

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA
EMPRESA E DOS NEGÓCIOS
NÍVEL MESTRADO PROFISSIONAL**

MARCELO BARRETO LEAL

**ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO DE SEGURO:
UM ESTUDO DE CASO A PARTIR DA COBERTURA DE RISCO DO TIPO
SUICÍDIO NO CONTRATO DE SEGURO DE ACIDENTES PESSOAIS –
EXCESSO REGULATÓRIO PONTUAL**

**SÃO LEOPOLDO
2017**

Marcelo Barreto Leal

Análise Econômica do Contrato de Seguro:

Um Estudo de Caso a partir da Cobertura de Risco do Tipo Suicídio no Contrato de Seguro de Acidentes Pessoais - Excesso Regulatório Pontual

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito da Empresa e dos Negócios pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Empresa e dos Negócios da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

Orientador: Prof. Dr. Luciano Benetti Timm

São Leopoldo
2017

L435a Leal, Marcelo Barreto

Análise econômica do contrato de seguro: um estudo de caso a partir da cobertura de risco do tipo suicídio em seguro de acidentes pessoais –excesso regulatório pontual / Marcelo Barreto Leal -- 2017.

193 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito da Empresa e dos Negócios) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito da Empresa e dos Negócios, São Leopoldo, RS, 2017.

Orientador: Prof. Dr. Luciano Benetti Timm.

1. Direito regulatório. 2. Seguros - Pessoas - Suicídio. 3. Análise econômica - Direito. 4. Boa-fé. 5. Contratos. I. Título. II. Timm, Luciano Benetti.

CDU 347.44

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS
NÍVEL MESTRADO PROFISSIONAL

O Trabalho de Conclusão de Curso intitulado: " **ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO DE SEGURO: UM ESTUDO DE CASO A PARTIR DA COBERTURA DE SINISTRO DO TIPO SUICÍDIO NO CONTRATO DE SEGURO DE ACIDENTES PESSOAIS - EXCESSO REGULATÓRIO PONTUAL** " elaborada pelo mestrando **Marcelo Barreto Leal**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de **MESTRE EM DIREITO DA EMPRESA E DOS NEGÓCIOS - Profissional**.

São Leopoldo, 07 de dezembro de 2017.


Prof. Dr. **Wilson Engelmann**

Coordenador do Programa de Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios

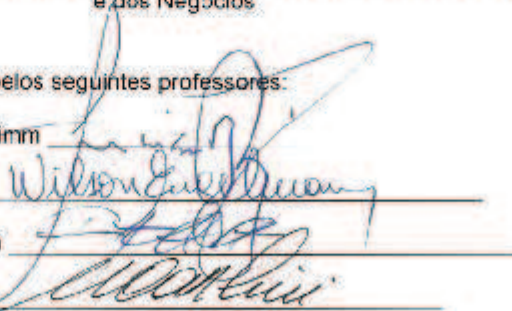
Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Luciano Benetti Timm

Membro: Dr. Wilson Engelmann

Membro: Dr. Fabiano Koff Coulon

Membro: Dra. Angélica Carlini



A meus familiares, pelo permanente e irrestrito incentivo e, em especial, à minha avó Zilda, pelos ensinamentos quanto ao manuseio da ferramenta do humor.

AGRADECIMENTOS

Gostaria, ao finalizar esta dissertação, de manifestar minha gratidão àqueles que, de alguma forma, contribuíram para a realização deste trabalho. Nessa direção, venho agradecer, em especial, o precioso incentivo e colaboração de:

