

SAÚDE SUPLEMENTAR NO STJ:
REGULAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO SE ATRAEM?

Eduardo Calasans Rodrigues

SAÚDE SUPLEMENTAR NO STJ: REGULAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO SE ATRAEM?*

PRIVATE HEALTH IN STJ: DO REGULATION AND LITIGATION ATTRACT EACH OTHER?

Eduardo Calasans Rodrigues

RESUMO

O artigo pretende verificar a compatibilidade das decisões exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça em relação à normatização existente nas esferas legislativa e administrativa, no âmbito da saúde suplementar, para identificar a possibilidade de criação regulatória por meio da judicialização. A partir de análise exploratória sobre pronunciamentos capazes de gerar precedentes orientativos e vinculantes às instâncias inferiores, possibilitou-se considerações de caráter normativo sobre a possibilidade de julgamentos em sentido diverso do entendimento administrativo, com base em leis principiológicas. Após, por meio de revisão bibliográfica sobre a relação entre regulação e judicialização em um mesmo setor, apresentou-se características dos modelos em que Agências Reguladoras e Tribunais criam e interpretam regras de conduta para cidadãos e empresas. Por fim, concluiu-se que não é possível afirmar a existência de regulação via judicialização dos temas de saúde suplementar, atualmente, nos limites pesquisados, apesar de essa possibilidade estar disponível ao Judiciário em julgamentos futuros.

PALAVRAS-CHAVE: REGULAÇÃO. JUDICIALIZAÇÃO. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SAÚDE SUPLEMENTAR.

* ARTIGO RECEBIDO EM MARÇO/2020 E APROVADO EM JULHO/2020.

ABSTRACT

The article intends to verify the compatibility of the decisions made by the Superior Court of Justice in relation to the existing regulation in the legislative and administrative field, in the scope of supplementary health, to identify the possibility of regulatory creation through litigation. Based on an exploratory analysis of pronouncements capable of generating orienting and binding precedents to lower levels, were made normative considerations on the possibility of judgments in a different sense from administrative understanding based on principiological laws. Afterwards, through a bibliographic review on the relationship between regulation and judicialization in the same sector, characteristics of the models in which Regulatory Agencies and Courts create and interpret rules of conduct for citizens and companies were presented. Finally, it was concluded that it is not possible to affirm the existence of regulation through the litigation in supplementary health issues, currently, within the limits surveyed, although this possibility is available to the Judiciary in future judgments.

KEYWORDS: REGULATION. LITIGATION. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPPLEMENTARY HEALTH.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O STJ NA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. 2.1. SÚMULAS. 2.2. RECURSOS REPETITIVOS. 2.3. CONSIDERAÇÕES GERAIS. 3. REGULAÇÃO VIA JUDICIALIZAÇÃO. 4. O STJ E A REGULAÇÃO. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Atividades estratégicas para o país como energia, telecomunicação, transporte, saúde, cultura, são exercidas sob complexos sistemas submetidos à regulação pública, que produz normas de conduta complementares às leis formais editadas pelo Poder Legislativo, mas que continuam expostas a um controle judicial bastante amplo.

Nesse contexto, existem críticas que atingem tanto a extensão da intervenção do Estado via regulação, como o excesso de pronunciamentos judiciais que, por vezes extrapolam as normas editadas pelos reguladores. Saber até que ponto esse sistema sofre críticas infundadas é verificar se o ordenamento jurídico existente permite a atuação paralela de reguladores e juízes, em esferas de atribuição cujas linhas separadoras nem sempre são tão claras.

Essa dualidade é objeto do presente artigo, sob o foco de um setor específico, o de saúde suplementar, regulado por uma agência reguladora - Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) - e constantemente objeto de litígios levados à solução no âmbito do Poder Judiciário. A forma pela qual juízes se pronunciam sobre temas envolvendo setores regulados pode representar uma verdadeira atuação regulatória por parte do Judiciário, afinal, “juízes têm papel relevante no ritmo e na qualidade da produção regulatória. O atual cenário da regulação brasileira é também resultado da atuação dos Tribunais. Resta descobrir em que medida” (VORONOFF, 2010). Para investigar se o Superior Tribunal de Justiça (STJ) produz regulação no setor de saúde suplementar, é preciso estudar se suas decisões estão alinhadas com o marco regulatório do setor, Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998 e atos normativos regulatórios expedidos pela ANS.

2. O STJ NA UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA

O STJ tem o papel de atuar como última instância nos conflitos de direito privado do país, quando não há matéria constitucional que permita o recurso ao STF. Tendo em vista o número de processos julgados sobre os mais diversos temas, organizar informações acerca de cada julgamento dentro de cada tema da saúde suplementar não é tarefa fácil, até porque nem todo julgamento produz um “precedente” estável a ser seguido pela comunidade jurídica. Por essa razão, a escolha por súmulas e teses de recursos repetitivos para fins de análise, sob a ótica da compatibilidade com a regulação prevista em lei e atos normativos, se justifica, dado o caráter de maior definitividade nessas decisões, com menor chance de alteração ao longo do tempo pelo Tribunal.¹ Em princípio, quando uma

¹ Além disso, provocam efeitos processuais importantes, permitindo a concessão de tutela de evidência (art. 311, II do CPC); o julgamento liminar de processos (art. 332 CPC), a inadmissibilidade de recursos (art. 496 p. 4º, I e art. 932 do CPC); os poderes do relator (art. 955 do CPC); o cumprimento provisório de sentença (art. 521, IV do CPC); a ação rescisória (art. 966, p. 5º do CPC); o manejo da reclamação (art. 988 do CPC); e caracterizando a repercussão geral da matéria (art. 1035, I do CPC). BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 12 de fev. 2020.

matéria é objeto de súmula ou tem tese firmada em recurso repetitivo significa que o Tribunal já está maduro para definir um posicionamento que se propõe definitivo sobre aquele tema. E isso deveria ser objeto de observância pelas instâncias ordinárias, de modo a permitir coerência, celeridade e uniformidade de julgamentos, gerando segurança jurídica para a sociedade.

