epos=5&td=8&context=24&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#>. Acesso em: 03 dez. 2021.

PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review*, n. 49, 2019. Disponível em: <https://digitalcommons.unl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1428&context=ajacourtreview#:~:text=4%20Although%20heuristics%20are%20highly,and%20described%20in%20research%20literature>. Acesso em: 13 jul. 2022.

PEÑALOSA, Rodrigo. *Externalidades e o Teorema de Coase*. Disponível em <https://medium.com/@milesmithrae/externalidades-e-o-teorema-de-coase-rodri-go-pe%C3%B1alosa-dez-2015-6ebb29f90120>. Acesso em 07 de dez. 2021.

PIGNANELI, Guilherme. *Análise econômica da litigância: uma busca pelo efetivo acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 134-135.

PIMENTEL, Wilson. *Acesso responsável à justiça: o impacto dos custos na decisão de litigar*. 2017. 111f. Dissertação (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/21988>. Acesso em: 20 ago. 2022.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; DURÇO, Karol Araújo. A mediação e a solução dos conflitos no estado democrático de direito. O “juiz hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. II, p. 20-54, 2008.

PLANOS de saúde: Barroso convoca audiência pública para debater rol taxativo e amplitude das coberturas. Brasília, DF, *Portal do STF*, 01 jul. 2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=489904&ori=1>. Acesso em: 05 jul. 2022.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de Análise Econômica do Direito*. São Paulo: Grupo GEN, 2021. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559771394/>. Acesso em: 02 jun. 2022.

PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Acesso à justiça: Projeto Floresça e Banco Mundial*. 2009. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico). Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/1267>. Acesso em: 10 out. 2021.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa de 1976*. Portugal, [2005]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 13 jan. 2022.

POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 82.

POSNER, Richard A. A reply to some recent criticisms of the efficiency theory of the common law. *Hofstra Law Review*, v. 9, 1981.

POSNER, Richard A. An Economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*. Chicago: The University of Chicago Press. Vol. 2, n. 2, Jun., 1973, [Online]. Disponível em: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/467503>. Acesso em: 20 jul. 2022.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 8 ed. New York: Wolters Kluwer, 2011.

POSNER, Richard A. On the receipt of the Ronald H. Coase Medal: uncertainty, the economic crisis, and the future of law and economics. *American Law and Economics Review*, v. 12, n. 2, 2010.

POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1983, 2a ed. [Livro Digital].

POSNER, Richard A. Utilitarianism, economics, and legal theory. *The Journal of Legal Studies*, v. 8, p. 103–140, 1979.

POSNER, Richard A. What do judges and justices maximize?: (the same thing everybody else does). *Supreme Court Economic Review*, v. 3, n. 1, 1993.

POSNER, Richard A. What does the judges and justices maximize? (The same thing everyone else does). *Law & Economics Papers*, Chicago, n. 15, 1993. Disponível em:

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1616&context=law_and_economics. Acesso em: 24 maio 2022.

POSNER, Richard. *Para além do direito*. Traduzido por Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 466.

PROCESSO, técnicas e tutelas dos direitos existenciais e patrimoniais. Universidade Federal do Espírito Santo. [Vitória], [s.d]. Disponível em: <http://www.direito.ufes.br/pt-br/pos-graduacao/PPGDIR/detalhes-da-linha-de-pesquisa?id=428>. Acesso em: 01 set. 2020.

RABEO, Elson de Assis. Medo, reverência, terror: quatro ensaios de iconografia política. *Varia Historia*, jan-abr./2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0104-87752015000100016>. Acesso em: 29 ago. 2021.

REMÍGIO, Hipólito Gadelha. *Custos no serviço público: um modelo aplicado ao custeio dos processos judiciais*. 2002. Dissertação (Mestrado em Contabilidade) – Programa multi-institucional e interregional de pós-graduação em Ciência Contábeis, UnB, UFPB, UFPE e UFRN, Brasília, 2002. Disponível em: http://ppgcont.unb.br/images/PPGCCMULTI/mest_dissert_009.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

REZENDE, Paulo Roberto Vogel de. *Os contratos de plano de saúde e seu equilíbrio econômico-financeiro: mutualismo, cálculo atuarial e o impacto econômico das decisões judiciais*. 2011. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito Milton Campos, Nova Lima, 2011. Disponível em: <http://www3.mcampos.br:84/u/201503/paulorobertovogelderezendeoscontratosdeplanosaudee seuequilibrioeconomicofinanceiro.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2022.