- Dr. Luciano Benetti Timm, professor do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, pela orientação competente e precisa nesses dois anos de frutífera convivência, sempre respeitando minhas opções em relação aos rumos do trabalho e contribuindo de forma decisiva para a escolha das melhores opções;
- Dr. Manoel Gustavo Neubarth Trindade, professor e Coordenador do LLM em Direito da Empresa e dos Negócios, pela aposta em meu potencial intelectual quando de minha participação no processo de seleção deste Programa;
- Dr. Fabiano Koff Coulon, professor do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, pelo convívio amistoso e profícuo em sala de aula e, em particular, por seu convite, para que lecionasse na Especialização em Contratos e Responsabilidade Civil, por ele coordenada;
- Dr. Giovani Agostini Saavedra, professor e orientador do Curso de Especialização e do Grupo de Estudos em Direito, Mercado e Economia da PUC-RS, pelo vigoroso estímulo;
- Dr.^a Angélica Carlini, referência de todos que labutam no mercado securitário, pelo desafio e afago intelectual nos momentos de adversidade, acompanhado de conselhos, não só de teor científico, como de vida;
- Dr. Wilson Engelmann, professor e coordenador do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, por sua atenção e disponibilidade para com os alunos, dentro e fora da sala de aula;
- Dr.^a Miriam Schaeffer, nossa professora, por sua dedicação e voluntarismo ao tão bem conduzir a temporada na Washington University in Saint Louis, compartilhando generosamente sua experiência naquela instituição.
- Dr. Marcos Catalan, referência nos temas Responsabilidade Civil, pelos desafios acadêmicos e oportunidade, generosamente oferecida, para palestra a seus alunos de graduação;
- Dr. Bruno Miragem, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do RS - UFRGS, pela aceitação como aluno, o que se constituiu em

importante fonte de acesso a informações, fundamentais para a realização desta investigação;

- Ms. Ivy Cassa, professora na área do Direito Securitário e referência acadêmica neste setor, pelas permanentes contribuições acadêmicas;

- Ms., Augusto Dahinten, dileto colega, pelo compartilhamento despuadorado e transparente de suas experiências acadêmicas;

- Dr. Giuliano Deboni, referência em Direito Ambiental, pela confiança na indicação de meu nome para a nobre função do magistério em graduação, quando ainda cursava disciplinas deste Programa;

- Esp. Guilherme Franzen Rizzo, referência em Direito Econômico, pelos debates levados à exaustão e compartilhamento de inquietações;

- Esp. Márcio Malfatti, professor na área do Direito Securitário, pela *charla* espirituosa, recheada de conteúdo jurídico muito qualificado;

- Esp. Adilson Campoy, professor na área do Direito e maior referencial em seguro de pessoas, por me eleger como seu interlocutor ao longo de anos de amizade;

- meus sócios Pedro Torelly Bastos, Prof. Ms. João Firmino Torelly Bastos, Eduardo Rodrigues Silva e Maurício Berbigier, por sua demasiada compreensão de minhas ausências durante a efetivação deste projeto acadêmico e pela competente retaguarda;

Finalmente, agradeço também a todos os colegas do programa, cuja agradável convivência e qualificação dos debates em sala de aula tornaram, sem dúvida, estes dois anos muito mais produtivos.

“O Brasil não é para principiantes.”
Antonio Carlos Brasileiro de Almeida Jobim

RESUMO

A presente investigação propõe-se a examinar a possibilidade de cobertura de risco do tipo suicídio por contratos de seguro de acidentes pessoais e seus impactos sobre o consumidor. Para tanto, o estudo, que se utiliza de ferramenta aportada pela Análise Econômica do Direito, fundamenta-se nas características desse contrato e do contrato de seguro de vida, paradigma para sua regulação. Na sequência, como supedâneo teórico, realiza o estudo dos princípios inerentes a esses contratos como instrumentos de eficiência e de redução dos custos de transação para o mercado securitário, analisando, ainda, a realidade contemporânea do Direito Administrativo, notadamente, no que concerne ao Direito Regulatório.

Palavras-chave: Seguro. Direito regulatório. Pessoas. Suicídio. Análise econômica do direito. Boa-fé.

ABSTRACT

The present work aims to examine the possibility of covering risk suicide by contract type personal accident insurance and its impacts to the consumer. Therefore, the study, which uses the method of Law and Economics, is based on the characteristics of this contract and life insurance contract, which has been the paradigm for the Regulatory Rules. Moreover, as a footstool theoretical study is made of the principles inherent in these contracts, as instruments of efficiency and reduction of transaction costs for the insurance market, and too is analysed the new reality of Administrative Law, particularly with regard to the Regulatory Law.