Muitos autores percebem haver uma gradual aproximação do sistema jurídico brasileiro, de tradição da família jurídica de *civil law*, com o sistema de *common law*, nascido na Inglaterra e aplicado em outros países de língua inglesa, como os Estados Unidos. Na fase de anteprojeto do atual Código de Processo Civil (CPC), Theodoro Junior (2019) informava a perspectiva de que o Código se aproximasse da técnica anglo-americana, reconhecendo força normativa maior aos precedentes. A característica mais marcante do *common law* é o embasamento de decisões em casos que já foram anteriormente julgados, chamados de precedentes, razão pela qual é conhecido como o “direito dos Tribunais”. Há quem diga que uma norma dificilmente significa algo até passar pelo seu “batismo de fogo” (FRIEDMAN, 2006, p.139), que é a construção pelos Tribunais.

É interessante notar, porém, que nem todas as decisões tomadas em casos isolados formam o precedente que será seguido em casos posteriores. Como informa Tucci (2004), cada pronunciamento constitui, em princípio, um precedente judicial, porém, seu alcance não se percebe de imediato, “o precedente então nasce como uma regra de um caso e, em seguida, terá ou não o destino de tornar-se a regra de uma série de casos análogos”.

Mesmo com a redução das diferenças, vale enfatizar que, em profundo estudo sobre precedentes e os sistemas jurídicos, Bustamante (2012, p.2) demonstra a incorreção da tese da autonomia metodológica do *common law*, afirmando que a principal diferença entre os sistemas acaba recaindo na forma pela qual o Legislativo atua, uma vez que de lá se extraem as regras mais ou menos amplas editadas para regular as relações sociais. Já no âmbito administrativo, o tema guarda total relação com a produção de normas no âmbito administrativo, característica destacada em relação

às Agências Reguladoras brasileiras, naquilo que se denomina processo administrativo normativo, valendo o alerta de Palma (2017, p.226):

Em grande medida, o desenvolvimento do processo administrativo normativo nas Agências Reguladoras deve-se à influência dos sistemas de *common law*, notadamente o norteamericano, bem como em razão dos documentos de análise do panorama regulatório brasileiro produzido pela OCDE. (...) Pontualíssimos são os órgãos e entes administrativos que desenvolvem processo administrativo normativo fora do âmbito das agências reguladoras, como o CNJ e o CONAMA.

Com o CPC editado em 2015 houve a introdução dos precedentes vinculativos em dimensão mais ampla, demonstrando que o Legislador reforçou o papel dos Tribunais na formação de decisões mais estáveis e capazes de incrementar a segurança jurídica. Justifica-se portanto, a escolha de súmulas e recursos repetitivos como objeto de estudo.

Inicia-se, portanto, trazendo a redação das súmulas (nº 302, 597, 608 e 609) e recursos repetitivos² (952, 989 e 990) e sua compatibilidade com a regulação existente. Após, serão tecidas considerações sobre a forma de julgamento dos casos.

2.1. Súmulas

Súmula 302 - É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado. (Súmula 302, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 18/10/2004, DJ 22/11/2004 p. 425)

² Não será possível avaliar um quarto caso, que envolve o tema repetitivo nº 1016 (“validade de cláusula contratual de plano de saúde coletivo que prevê reajuste por faixa etária e o ônus da prova da base atuarial dessa correção”) porque ainda se encontra pendente de decisão, não permitindo avaliar se o STJ adota posição compatível com a regulação do setor. Não obstante, dada a similitude com o tema repetitivo 952, sobre planos individuais, já julgado pelo Tribunal e avaliado neste trabalho, tudo indica que o STJ julgará de acordo com o primeiro entendimento, que está de acordo com o entendimento da Agência Reguladora.

A verificação da Lei nº 9.656/98 aponta para o artigo 12, que prevê:

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

II - quando incluir internação hospitalar:

a) cobertura de internações hospitalares, **vedada a limitação de prazo**, valor máximo e quantidade, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina, admitindo-se a exclusão dos procedimentos obstétricos (grifado)

A súmula está compatível com a legislação, mesmo que pela lógica contratual (de abusividade da cláusula). A análise de um dos precedentes dessa súmula ajuda a entender um caminho comum percorrido pelo STJ (BRASIL, 2002), utilizando valores principiológicos como função social e razoabilidade para influenciar e guiar a interpretação dos contratos.

Fortes os fundamentos de ambas as correntes. De um lado, a liberdade de contratar, a regra do art. 1460 do Código Civil ('quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador') e a obrigação do Estado, e não da iniciativa privada, de garantir a saúde da população. De outro, a hipossuficiência do consumidor, o fato de o contrato ser de adesão, a nulidade de cláusula que restringe direitos e a necessidade de preservar-se o maior dos valores humanos, que é a vida. Ponderando as duas correntes, tenho que mais acertada a segunda, notadamente por não encontrar justificativa na limitação de internação imposta pelas seguradoras. Se a doença é coberta pelo contrato de seguro (e isso a recorrida não nega), não se mostra razoável a limitação a seu tratamento. Até porque o consumidor não tem como prever quanto tempo durará a sua recuperação. [...] Nesta linha, tenho por abusiva a cláusula que impõe a limitação temporal no tratamento da doença

sofrida pelo segurado, levando em consideração a norma do art. 51-IV do Código de Defesa do Consumidor, a impossibilidade da previsão do tempo de cura, a irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, a vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e a regra de sobredireito contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige a às exigências do bem comum.

Nos dizeres de Andrichi (2013, p.70), “a edição dessa súmula visa promover a função social do contrato, a boa-fé objetiva, a proteção da dignidade humana e a solidariedade social.” A afirmação da Ministra faz todo sentido quando aplicado aos planos contratados antes da vigência da lei de planos de saúde, merecendo, porém, maiores reflexões em relação aos chamados “planos novos”. Se a edição da súmula (em 2004) se deu após a promulgação da lei com hipótese idêntica, parece que os valores eleitos para essa opção (valorização da função social do contrato e boa-fé) partiram do Legislativo, sendo muito mais do que uma avaliação judicial. Tal consideração será retomada adiante.