RIBEIRO NETO, Maurílio Aquino; JACINTO, Lucas Casonato. O efeito “excesso de confiança” como contribuição da Economia Comportamental para refletir sobre o otimismo acerca dos investimentos na economia. *Revista Debate Econômico*, v.7, n.2, jul-dez. 2019, [Online]. Disponível em: <https://publicacoes.unifal-mg.edu.br/revistas/index.php/revistadebateeconomico/article/view/1584>. Acesso em: 3 jul. 2022.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. Assimetria informacional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 97-103.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. São Paulo: Grupo GEN, 2021. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559641994/>. Acesso em: 20 jan. 2022.

ROMEIRO, Diogo Lisboa. *Análise econômica do direito e das organizações e estudo de caso: custos de transação e contratos incompletos*. 2009. 41f. Monografia (Graduação). Curso de Economia, Departamento de Economia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: http://www.econ.puc-rio.br/uploads/adm/trabalhos/files/Diogo_Lisbona_Romeiro.pdf. Acesso em: 31 jan. 2022.

ROMERO, Luiz Carlos. O sistema único de saúde: um capítulo à parte. In: DANTAS, Bruno. (Org.). *Os Cidadãos na Carta Cidadã*. Senado Federal: Instituto Legislativo Brasileiro,

Brasília., 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada-seguridade-social-o-sistema-unico-de-saude-um-capitulo-a-parte>. Acesso em: 02 jan. 2022.

ROSENVOLD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547218249/>. Acesso em: 01 ago. 2022.

SABÓIA E SILVA, Diego. *A Análise Econômica do Direito como teoria de contenção da decisão judicial: o viés ideológico da eficiência e propostas para uma autorrestrição interpretativa*. Tese (Doutorado em Direito). 211 p. Universidade Federal de Santa Catarina, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/208490/PDPC1471-T.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 02 jan. 2022.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e Economia: textos escolhidos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502142411/>. Acesso em: 04 set. 2021.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?*. Cadernos Direito GV, v. 5, p. 4-58, 2008, [Online]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%25202022.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 mar. 2022.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, vol. 1, 2012, [Online]. Disponível em: <https://blook.pt/publications/fulltext/2633a7ee63eb/>. Acesso em: 13 maio 2022.

SALAZAR, Andrea Lazzarini; RODRIGUES, Karine; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Assistência privada à saúde: regulamentação, posição Idec e reflexos no sistema público. In: ARANHA, Márcio Iorio. (Org.). *Direito Sanitário e Saúde Pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, v. I, p. 349-377, [Online]. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/direito_san_v1.pdf. Acesso em: 14 jan. 2022.

SAMPAIO, Aurisvaldo Melo. O regime jurídico dos contratos de plano de saúde e a proteção do sujeito mais fraco das relações de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 198.

SANDER, Frank E. A. Varieties of Dispute Processing. In.: Levin, A Leo; WHELLER, Russell R. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. Saint Paul: West Publishing, 1979, p. 86-87.

SANTIAGO, Hiasmine; NAVARRO, Trícia Navarro Xavier. Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça: avanços e perspectivas. *Revista Eletrônica CNJ*, v. 4, p. 199-211, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa *apud* PIGNANELI, Guilherme. *Análise econômica da litigância: uma busca pelo efetivo acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 134.

SANTOS, Fausto Pereira dos. *A Regulação Pública da Saúde no Brasil: o caso da Saúde Suplementar*. Campinas. 2006. 227 f. Tese (Doutorado em Saúde Coletiva) - Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas. p. 169, 2006. Disponível em: http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/CAMP_b3662311c9ccce85d2d3bcfb2e0bd7d3. Acesso em: 14 fev. 2022.

SANTOS, Isabela Soares; UGÁ, Maria Alicia Dominguez; PORTO, Silvia Maria. O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização de serviços de saúde. *Ciência Saúde Coletiva*, vol. 13 (5), Out 2008, [Online]. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-81232008000500009>. Acesso em: 13 jan. 2022.