Keywords: Insurance. Regulatory law. People. Suicide. Law and economics. Good faith.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
CC	Código Civil
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CNSP	Conselho Nacional de Seguros Privados
e.g.	<i>exempli gratia</i>
Min.	Ministro
PND	Programa Nacional de Desestatização
SUSEP	Superintendência de Seguros Privados

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
1.1 Dados de Identificação da Pesquisa	11
1.2 Considerações Iniciais	11
2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E JURISPRUDENCIAL	15
2.1 Alguns Apontamentos	15
2.2 Noções Gerais sobre os Contratos de Seguro de Vida e Acidentes Pessoais	25
2.3 Princípios como Mecanismos de Eficiência na Esfera dos Contratos de Seguro.....	42
2.4 Análise Econômica do Direito como Ferramenta de Viabilização de Contratos de Seguro.....	67
2.5 Direito Regulatório: noções atualizadas para exame de situações concretas	88
2.6 Excesso de Regulação do Tema Suicídio e seus Efeitos.....	96
3 METODOLOGIA ADOTADA.....	109
3.1 Método de Abordagem.....	109
3.2 Métodos de Procedimento	109
3.3 Método de Interpretação Jurídica	109
3.4 Tipos e Técnicas de Pesquisa	109
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	110
REFERÊNCIAS.....	118
ANEXO A - RECURSO ESPECIAL Nº 1.193.040 - RS (2010/0085543-2)	125
ANEXO B - RECURSO ESPECIAL Nº 1.163.283 - RS (2009/0206657-6).....	136
ANEXO C - RECURSO ESPECIAL Nº 1.568.244 - RJ (2015/0297278-0)	152

1 INTRODUÇÃO

A presente seção apresenta os dados de identificação da pesquisa, seguidos de considerações configuradoras dos propósitos e forma de estruturação da investigação realizada.

1.1 Dados de Identificação da Pesquisa

- **Título**

Análise Econômica do Contrato de Seguro de acidentes pessoais: um estudo de caso a partir da cobertura de sinistros do tipo suicídio – excesso regulatório penal.

- **Autor**

Marcelo Barreto Leal

marcelo@torellybastos.com.br

URL - Currículo Lattes: Marcelo Barreto Leal

- **Área de Concentração**

Direito da Empresa e dos Negócios

- **Linha de Pesquisa**

Direito da Empresa e Regulação.

- **Objeto de Pesquisa**

Análise do sinistro suicídio em contrato de seguro de acidentes pessoais, sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito e exame das questões regulatórias inerentes ao tema.

1.2 Considerações Iniciais

A presente investigação propõe-se a examinar a possibilidade de cobertura de risco do tipo suicídio por contratos de seguro de acidentes pessoais e seus prováveis impactos sobre o consumidor.

Para tanto, o estudo, empregando como ferramenta a Análise Econômica do Direito, procura identificar os elementos caracterizadores dos contratos de seguro de acidentes e de seguro de vida, que servem de parâmetro para a regulação desse tipo de dispositivo contratual.

Para fundamentar a reflexão, analisa os princípios inerentes a esses contratos como instrumentos de eficiência e de redução dos custos de transação para o mercado securitário, bem como a realidade contemporânea do Direito Administrativo, notadamente, no que concerne ao Direito Regulatório.

O estudo realizado parte dos seguintes pressupostos:

- a) o Direito Regulatório, por se constituir em elemento basilar de construção do contrato de seguro, não pode ser olvidado em nenhum momento durante sua execução, sob pena de se criarem obrigações impertinentes entre os contratantes;
- b) as decisões estruturais tomadas pelos órgãos reguladores exercem impactos diretos sobre o mercado, interferindo diretamente na relação entre agentes econômicos e consumidores;
- c) o Poder Judiciário precisa ter extremo cuidado ao analisar questões de Direito Regulatório, eis que, em tese, elas só deveriam contrariar normas do Direito Regulatório quando essas, em situações concretas, não atingissem sua finalidade, qual seja a da correção de falhas de mercado.

Considerando tais pressupostos, a investigação define, como **problemas de pesquisa**, as seguintes questões: O sinistro do tipo suicídio pode ser considerado fato gerador de obrigação em contrato de seguro de acidentes pessoais, se considerados os parâmetros do Direito Regulatório? Em caso de resposta positiva, estariam então corretos os parâmetros do Direito Regulatório aplicados à matéria?