Súmula 597 - A cláusula contratual de plano de saúde que prevê carência para utilização dos serviços de assistência médica nas situações de emergência ou de urgência é considerada abusiva se ultrapassado o prazo máximo de 24 horas contado da data da contratação. (Súmula 597, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/11/2017, DJe 20/11/2017)

A lei nº 9.656/98, no mesmo artigo 12, encontra a compatibilidade com o teor da súmula.

Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:

V - quando fixar períodos de carência:

c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência; (grifado)

Coerentemente, um dos precedentes (BRASIL, 2012) faz referência expressa à lei setorial para embasar a decisão, o que não ocorre com a redação da própria súmula, que omite a existência dessa regra na lei.

[...] Diante do disposto no artigo 12 da Lei 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, todavia o inciso V, alínea “c”, do mesmo dispositivo estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para cobertura dos casos de urgência e emergência. 3. Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípua de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual.

As considerações acerca da omissão de citação da lei na elaboração da súmula estão na linha dos comentários que serão feitos adiante e que valem para a primeira súmula anteriormente anotada.

Súmula 608 - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde, salvo os administrados por entidades de autogestão. (Súmula 608, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018)

Passando para verificação da súmula 608, no mesmo caminho das anteriores, é possível verificar na lei nº 9.656/98 o artigo 35-G:

Art. 35-G. Aplicam-se subsidiariamente aos contratos entre usuários e operadoras de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei as disposições da Lei nº 8.078, de 1990.

Apesar de não citar a lei específica do setor, é possível dizer que a súmula está em consonância com a lei nº 9.656/98, quando prevê a aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor - CDC à relação entre beneficiários e operadoras de planos de saúde. Como não se faz distinção a que tipo de contrato seria aplicado o Código, entende-se

que se pretende abranger com a mesma intensidade qualquer contratação, anterior ou posterior à lei de planos de saúde (a vigência do CDC é de 1990, antes da lei de planos de saúde, editada em 1998).

Note-se que antes da edição da súmula 608 vigorava a súmula 469, com a seguinte redação:

Súmula 469 - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde. (Súmula 469, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 06/12/2010)

A redação anterior, portanto, não fazia distinção entre o tipo de operadora de planos de saúde, aproximando-se do que está previsto no artigo 35-G da lei nº 9.656/98. Ocorre que diversos processos posteriores chegaram ao STJ sob o argumento de que as operadoras na modalidade autogestão possuíam características diferenciadoras das demais, pois tinham como escopo atender um público restrito de pessoas, vinculadas à pessoa jurídica na qual estavam inseridas, o que levaria ao afastamento dos comandos da lei nº 8.078/90, já que ausente a relação de consumo.

Súmula 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. (Súmula 609, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/04/2018, DJe 17/04/2018)

Por fim, a súmula 609 contém regras que guardam correspondência com a regulação e outras que não estão totalmente conforme. Veja-se a comparação:

Art. 11. É vedada a exclusão de cobertura às doenças e lesões preexistentes à data de contratação dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei após vinte e quatro meses de vigência do aludido instrumento contratual, **cabendo à respectiva operadora o ônus da prova e da demonstração do conhecimento prévio do consumidor ou beneficiário.**

Parágrafo único. **É vedada a suspensão** da assistência à saúde do consumidor ou beneficiário, titular ou dependente, **até a prova** de que trata o *caput*, na forma da regulamentação a ser editada pela ANS. **(grifado)**

Art. 35-E. A partir de 5 de junho de 1998, fica estabelecido para os contratos celebrados anteriormente à data de vigência desta Lei que:

II - a alegação de doença ou lesão preexistente estará **sujeita à prévia regulamentação da matéria pela ANS;**

Com base no inciso II do art. 35-E, portanto, a ANS editou a Resolução Normativa RN 162/2007 disciplinando a matéria, dispondo sobre doenças e lesões preexistentes, de maneira um pouco diferente:

Art. 5º Nos planos privados de assistência à saúde, individual ou familiar, ou coletivos, em que haja previsão de cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária, contratados após a vigência da Lei nº 9.656, de 1998, **o beneficiário deverá informar à contratada, quando expressamente solicitado na documentação contratual por meio da Declaração de Saúde, o conhecimento de DLP, à época da assinatura do contrato** ou ingresso contratual, sob **pena de caracterização de fraude**, ficando sujeito à suspensão da cobertura ou rescisão unilateral do contrato, nos termos do inciso II do parágrafo único do art. 13 da Lei nº 9.656, de 1998. (Redação dada pela RN nº 200, de 2009)

(...)

§4º **É vedada a alegação** de omissão de informação de DLP **quando for realizado qualquer tipo de exame ou perícia** no beneficiário pela operadora, com vistas à sua admissão no plano privado de assistência à saúde.

A súmula usa a expressão “má-fé” do beneficiário, quando a lei e a RN usam a expressão “fraude”, o que, no caso concreto, não parece alterar as conclusões. Porém, mudar as palavras quando se pretende dizer

a mesma coisa, é uma estratégia problemática, que abre a possibilidade de interpretações diferentes, podendo culminar com a modificação também do significado ou da compreensão do significado daquilo que se quis regular (da regulação por agência x da regulação pelo Judiciário).

2.2. Recursos repetitivos

(TEMAREPETITIVO:952) REAJUSTE DE MENSALIDADE DE PLANO DE SAÚDE INDIVIDUAL OU FAMILIAR FUNDADO NA MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA DO BENEFICIÁRIO

TESE para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso.