SANTOS, Laís; FARO, André. Otimismo: teoria e aplicabilidade para a psicologia. *Revista Psicologia e Saúde*, v. 12, n. 2, abr-jun/2020. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-093X2020000200009#:~:text=O%20otimismo%20%C3%A9%20uma%20vari%C3%A1vel,s e%20relacionarem%20com%20o%20mundo. Acesso em: 01 jul. 2022.

SANTOS, Lenir; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. SUS: quando um sistema de saúde nacional e único na sua conformação organizativa foi implantado num país federativo. Exigência de novos paradigmas administrativos. *Saúde em Debate*, v. 30, n. 73/47, p. 189-204, maio/dez. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 221.

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. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2006. p. 49.

SCHMIDT, Ayeza. *O direito fundamental à saúde e o contrato de plano de saúde: a essencialidade do bem contratado*. 2014. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdades Integradas do Brasil, Curitiba/PR, 2014. Disponível em: https://www.unibrasil.com.br/wp-content/uploads/2018/03/mestrado_unibrasil_AYEZA-SCHIDT.pdf. Acesso em: 14 jan. 2022.

SCHULMAN, Gabriel e STEINER, Renata Carlos. O “tratamento” dos planos de saúde na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, em dois tempos: o contrato e o direito fundamental à saúde. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre Direito Civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 360.

SCHULMAN, Gabriel. *Direito Fundamental no Plano de Saúde: do contrato clássico à contratualidade contemporânea*. 2009. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2009. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/19051/Dissertacao_Schulman.pdf. Acesso em: 13 fev. 2022.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 1, p. 29-41, abr. 2007, [Online]. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0103-73312007000100003>. Acesso em: 8 fev. 2022).

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, vol. 31, Out, 1997, [Online]. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0034-89101997000600016>. Acesso em: 22 jan. 2022.

SELIGMAN, Martin E. P.; VERKUIL, Paul R.; KANG, Tery H. Why lawyers are unhappy. *Deakin Law Review*, v. 10, n. 1, 2005. Disponível em: <http://www5.austlii.edu.au/au/journals/DeakinLawRw/2005/4.html>. Acesso em: 13 jul. 2022.

SENADO aprova obrigatoriedade de cobertura de tratamentos fora do rol da ANS. *Agência Senado Federal* [Online]. Brasília, DF, 29 ago. 2022. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/08/29/senado-aprova-obrigatoriedade-de-cobertura-de-tratamentos-fora-do-rol-da-ans>. Acesso em: 29 ago. 2022.

SHAVELL, Steven. *Economic analysis of litigation and the legal process*. Cambridge, 2003, cap.17, p. 3. [Livro Digital]. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w9697>. Acesso em: 26 jun. 2022.

SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 402.

SHAVELL, Steven. The Social versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costly Legal System. *The Journal of Legal Studies*. Vol. 11, n.º 2, 1982. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/11_J_legal_stud_333.pdf. Acesso em: 20 maio 2022.

SILVA, José Afonso da. Prefácio. In: LIMA, João Alberto de Oliveira; PASSOS, Edilenice; NICOLA, João Rafael. *A gênese do texto da Constituição de 1988*. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnica, 2013, vol. 1, p. 20, grifo do autor. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/publicacoes/geneseconstituicao/pdf/genese-cf-1988-1.pdf#preface>. Acesso em: 30 ago. 2021.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 844.

SILVEIRA, Bruna Braga da. *Litigiosidade repetitiva, processo e regulação: interações entre o Judiciário e o órgão regulador no julgamento de casos repetitivos*. Salvador: Juspodivm, 2021.

SILVEIRA, Bruno Furtado. Análise econômica do processo: motivações econômicas da litigância de má-fé. *Revista de Análise Econômica do Direito*, vol. 2. Jul – Dez, 2021.

SILVEIRA, Ricardo Geraldo Rezende. *Acesso à Justiça*. São Paulo: Grupo Almedina (Portugal), 2020. [Livro Digital]. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935390/>. Acesso em: 30 out. 2021.

STOCHERO, Tahiane. TJ-SP nega pedido para plano de saúde pagar cirurgia de redesignação sexual por julgá-la 'estética'. *Portal G1*, 17 nov. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/11/17/tj-nega-pedido-para-plano-de-saude-pagar-cirurgia-de-redesignacao-sexual-por-a-julgar-estetica-e-entender-que-transsexualismo-e-opcao.ghtml>. Acesso em: 01 jul. 2022.