Assim, o **objetivo geral** da presente dissertação é verificar a pertinência e relevância da aplicação da Análise Econômica do Direito aos contratos de seguro como ferramenta destinada a conferir uma maior eficiência a esta instituição jurídica, tomando como parâmetro o contrato de seguro de acidentes pessoais e o sinistro do tipo suicídio.

Para dar conta desse propósito maior, estabeleceram-se os seguintes **objetivos específicos**:

- a) analisar a real necessidade de observância do Direito Regulatório na perfectibilização dos contratos de seguro de pessoas;
- b) verificar quando e como se dá a aplicação do Direito Regulatório na execução dos contratos de seguro de pessoas: no momento de declaração de dados pessoais do segurado, no de adimplemento dos prêmios, e/ou no de pagamento do capital segurado;
- c) verificar a adequação do emprego de ferramenta própria da Análise Econômica do Direito no exame de questões referentes ao Direito Regulatório, atualizadas nas operações do seguro.

Os contratos de seguro e, no caso concreto, os de pessoas são bastante frequentes no campo da seguridade social. Fundados na mais estrita boa-fé, tratam-se de contratos que se pautam pela *uberrima bona fides*: baseado nas declarações perfectibilizadas pelo segurado no momento da contratação, o segurador aceita o risco declarado, presumindo a boa-fé do contratante.

Os valores de prêmios ou até mesmo a aceitação ou não da proposta dependem de tais declarações que, se não observadas, alteram completamente a execução do contrato, prejudicando não apenas a companhia seguradora, mas toda a sua massa de segurados, ou seja, o que se convencionou chamar de consumidores invisíveis.

Mas, ainda que essa operação possua todo um arcabouço regulatório, eis que se constitui em um mercado regulado, tal regulação muitas vezes é ignorada por parte dos operadores do direito.

Daí a relevância do desenvolvimento de estudos sobre o Direito Regulatório, aplicados a esta espécie contratual, uma vez que tais regras são balizadoras tanto da assunção de obrigações, quanto de toda a execução do contrato.

A **metodologia** de análise adotada funda-se na aplicação de princípios da Teoria de Análise Econômica do Direito, empregados como ferramenta para o exame dos contratos em estudo.

A dissertação, além desta introdução, comporta mais três seções, dispostas a partir da fundamentação teórica que sustenta a metodologia empregada na análise.

A seção 2 – **Fundamentação Teórica e Jurisprudencial** – apresenta o acervo bibliográfico consultado, composto por elementos doutrinários clássicos, trabalhos sobre a Análise Econômica do Direito, e conteúdos de ordem legal e jurisprudencial, que servem de sustentação para a fundamentação teórica do

trabalho, possibilitando a conceituação e análise dos elementos e institutos considerados configurativos do tipo de contrato em estudo.

A seção 3 – **Metodologia de análise** – expõe os procedimentos de análise adotados na investigação, apresentando um detalhamento dos métodos empregados na abordagem, descrição e interpretação dos resultados obtidos.

A seção 4 – **Considerações finais** – discute os resultados obtidos na análise realizada, apresentando algumas considerações e eventuais sugestões para os próximos estudos.

Na sequência, apresentam-se ainda as referências, sob a forma de uma listagem das obras consultadas e/ou referenciadas no decorrer do trabalho, bem como os anexos.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA E JURISPRUDENCIAL

O acervo bibliográfico consultado para a realização desta investigação fundamenta, do ponto de vista teórico, seu desenvolvimento, comportando elementos doutrinários clássicos, trabalhos atuais em sintonia com a ferramenta de análise econômica do Direito, exemplares da própria ciência econômica, bem como conteúdos de ordem legal e jurisprudencial.

2.1 Alguns Apontamentos

A presente investigação propõe-se a analisar os contratos de seguro de vida em favor de terceiro e os de acidentes pessoais, com vistas a examinar a possibilidade de cobertura, do ponto de vista do direito regulatório, de sinistros do tipo suicídio por parte de contratos de seguro de acidentes pessoais.