Seguindo o mesmo método utilizado com as súmulas, verifica-se a previsão na lei nº 9.656/98:

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

A tese do STJ cita expressamente a necessidade de observar as normas expedidas “pelos órgãos governamentais reguladores”, enquanto que a lei é expressa no sentido de que essa autoridade é a ANS. No exercício dessa competência, a ANS publicou a RN 63/03, que *define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004.*

(TEMA REPETITIVO: 989) IMPOSSIBILIDADE DE PERMANÊNCIA DE EX-EMPREGADO APOSENTADO OU DEMITIDO SEM JUSTA CAUSA, COMO BENEFICIÁRIO, NOS PLANOS DE SAÚDE COLETIVOS CUSTEADOS EXCLUSIVAMENTE PELO EMPREGADOR

TESE para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: Nos planos de saúde coletivos custeados exclusivamente pelo empregador não há direito de permanência do ex-empregado aposentado ou demitido sem justa causa como beneficiário, salvo disposição contrária expressa prevista em contrato ou em acordo/convenção coletiva de trabalho, não caracterizando contribuição o pagamento apenas de coparticipação, tampouco se enquadrando como salário indireto.

Do exame de compatibilidade com a lei nº 9.656/98 verifica-se:

Art. 30. Ao consumidor que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, no caso de rescisão ou exoneração do contrato de trabalho sem justa causa, é assegurado o direito de manter sua condição de beneficiário, **nas mesmas condições de cobertura assistencial** de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assumo o seu pagamento integral

§ 6º Nos planos coletivos custeados integralmente pela empresa, não é considerada contribuição a co-participação do consumidor, única e exclusivamente, em procedimentos, como fator de moderação, na utilização dos serviços de assistência médica ou hospitalar.

Art. 31. Ao aposentado que contribuir para produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em decorrência de vínculo empregatício, pelo prazo mínimo de dez anos, é assegurado o direito de manutenção como beneficiário, **nas mesmas condições de cobertura assistencial** de que gozava quando da vigência do contrato de trabalho, desde que assumo o seu pagamento integral.

§ 2º Para gozo do direito assegurado neste artigo, observar-se-ão as mesmas condições estabelecidas nos §§ 2º, 3º, 4º, 5º e 6º do art. 30. (grifado)

Depreende-se, pois, que a tese do STJ praticamente repete a previsão legal, não havendo incompatibilidade.

(TEMA REPETITIVO: 990) FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELAS OPERADORAS DE PLANO DE SAÚDE

TESE Para efeitos do art. 1.040 do NCPC: 1.1. As operadoras de plano de saúde não estão obrigadas a fornecer medicamento não registrado pela ANVISA. [...] 2.2. É legítima a recusa da operadora de plano de saúde em custear medicamento importado, não nacionalizado, sem o devido registro pela ANVISA, em atenção ao disposto no art. 10, V, da Lei nº 9.656/98, sob pena de afronta aos arts. 66 da Lei nº 6.360/76 e 10, V, da Lei nº 6.437/76. Incidência da Recomendação nº 31/2010 do CNJ e dos Enunciados nº 6 e 26, ambos da I Jornada de Direito da Saúde, respectivamente, A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei; e, É lícita a exclusão de cobertura de produto, tecnologia e medicamento importado não nacionalizado, bem como tratamento clínico ou cirúrgico experimental. 2.3. Porém, após o registro pela ANVISA, a operadora de plano de saúde não pode recusar o custeio do tratamento com o fármaco indicado pelo médico responsável pelo beneficiário.

Do artigo 10 da lei nº 9.656/98 se verifica:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, (...), respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, **exceto:**

(...)

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; (grifado)

Por parte da ANS, a Resolução Normativa 428/2017 (norma mais atualizada sobre o Rol) prevê:

Art. 19. Os planos privados de assistência à saúde deverão assegurar cobertura para medicamentos registrados/regularizados na ANVISA que sejam utilizados nos procedimentos diagnósticos e terapêuticos contemplados na presente RN e em seus Anexos, de acordo com a segmentação contratada.

A literalidade do texto demonstra a compatibilidade do entendimento do STJ com a legislação, valendo ressaltar que desta vez o Tribunal, além de citar a lei aplicável, ainda chancelou recomendação (nº 31) e enunciados (nº 6 e 26) do CNJ, sobre a matéria.

2.3. Considerações gerais

Verificou-se que, em geral, as decisões mais importantes do STJ sobre o tema da saúde suplementar vão ao encontro da previsão legal e normativa sobre o setor. Percebe-se, porém, que a forma de decidir, com ênfase nas referências utilizadas e nos termos abertos podem causar certa confusão na recepção da mensagem de uniformização da jurisprudência que se pretende passar.

Exemplificando, podemos retomar a primeira súmula analisada, que “visa promover a função social do contrato, a boa-fé objetiva, a proteção da dignidade humana e a solidariedade social”. Como dito, a regra prevista na lei foi explicitada na súmula, sem que esta tenha citado a fonte legal. Em que pese, na prática, o resultado ser o mesmo, a percepção de que o Judiciário criou essa regra com base em valores abertos pode reforçar uma ideia de ativismo, quando na verdade, a discricionariedade de avaliação desses valores foi conferida pelos legisladores, de modo que o juiz não está invadindo a competência de outro Poder ao decidir com base no que a lei prevê.

Outro ponto interessante de análise é que a redação da súmula parece focar na questão contratual, com o reconhecimento reiterado pelo STJ da abusividade da cláusula. Não se discute, porém, que a disposição em contrato de uma cláusula que limite o prazo de internação estaria violando a própria lei, sem que o Judiciário tenha que fazer um exame de abusividade, que normalmente depende de certo juízo discricionário e subjetivo, cujo

ônus argumentativo é bem maior. Além disso, se uma cláusula contratual segue o que está previsto na lei/regulação administrativa e o Judiciário entende que ela é abusiva, pode estar havendo, por via transversa, negativa de aplicação da própria lei, sem declará-la inconstitucional. Por isso, em verdade, a utilização de outros parâmetros seria necessária caso o Tribunal pretendesse elaborar argumentação para afastar a lei, declarando-a inaplicável porquanto a limitação de internação fosse devida. Do contrário, calcar decisões em valores abertos pode aumentar a oportunidade para que Tribunais inferiores divirjam da forma de aplicação da regra.