STOCO, Rui. *Abuso do direito e má-fé processual*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Audiência Pública Saúde - 28/04/09. Brasília, DF, 2009. Vídeo (38min). *Youtube*, Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2a0WT0mgIj0>. Acesso em: 01 jul. 2022; e MACHADO, Teresa Robichez de Carvalho. Judicialização da saúde: analisando a audiência pública no Supremo Tribunal Federal. *Revista Bioética*, v. 22, n. 3, 2014. Disponível em: https://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/876/1138. Acesso em: 01 jun. 2022.

SZTAJN, Rachel. Interdisciplinaridade: Análise Econômica do Direito (Prefácio). In: YEUNG, Luciana. *Análise econômica do direito: temas contemporâneos*. [Livro Digital]. São Paulo: Actual, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786587019079/>. Acesso em: 02 mar. 2022.

SZTAJN, Rachel. Notas de análise econômica: contratos e responsabilidade civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 36, n. 111, p. 9-29, 1998.

TABAK, Benjamin Miranda. O custo da justiça à luz das modernas técnicas de gestão judicial e da análise comportamental do direito. *Revista jurídica*, Curitiba, v. 3, n. 48, 2017 [Online]. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Juridica-UNICURITIBA_n.48.20.pdf. Acesso em: 27 jul. 2022.

TARUFFO, Michele. Abuso de direitos processuais: padrões comparativos de lealdade processual (relatório geral). *Revista de processo*. Vol. 177/2009. p 153-183. Nov/2009.

TASSE, Adel El. *A "crise" no Poder Judiciário: a falsidade do discurso que aponta os problemas, a insustentabilidade das soluções propostas e os apontamentos para a democratização estrutural*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 43.

TEIXEIRA JÚNIOR, José Borges. A análise econômica da litigância: o modelo da decisão de litigar no âmbito dos Juizados Especiais e as influências da gratuidade de acesso. *Revista Científica Intellecto*, v. 6, n. 1, 2021. Disponível em: <https://faveni.edu.br/wp-content/uploads/sites/10/2021/10/4.-A-ANALISE-ECONOMICA-DA-LITIGANCIA-O-MODELO-DA-DECISAO-DE-LITIGAR-NO-AMBITO-DOS-JUIZADOS-ESPECIAIS-E-AS-INFLUENCIAS-DA-GRATUIDADE-DE-ACESSO-34-69.pdf>. Acesso em: 30 maio 2022.

TEIXEIRA JÚNIOR, José Borges. A gratuidade de acesso nos juizados especiais cíveis de Vitória/ES e sua influência sobre o acesso à justiça: uma análise econômica do Direito. 2019. 214f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo,

Vitória, ES, 2019. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/handle/10/11321>. Acesso em: 10 mar. 2021.

TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade médica brasileira na experiência brasileira contemporânea. *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano I, vol. 2, Ed. Padma, São Cristóvão (RJ), abr/jun 2000, p. 57-58, [Online]. Disponível em: https://fesudeperj.brdeploy.com.br/arquivos_material/2017.06.07-15.02.3838Aula_17_Responsabilidade_medica_Tepedino.PDF. Acesso em: 03 jan. 2022.

THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Traduzido por Ângelo Lessa. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 17. [Livro Digital].

THEODORO JR. Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. [Livro Digital].

TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica do direito: o que é e o que não é? *Revista de Análise Econômica do Direito*, vol. 1, ano 2021. São Paulo: Ed. RT, abr. jan.-jun. 2021, [Online]. Disponível em: <https://www.revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017e17d362c11289fdae&docguid=I0351edc0c03611ebb0f2c592d7f3bb45&hitguid=I0351edc0c03611ebb0f2c592d7f3bb45&spos=1&epos=1&td=25&context=20&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 nov. 2021.