Para tanto, a pesquisa utiliza como ferramenta a Análise Econômica do Direito, que examina as instituições jurídicas sob a ótica da eficiência, ou, em outros termos, da preocupação com a escassez de recursos e o volume das demandas e necessidades. Nessa perspectiva teórica, as instituições jurídicas devem operar de modo sustentável, servindo de instrumento viabilizador de uma alocação correta dos recursos.

Tal concepção, de modo algum, limita-se apenas ao debate desse aspecto: o que propõe ao jurista é apenas e tão-somente que não se olvide das questões empíricas, inerentes ao campo de jogos, denominado mercado. Nesse contexto de livre atuação dos agentes econômicos – produtor, acumulador ou consumidor –, compram-se e vendem-se mutuamente bens e serviços, em oposição àquele de afetação entre os agentes econômicos. O mercado pode, assim, ser definido como o campo em que a atividade econômica, o jogo econômico desenvolve-se, pouco importando os constrangimentos que os agentes exerçam uns sobre os outros, ou que o Estado exerça sobre todos. Interessa apenas que a ação de vender e comprar por parte de um agente econômico seja livre, no quadro e no limite dos graus de liberdade em que possa se mover.¹

¹ ABECASSIS, Fernando. **Análise económica**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 193.

Segundo Richard Posner, a Análise Econômica do Direito é uma teoria que fornece relevantes contribuições para a compreensão das instituições e do comportamento das sociedades. Os fatores econômicos que perpassam a argumentação do autor são a incerteza e o custo da informação. Tais fatores explicam também as formas assumidas pela seguridade e as razões por que as sociedades contemporâneas conferem maior importância à responsabilidade objetiva, que as modernas. Essas ideias demonstram o alcance e a força do modelo econômico na explicação do comportamento econômico e das instituições sociais.²

No contexto atual, segundo o autor, os economistas dispõem de técnicas mais aprimoradas para pecuniarizar custos e benefícios não pecuniários, o que possibilita, por exemplo, a definição mais precisa dos custos pecuniários, permitindo, assim, uma estimativa mínima do valor que o tempo, ou a não ocorrência de danos têm nessas operações. A Análise Econômica do Direito recomenda que essas técnicas sejam empregadas, tanto quanto possível, para possibilitar uma análise do custo-benefício das condutas regulamentadas pelas leis. A novidade do movimento **Direito e Economia** reside exatamente na insistência para que os juízes, ao tomarem decisões, exerçam sua ampla discricionariedade, de modo a produzirem resultados eficientes, no sentido mesmo de evitarem o desperdício social, como, por exemplo, no caso de acidente, cujas próprias consequências, em termos de custo, penalizam a não tomada de precauções, mas que se eximam de penalizar a recusa a tomar precauções, quando o custo não se justifica³.

Na mesma direção, Robert Cooter e Thomas Ulen consideram que a Análise Econômica do Direito é tema interdisciplinar que reúne dois grandes campos de estudo, facilitando uma maior compreensão de ambos. A verdade, segundo esses autores, é que a economia ajuda a perceber o Direito de uma maneira nova, extremamente útil para os advogados e pessoas interessadas em questões relativas às políticas públicas. Muitos veem o Direito apenas em seu papel de provedor de justiça; já a Análise Econômica do Direito propõe a leitura dos instrumentos legislativos como forma de incentivo a alterações de comportamento, isto é, como

² POSNER, Richard A. A economia da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 269-270.

³ Ibid., p. XIV.

preços implícitos e instrumentos que possibilitam atingir os objetivos de políticas públicas com maior eficiência e distribuição⁴.

Cabe ainda destacar as valiosas contribuições aportadas por Ronald Coase, especialmente no que concerne à proposição da teoria da firma. Em artigo histórico, denominado *A Natureza da Firma*, o autor propõe uma explicação para o surgimento dessa instituição, ou seja, uma justificativa que dê conta da razão pela qual os seres se organizam nesse formato para a atuação em mercado. E, segundo Coase, a principal justificativa para a adoção dessa opção seria o fato de ser mais lucrativo o estabelecimento de uma firma quando existem custos na utilização do mecanismo de preços: a verdade é que os contratos não são eliminados quando existe uma firma, mas seus custos são significativamente reduzidos

Desse modo, torna-se imperiosa a realização, em seção subsequente (2.2), de um exame mais detalhado das características de ambos os contratos em estudo, envolvendo aspectos como a onerosidade, a bilateralidade, a formalidade, a tipicidade, entre outros, bem como a própria natureza das normas que os regulam e das obrigações a eles inerentes, com o objetivo de alinhar informações para o desenvolvimento de uma reflexão mais aprofundada, que possibilite o enfrentamento do problema proposto: o excesso de regulação por parte da autarquia reguladora e fiscalizadora, Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, de acordo com as atribuições que lhe são conferidas pelo Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, criando, desse modo, uma falha de governo.