Situação interessante de se observar, também, é o caso da segunda súmula, em que ocorre repetição do texto de lei, sem que lhe faça referência expressa. Uma súmula que repete o que está previsto em lei pode servir de reforço para a regulação existente, demonstrando que o Judiciário é deferente com aquilo que os reguladores decidiram, aplicando essas regras. Mas quando o Tribunal deixa de citar expressamente o artigo de lei/ato regulatório que contém a previsão por ele reforçada, a referência se perde. Dá-se a entender, a partir daí, que aquela regra foi estipulada pelo próprio Judiciário, o que poderia ser encarado como uma espécie de regulação via judicialização. Essa situação parece trazer desinformação quanto à existência das regras produzidas pela agência reguladora competente para tratar da matéria e confusão quanto ao papel das instituições.

Considerando a hipótese (num exercício não exaustivo) de que o Judiciário teria alternativas de usar seus entendimentos para complementar, esclarecer ou ditar as possíveis interpretações sobre termos usados na regulação, nos litígios levados a juízo, o STJ poderia optar por não só repetir o que está na norma, mas também deixar mais claro para a sociedade como aquilo deve ser aplicado, ou até mesmo delimitar os possíveis sentidos existentes para aquelas regras editadas pela agência reguladora. Parece ter sido isso que ocorreu no caso da cancelada súmula 469, ultrapassada pela súmula 608, hoje vigente com a redação que contém a ressalva quanto a sua aplicação para as empresas classificadas na modalidade de autogestão. O que se vê, portanto, é que a própria jurisprudência do Tribunal se aperfeiçoou e criou um entendimento que faz uma ressalva não contida na redação da lei.

Além dessas observações pode ser adicionado outro elemento, exemplificado na terceira súmula analisada, em que se acrescenta à regra regulatória outros argumentos principiológicos. A utilização de conceitos indeterminados como “desarrazoados” e “aleatórios”, não encontra fundamento direto na lei e, por isso, pode trazer grau de subjetivismo que dificulte a uniformização de jurisprudência, trazendo mais insegurança jurídica.

3. REGULAÇÃO VIA JUDICIALIZAÇÃO

Por meio da judicialização sempre haverá a possibilidade de serem criadas regras, cujos efeitos no setor regulado se expandem muito além do caso concreto. Essa criação pode ocorrer quando já existe regra prévia editada por agentes competentes, quando há omissão desses agentes, ou quando a regra editada contraria alguma norma de hierarquia superior. Cada caso poderá abrir um leque de soluções diferentes por parte dos juízes. Não se vislumbra, porém, um sistema capaz de evitar pronunciamentos judiciais que moldem a regulação, sejam por maior ou menor deferência às normas editadas *ex-ante* que se aplicam aos casos em julgamento.

Antes do crescimento das regulações, a responsabilidade civil era a forma clássica que o direito tinha de tentar moderar atividades arriscadas que pudessem causar danos a terceiros, regulando comportamentos por meio da ameaça de medidas cautelares e indenização. Com a modernidade das relações sociais e o aumento das atividades de risco, a ferramentas de regulação se expandiram, sendo aplicadas em conjunto sem, necessariamente, afastar as soluções de mercado e a responsabilidade civil. Numa visão ampla (BALDWIN, 2012, p.3), regulação pode ser encarada como um conjunto de comandos, de influência deliberada do Estado na iniciativa privada, de criação de regras de conduta, sem excluir as autorrestrições pelos particulares (autorregulação), a combinação de regras públicas e privadas, as negociações procedimentais e outras variações que dificultam a elaboração de um conceito fechado.

Comparando regulação e judicialização, Posner (2011, p. 11) traça quatro diferenças básicas: (i) regulação tende a usar formas preventivas (ex

ante) de controle, enquanto a judicialização se vale de controle posterior (ex post); (ii) regulação tende a produzir normatização, ao passo que a judicialização usa padrões de decisão (*standards*); (iii) regulação costuma usar especialistas nas matérias reguladas para criar as normas, ao contrário da judicialização, que tem solução dada no caso concreto por um juiz generalista (ou júri, no caso dos EUA); e (iv) regulação costuma usar mecanismos públicos de reforço (*enforcement*) como, por exemplo, as multas, sendo que a judicialização se vale dos mecanismos privados, como as cláusulas contratuais e a obrigação de indenização privada na relação entre particulares. Segundo Timm (2012), em países que adotam a *common law* é mais comum que haja estímulo ao cumprimento do contrato por meio de perdas e danos (responsabilidade civil), enquanto no *civil law* seria mais habitual a execução específica da obrigação.

Outros estudos (HELLAND, KLICK, 2006) focaram na comparação entre regulação e judicialização e a preferência de um sistema sobre o outro e pesquisas empíricas (SHARKEY, 2016) também tentavam extrair conclusões sobre a substitutividade dos sistemas e a possível inevitabilidade de uma estratégia de ação sobre a outra, principalmente quanto à possibilidade de se criar padrões de conduta que impedissem ou diminuíssem o risco de danos via litígios judiciais.

Philipson, Sun e Goldman (2009), por sua vez, ao analisarem o sistema de dupla proteção existente na questão de medicamentos nos EUA, em que existe a regulação feita pelo FDA, sem que se exclua a possibilidade de responsabilização (e criação de padrões de cuidado) perante o Judiciário, entendem que ocorre incremento da segurança:

No entanto, enquanto o FDA é o principal e mais visível regulador da segurança de medicamentos, a presença de responsabilidade legal após a entrada de um produto no mercado oferece às empresas grandes incentivos para fornecer medicamentos seguros. (tradução nossa)

Vale acrescentar que, com base nesse sistema, que pode duplicar a responsabilização em alguns casos, também há quem aponte para a possibilidade de que um maior índice de litígios levaria a uma menor

necessidade de regulação, assim como o contrário, ou seja, a maior amplitude da regulação levaria a um menor índice de litígios judiciais (SHAVELL, 1984). Porém, estudos empíricos conduzidos por outros pesquisadores (HELLAND, KLICK, 2012) demonstram que isso não ocorre necessariamente na prática. Na melhor das hipóteses, o índice de uma acompanharia a incidência da outra. Em complemento, ainda surge outra questão, quando se fala em sobreposição de sistemas (normas e litígios), que é o controle posterior como mitigador do risco de captura regulatória. Baseados na crítica de Stigler (1971, p.3), de que a regulação existe no interesse do mercado, a possibilidade de recorrer ao Judiciário seria alternativa para aqueles que se sentissem prejudicados pela regulação editada por reguladores capturados.