TIMM, Luciano Benetti; NEUBARTH, Manoel Gustavo; MACHADO, Rafael Bicca. O problema da morosidade e do congestionamento judicial no âmbito do processo civil brasileiro: uma abordagem de law and economics. *Revista de Processo*. vol. 290, ano 2019. São Paulo: Ed. RT, abr. 2019, [Online]. Disponível em: <https://www.revistadoSTribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017e17d362c11289fdae&docguid=I63bc87f04f8711e9831d010000000000&hitguid=I63bc87f04f8711e9831d010000000000&spos=20&epos=20&td=25&context=20&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 20 nov. 2021.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A boa-fé no novo Código de Processo Civil. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; FARIA, Juliana Cordeiro de; MARX NETO, Edgard Audomar Marx; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato. (Org.). *Processo Civil Contemporâneo: Homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Junior*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, v. 1, p. 84-101.

TRIGUEIRO, Victor Guedes. A ineficiência do Poder Judiciário como um fator de estímulo ao descumprimento dos contratos: reflexões à luz da análise econômica do direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil*, v. 12. Disponível em: <https://revistapgbcbcb.gov.br/revista/article/view/948/6>. Acesso em: 22 mai. 2022.

TRINDADE, Sérgio L.B. A ética utilitarista de John Stuart Mill. *Revista da FARN*, Natal, v.4, n.1/2 p.93-108, jul.2004/dez.2005; SIMÕES, Mauro Cardoso. John Stuart Mill: Utilitarismo e Liberalismo. *Revista Veritas*, Porto Alegre, v.58, n. 1, p. 174-189. jan./abr. 2013.

TVERSSKY, Amos; KAHNERMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: heuristics and biases. *Science*, New Series, v. 185, n. 4157, set. 1974, [Online]. Disponível em: <https://www2.psych.ubc.ca/~schaller/Psyc590Readings/TverskyKahneman1974.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais*. Roma: Conselho da Europa, 4 nov. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em: 15 ago. 2021.

VASCONCELOS, Ronaldo; CARNAÚBA, César Augusto Martins. Custos de transação do processo e Online Dispute Resolution: um sistema multiportas 4.0 economicamente eficiente. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovano dos Santos. *Direito processo e tecnologia*. 1 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 621.

VENDA obrigatória de planos de saúde individuais é aprovada. Brasília, DF, 22/09/2021. *Agência Senado*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/09/22/venda-obrigatoria-de-planos-de-saude-individuais-e-aprovada>. Acesso em: 15 fev. 2022.

VIANNA, João Fernando Moura. *A Especificidade do Seguro Saúde frente ao modelo tradicional de seguro após a nova concepção trazida pelo marco regulatório*. Disponível em: http://www.ans.gov.br/portal/upload/biblioteca/TT_RM_05. Acesso em: 16 jan. 2022.

VIAPIANA, Tábata. Apesar do STJ, TJ-SP diz que rol da ANS é exemplificativo e mantém tratamento. *Consultor Jurídico* [Online]. [s.l]. 27 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-27/apesar-decisao-stj-tj-sp-rol-ans-exemplificativo#:~:text=Apesar%20do%20STJ%2C%20TJ%2DSP,%C3%A9%20exemplificativo%20e%20mant%C3%A9m%20tratamento&text=Havendo%20expressa%20indica%C3%A7%C3%A3o%20m%C3%A9dica%2C%20%C3%A9,rol%20de%20procedimentos%20da%20ANS>. Acesso em: 01 ago. 2022.

VINCENZI, Brunela Vieira de. *A boa-fé no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 162-163.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do Processo Civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a “Tragédia da Justiça”*. 2 ed. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020.

YEUNG, Luciana L. *Além dos "achismos", do senso comum e das evidências anedóticas: uma análise econômica do Judiciário brasileiro*. 2010. 242f. Tese (Doutorado em Direito), Escola de Economia de São Paulo. 242f. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo: 2010. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8313>. Acesso em: 18 jul. 2021.

ZANATTA, Rafael Augusto Ferreira. Desmistificando a Law & Economics: a receptividade da disciplina direito e economia no Brasil. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília*, v. 10, 2012, p. 25-53, [Online]. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/20268/18721>. Acesso em: 10 dez. 2021.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. v. 1. 1024p.

ZANITELLI, Leandro Martins. A regulação dos planos de saúde no Brasil e os princípios da solidariedade e da justiça atuarial: algumas considerações em torno da assimetria In: TIMM, Luciano Benetti (Org.) *Direito e economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 203-223.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 75.