A seção 2.3 centra-se no exame dos princípios aplicáveis aos contratos de seguro, a partir da análise da concepção clássica de contrato, na qual predomina o princípio da autonomia da vontade, fruto da ideologia liberal francesa individualista, bem como de suas implicações, tais como o dogma da igualdade formal.

Na sequência, o estudo avança em direção à evolução da concepção de contrato e, conseqüentemente, à análise dos demais princípios que o regem, tais como os da boa-fé, justiça contratual e vulnerabilidade, sem, contudo, esquecer que a comunhão de tais princípios precisa viabilizar o instituto. Daí a relevância do emprego da ferramenta de Análise Econômica do Direito, eis que propõe o exame dos princípios contratuais aplicáveis à operação de seguro como instrumentos promotores de eficiência.

⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Bookmann: São Paulo. 2010. p. 33.

O princípio da boa-fé objetiva, por exemplo, constitui-se no elemento verdadeiramente viabilizador da operação de seguro, razão pela qual é indissociável desse instituto, eis que a assimetria de informações por parte do segurador em relação ao segurado só é mitigada devido ao respeito a tal princípio, tanto no momento da realização do contrato, quanto no de sua execução.

Como bem leciona Francisco Galiza, as informações, em se tratando do mercado securitário, não são perfeitamente conhecidas por todos os agentes econômicos envolvidos, ou seja, não são simétricas. Há o risco de deformação dos contratos quando surgem, por parte do segurado, alterações de comportamento após a assinatura dos instrumentos, e o agente segurador tem extrema dificuldade em controlar totalmente tais mudanças, pois que só dependem do segurado e de seu padrão moral. Isso atualiza um outro conceito relevante – o de perigo moral.⁵

Outro aspecto a ser levado em consideração é a dificuldade da seguradora em definir, com acuidade, o preço do seguro, a partir do perfil do segurado no momento da contratação do seguro, pois, enquanto o seguro é calculado pela sinistralidade média de todos os segurados, o cliente que prioritariamente compra o seguro é aquele que possui as maiores taxas de risco e, em consequência, as maiores taxas de sinistralidade.⁶

Desse modo, ao se insculpir o princípio da boa-fé objetiva nos contratos de seguro, de modo a poder ser observado pelo agente econômico segurador, pelo segurado e, de igual forma, pela mutualidade, está-se a reduzir os custos de transação, eis que as informações transmitidas, presumida a boa-fé, são a base para a avaliação do risco, fundando-se o agente econômico nessas informações para precificar o prêmio a ser adimplido. Logo, o princípio da boa-fé é ferramenta imprescindível para a redução de custos do segurado/consumidor, razão pela qual sua não observância deve lhe render penalidades contratuais.

Ressalta-se aqui o importante o contributo de Ilan Goldberg, ao mencionar que não se controverte quanto à importância da boa-fé no contrato de seguro. Seja sob a perspectiva de sua formação, execução, ou, até mesmo, em momento posterior a esta, a boa-fé exerce função extremamente relevante no relacionamento entre o segurado e a seguradora, já que é com base nas informações prestadas por

⁵ GALIZA, Fernando. **A economia do seguro**: uma introdução. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1997. p. 170.

⁶ Ibid., p. 170.

aquele que esta cotará o risco a ser ou não aceito, ensejando, se for o caso, o estabelecimento do contrato.