Sendo assim, como visto, além da face mais evidente, que sujeita as decisões ao rótulo de “ativismo”, a judicialização também pode alcançar outros objetivos diretos ou indiretos, como por exemplo, mecanismo de contenção dos reguladores; garantidor de participação democrática no procedimento de produção normativa; mecanismo de contorno para eventual captura do regulador; intensificação de comandos regulatórios pouco contundentes para mudar o comportamento de agentes regulados; ampliação da responsabilização de agentes que pratiquem atividades de risco ou que exponham particulares a situações indesejadas.

No Brasil, o Judiciário é uma via aberta para se desafiar a regulação existente, seja pelas partes envolvidas na contratação de um plano de saúde, seja pelos Ministérios Públicos, órgãos de defesa do consumidor, Defensorias Públicas, entre outras instituições de expressiva importância, até por conta da norma constitucional que garante a inafastabilidade de jurisdição, que incrementa o nível de litígio sobre a gama de regras regulatórias existentes. Somadas as observações expostas sobre os conceitos abertos e valores subjetivos trazidos pela legislação, verifica-se que é necessário algum grau de uniformização por parte das instâncias superiores, sob pena de se perpetuar uma infinidade de entendimentos diferentes partindo dos inúmeros juízes espalhados pelo país.

Essa variedade de casos pode acarretar distorções à regulação administrativa editada com base nas leis setoriais, criando-se novas regras

que influenciam determinado setor regulado, por meio de litígios levados ao Poder Judiciário, encerrados por decisão ou acordo. Tal fenômeno pode ser chamado de regulação via judicialização (REICH, 2001)³ e ter diversas razões, vislumbrando-se algumas hipóteses, inclusive com referências em casos estudados pelos norte-americanos com esse enfoque.

Uma primeira possibilidade é a dificuldade existente para modificação legislativa, que induz o comportamento de procurar a via judicial como forma de obter posicionamento contrário ao que prescrito em lei. O caso da indústria do cigarro nos EUA, que resultou num acordo de indenização a consumidores de proporções bilionárias, pode ser exemplo de judicialização politicamente orientada, ou com fins regulatórios, sobre luta que não vinha obtendo êxito no parlamento.⁴

Uma segunda hipótese pode ser exemplificada pelo caso em que a Suprema Corte norte-americana reconheceu, pela primeira vez, o direito individual de ter armas por parte de cidadãos.⁵ Considerando que as regulações estaduais existentes sobre a matéria foram derogadas ao não poderem mais restringir o direito do cidadão, o que ocorreu, na prática foi a limitação da regulação pela via da judicialização.

Numa terceira hipótese, pode-se imaginar as ações coletivas cujo resultado pode ser uma decisão que determine a alteração de práticas comerciais por parte de empresas condenadas, que passam a adotar uma postura uniforme a um conjunto de pessoas muito maior. Essas mudanças podem se equivaler a uma adequação a regras regulatórias não previstas em atos normativos, dada a extensão da mudança de padrão que se faz necessária na conduta do agente causador dos danos. Pela natureza

³ Esse termo seria uma tradução possível para *regulation through litigation*, cunhada no comentário sobre ações judiciais como aquelas propostas pelo poder público contra a indústria do cigarro, sob o pretexto de obter indenização por prejuízos ao orçamento público sobrecarregado pelos danos causados aos particulares.

⁴ Disponível em <<https://www.publichealthlawcenter.org/sites/default/files/resources/master-settlement-agreement.pdf>> Acesso em: 22 out. 2019.

⁵ *D.C. v. Heller*, 554 US 570 (2008) Disponível em <<https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/07-290.pdf>> Acesso em: 23 out. 2019.

do dano, pela dificuldade a prova, pelo baixo valor individual ou pela dificuldade de acesso à justiça, as ações coletivas funcionam como forma de se facilitar a compensação de danos que ultrapassam a esfera individual e teriam baixa capacidade de serem enfrentados por indivíduos de forma isolada.

Traz-se de exemplo o litígio envolvendo um grupo de contratantes de seguros privados, que acionou um grupo segurador alegando quebra de contrato e fraude contra o consumidor, por conta de uma autorização dada pela seguradora para que as empresas credenciadas fizessem reparos nos carros danificados utilizando peças que não eram originais.⁶ Essa *class action* obrigou as empresas envolvidas a usarem apenas peças originais nos consertos dos carros, mudando o comportamento em todas as seguradoras, que passaram a ter que se adaptar à nova regulação criada via judicialização.

Por fim, num exercício de comparação com realidades estrangeiras em que problemas semelhantes são identificados, pode-se ainda vislumbrar o caso de sobreposição da norma regulatória com a decisão judicial que cria indenização formando um parâmetro de precaução geral mais rígido do que aquele previsto em regras administrativas, para casos de omissão de informação, assemelhando-se a uma nova regulação. É o caso em que a indústria farmacêutica foi condenada a pagar indenização pela ausência de informação suficiente que impedisse o dano causado a paciente, mesmo que tenha tido a rotulagem aprovada pelo ente regulador (no caso, a Food and Drug Administration - FDA).⁷ Como dito na decisão, os fabricantes são os principais responsáveis pela rotulagem dos medicamentos, e não o FDA, razão pela qual a competência da agência, consubstanciada na autorização de comercialização naqueles determinados termos, não poderia ser interpretada como impedimento de análise do caso pelo Judiciário, nem

⁶ *Avery v. State Farm Mutual Automobile Insurance Company*. Nº 5-99-0830. Appellate Court of Illinois, Fifth District. Para consulta ao caso, <https://caselaw.findlaw.com/il-court-of-appeals/1141452.html>.

⁷ *Wyeth v. Levine*, 555 U.S. 555 (2009). Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/opinions/08pdf/06-1249.pdf>> Acesso em 10 jun. 2019.

como autorização vinda do Congresso para atuar como última autoridade decisória sobre rotulagem de medicamentos, de modo a impedir ações relacionadas.

Com os exemplos apresentados parece mais confortável reconhecer que as decisões judiciais em matérias regulatórias podem gerar consequências semelhantes a de atos regulatórios. Percebe-se, também, que a regulação pode ser usada em resposta à judicialização e, de igual modo, a judicialização pode ser usada para criar ou limitar a regulação. Essa relação é costumeiramente tensa e nem sempre mantém os sistemas isolados pois, muitas vezes, estes se sobrepõem.

4. O STJ E A REGULAÇÃO

Por quase trinta anos a contratação de planos privados de assistência à saúde se deu numa forma contratual clássica, livre de regras específicas, incidindo apenas os valores do *pacta sunt servanda*, como se houvesse plena liberdade de contratação. Nas relações contratuais não reguladas, os conflitos que desaguavam no Judiciário eram decididos conforme as cláusulas previstas e segundo a interpretação pelos juízes. A liberdade de comercialização e contratação no setor de saúde suplementar, que funcionava sem uma lei específica (MARQUES, 2017), regido pelo Código Civil (de 1916) e, depois, o Código de Defesa do Consumidor (de 1990), como principais limitadores da relação. Com o advento da lei nº 9.656 (em 1998), e a criação da ANS (em 2000), as regras incidentes na contratação e durante a vigência do contrato de plano de saúde foram alteradas, criando-se uma série de padrões, por via de normativos, para regular as relações entre beneficiários e operadoras de planos.

A regulação pode optar por vetar ou restringir determinados contratos e produtos, supondo a incapacidade de entendimento de mecanismos de divulgação de informação, dada a possibilidade de desvios da vontade em decorrência de problemas como assimetria de informação, heurísticas e viéses. Onde existe regulação pode haver regramento sobre a formação e execução dos contratos, com maior detalhamento das

fases anteriores e posteriores à contratação, com incidência de deveres relacionados à informação, confiança legítima e direito de arrependimento, por exemplo.

Observando os contratos de plano de saúde, estes não costumam prever consequências pelo descumprimento de cláusulas, salvo pontuais questões, como a inadimplência no pagamento de mensalidade por parte do beneficiário e fraude para fins de rescisão. Assim sendo, os instrumentos contratuais não servem, geralmente, como antecipadores de resolução de todos os conflitos ou como pré-determinação de danos causados por uma parte à outra, como num caso de negativa da cobertura contratual por parte da operadora, por exemplo. Verifica-se, então, que no setor de saúde suplementar, em que pese a relação ser contratual, não é possível advogar uma liberdade contratual “pura”, até porque o próprio Código Civil de 2002 supera a clássica concepção de liberdade dos contratantes quando prevê função social dos contratos, reforçada pelo contexto do CDC. Encontrar elementos de equilíbrio dessas questões é o desafio dos Tribunais para alcançar segurança jurídica e previsibilidade.

Essa forma de encarar o direito contratual, com vistas à realidade de um mundo de trocas constantes e duradouras, influencia a forma de julgar dos juízes, calcados em parâmetros normativos abertos e valores orientativos de interpretação dispostos em lei, ultrapassando a questão meramente doutrinária e se realizando em escolhas sociais (por meio do Legislativo). Como explicam (FALCÃO, ARGUELLES, SCHUARTZ, 2006)

Um dos problemas enfrentados em decisões judiciais que digam respeito ao cumprimento de contratos é determinar se uma cláusula ou mesmo todo o contrato são válidos do ponto de vista jurídico. Ou seja, se a cláusula em questão é ou não merecedora de *enforcement*. Se, por um lado, cabe ao legislador determinar os padrões pelos quais se determinará a legalidade, e ao juiz, interpretar esses padrões e aplicá-los aos casos concretos, por outro, cabe às partes acionar o Judiciário e submeter à apreciação do juiz as cláusulas livremente pactuadas.

Assim sendo, não podem os julgadores simplesmente omitirem a possibilidade de aplicação desses valores nos casos concretos, motivo pelo qual não é possível descartar a possibilidade de uma atuação influente das decisões judiciais na regulação.

Essas considerações sobre uma realidade em que contratos e regulação e sobrepõem, ajuda a entender determinados julgamentos feitos pelos Tribunais, e em especial pelo STJ, que costuma levar em consideração o fato de que “com o dirigismo contratual os contratos cativos ganham uma normatização protetiva ao aderente, consumidor ou não, que no plano fático por muitas vezes é colocado em situação de desvantagem e detrimento da operadora de plano de saúde” (BRASIL, 2017)

A clássica visão de contrato como acordo de vontade livre entre as partes é relativizada pela existência de regras dispostas em lei sobre a relação entre dois particulares, trazendo outros enfoques sobre as decisões que avaliam o cumprimento desses pactos privados. A violação de uma cláusula contratual pode revelar, na verdade, a inobservância da própria lei/regulação administrativa, motivo pelo qual o julgador teria mais de uma espécie de fundamentação para enfrentar o problema. Pelo lado contratual, usaria o ferramental clássico do direito contratual civil e do consumidor, podendo reputar abusiva a cláusula, por exemplo. Pelo enfoque da regulação, poderia verificar a (i)legalidade do ato normativo que permitia determinada previsão contratual.

Enfim, o que se percebe é que, não raro, as decisões do STJ utilizam conceitos jurídicos indeterminados e os valores principiológicos dispostos em lei, por vezes como complemento das regras regulatórias existentes, por vezes como substitutivo destas. Até onde essa prática ajuda ou atrapalha a interpretação e aplicação do direito nos julgamentos da saúde suplementar depende de análise caso a caso, dada a tênue linha que (nem sempre) separa a regulação da judicialização.

CONCLUSÃO

Como visto ao longo do estudo, é possível que determinados pronunciamentos judiciais produzam efeitos nos setores regulados de forma equivalente a uma norma exarada de uma agência reguladora, o que poderia ser chamado de regulação via judicialização, dado a ampla

dimensão normativa extraída da decisão. Quando produzida essa decisão por Tribunal que tem como uma das finalidades mais importantes, a uniformização de entendimentos para orientação e vinculação de Tribunais inferiores, maior relevância adquire a regra de conduta criada pelo Judiciário.

A possibilidade de se prolatarem decisões com base em parâmetros de elevado grau de subjetividade pode afastar o posicionamento judicial do arcabouço regulatório existente ou, ainda, apontar para uma incerteza sobre os critérios a serem utilizados pelas instâncias inferiores ao decidirem casos semelhantes. Nesses termos, o zelo pela utilização de termos iguais aos previstos em lei ou em atos normativos regulatórios, assim como a definição de parâmetros objetivos na interpretação da regulação, são fatores que parecem transmitir uniformidade e segurança aos agentes regulados e à sociedade em geral.

Se no exame do caso concreto se verificou que ao STJ não pode ser imputada a criação de regulação via judicialização, dada a proximidade de sua jurisprudência mais relevante com a regulação de saúde suplementar, também é possível identificar ganhos no aperfeiçoamento de forma, em relação à redação de súmulas e teses de recursos repetitivos, tornando mais claros os comandos que se pretendem passar para os juízes que vierem a decidir casos semelhantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fatima Nancy. Os planos de saúde privados e o código de defesa do consumidor. Principais questões geradoras de controvérsias In: NOBRE, Milton A. de B. SILVA, Ricardo A. D. da. (coord.) **O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde**. 2a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BALDWIN, Robert. CAVE, Martin. LODGE, Martin. **Understanding Regulation: theory, strategy and practice**. 2a ed. Oxford University Press. 2012. p. 3.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/13105.htm> Acesso em 12 de fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 251024 SP, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2ª seção, julgado em 27/09/2000, DJ 04/02/2002. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp>> Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. 962980 SP, Rel. Ministro LUIZ FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 15/05/2012. Disponível em <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0>> Acesso em: 10 jan. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Resp. 622882 RS (2014/0308793-5). Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. D. J. 10/10/2017 Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/508490990/agravo-em-recurso-especial-aresp-622882-rs-2014-0308793-5?ref=topic_feed> Acesso em: 10 jan. 2020.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses. 2012. p. 2.

FALCÃO, Joaquim. ARGUELLES, Diego W., SCHUARTZ, Luis. Jurisdição, incerteza e Estado de Direito. Revista de Direito Administrativo. v. 243, 2006. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42550>> Acesso em 9 nov. 2019. p. 99 e 102.

FRIEDMAN, Laurence M. Judging the judges: some remarks on the way judges think and the way judges act. pp 139-160. *In*: ROBAK, John N. (editor) **Normes and Law**. Cambridge University Press. 2006.

HELLAND, Eric. KLICK, Jonathan. The tradeoffs between regulation and litigation: evidence from insurance class actions. **Journal of tort law**. Vol. 1, issue 3, 2006.

_____. Why aren't regulation and litigation substitutes? pp. 227-244. COGLIANESE, Cary. *In*: **Regulatory Breakdown: the crisis of confidence in US regulation**, University of Pennsylvania Press, 2012.

MARQUES, Claudia L. et al. (coord.) **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de saúde de assistência privada à saúde.** São Paulo: RT, 1999.

PALMA, Juliana Bonarcorsi de. **Atividade normativa da administração pública.** Tese de doutorado Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18052017-131051/pt-br.php>> Acesso em: 09 set. 2019.

PHILIPSON, Tomas. SUN, Eric. GOLDMAN, Dana. The effects of product liability exemption in the presence of the FDA NBER Working Paper No. 15603, 2009. Disponível em <<https://www.nber.org/papers/w15603.pdf>> Acesso em 10 jun. 2019.

POSNER, Richard A. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): An analytical framework. *In*: KESSLER, Daniel P. **Regulation versus Litigation: perspectives from economics and law.** The University of Chicago Press, 2011.

REICH, Robert. Regulation is out, litigation is in. **The American Prospect.** December 19, 2001. Disponível em <<https://prospect.org/article/regulation-out-litigation>> Acesso em 27 jul. 2019.

SHAVELL, Steven. Liability for harm versus regulation of safety. **Journal of legal studies.** 13, 1984.

SHARKEY, Catherine M. The Administrative State and the common law: regulatory substitutes or complements? **Emory Law journal** vol 65, pp. 1705, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Common Law e Civil Law. Aproximação. Papel da Jurisprudência e Precedentes Vinculantes no Novo Código de Processo Civil. Demandas Repetitivas.** Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2019/02/06/common-law-e-civil-law-aproximacao-papel-da-jurisprudencia-e-precedentes-vinculantes-no-novo-codigo-de-processo-civil-demandas-repetitivas/>> Acesso em 10 mai. 2019.

TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direito e economia** no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 11.

VORONOFF, Alice. O Poder Judiciário como ator da regulação - relações institucionais, controle adequado e otimização regulatória. **Revista Justiça e Cidadania**. Ed. 121. 2010. Disponível em <<https://www.editorajc.com.br/o-poder-judiciario-como-ator-da-regulacao-relacoes-institucionais-controle-adequado-e-otimizacao-regulatoria/>> Acesso em 15 jan. 2020.

Eduardo Calasans Rodrigues

Especialista em regulação de saúde suplementar.
Mestre em Direito da Regulação pela FGV/Direito Rio.
Pós-graduado em Direito Público pela FGV/Direito Rio.
Graduado pela Universidade Católica de Petrópolis.