Justamente por esse motivo, as informações prestadas pelo proponente devem ser transparentes, claras, a fim de que a seguradora, após celebrado o contrato, não venha a ser surpreendida em razão de dados que, caso lhe tivessem sido oportunamente informados, repercutiriam, eventualmente ou não, na realização do negócio jurídico, ou na cotação de um prêmio em patamares diferenciados. Da mesma maneira, acrescenta o autor supracitado, as informações atinentes à cobertura precisam ser claramente disponibilizadas para que o segurado saiba, exatamente, as garantias que está adquirindo. A clareza, a correição e a lealdade são uma via de mão dupla: está-se a falar em cooperação. Os problemas surgem quando interpretações distorcidas diminuem a importância e a densidade da função desempenhada pela boa-fé na formação do contrato de seguro.⁷

No caso proposto, os conceitos de custo de transação⁸, de acordo com suas distintas espécies, são importantíssimos para uma análise mais precisa no caso de quebra contratual, motivada, por exemplo, por exceção de contrato não cumprido, ou por resolução por onerosidade excessiva, eis que são suportes para a verificação da incidência das normas adequadas, para a identificação do simples descumprimento contratual ou da necessidade de revisão de cláusulas contratuais que envolvem as obrigações da avença, dado o novo cenário, sempre analisado de forma recíproca.

O princípio da boa-fé é o verdadeiro viabilizador econômico do contrato de seguro, pois não seria factível uma seguradora contratar investigadores para analisar, uma a uma, todas as informações prestadas pelos milhares de possíveis contratantes. É de se perguntar se seria razoável contratar um investigador para cada possível contrato a ser firmado; e, na sequência, como ficariam os custos

⁷ GOLDBERG, Ilan. Confiança, cooperação, máxima boa-fé e o contrato de seguro. **Revista Jurídica de Seguros**, Rio de Janeiro, p. 81-82, 6 maio 2017.

⁸ BARCELOS, Raphael Magalhães; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. **A nova economia institucional: teoria e aplicações**. Brasília, DF: UNB, 2003. p. 34: “Os custos de transação são afetados tanto pela tecnologia quanto pelos direitos de propriedade. Os custos de transação são dois: o de transação de produção e o de transação de troca. Os custos de transação de produção são os custos de produção invisíveis (Alston 1999) e são relacionados, basicamente, a custos de monitoração. A tecnologia pode diminuir esses custos de monitoração.

[...]

Há também, os custos de transação de troca. Esses custos incluem também os associados à negociação e reforço dos contratos (Alston 1999). Os custos de transação de troca são custos que ocorrem em uma transação em que não há produção envolvida diretamente e, sim, apenas uma troca.”

atrelados a essas exigências; mais ainda, se haveria viabilidade econômico-financeira para a continuidade do negócio e se, sob essa ótica, pretensamente protecionista dos interesses do segurado, seria atendida a função social a que se destina o seguro⁹.

Na seção seguinte (2.4), aportam-se os elementos teóricos da Análise Econômica do Direito que servem como fundamento para a proposta de solução do problema enfrentado por este trabalho. Trata-se de ferramenta ainda pouco utilizada no mercado securitário, como se o Direito pudesse resolver sozinho todas as celeumas criadas no laboratório da vida cotidiana.

Esta impossibilidade ganha força nas palavras de Rafael Bicca Machado:

[...] embora possa a alguns parecer desnecessária tal observação, o fazemos porque incrivelmente se vê, lê e ouve, em quase todos os cantos e foros, opiniões e manifestações (no mínimo infantis) que tentam (ou sonham) atribuir ao Direito e – principalmente – aos seus operadores (sejam eles juízes, promotores ou advogados) um caráter quase que divino, como se por meio isoladamente desse se pudesse, tal qual num passe de mágica, fazer desaparecer todos os problemas do mundo e constituir, enfim, uma sociedade livre de desigualdades, escassez e conflitos.¹⁰

Por oportuno, afirmativas como a do autor não diminuem a importância do Direito como instrumento eficaz de apaziguamento social. Não há dúvidas a respeito de sua relevante função como meio de efetivação do Estado, organizado em consonância com a ideologia própria de uma dada comunidade.

Ao contrário, assertivas como as em debate tendem tornar o Direito mais eficaz e factível, ou seja, tentam agregar à ciência jurídica elementos próprios das demais ciências, fazendo com que se construam premissas verdadeiras, ao invés da adoção do perigoso atalho do sutil sofisma, muitas vezes não percebido pela maioria em tempos em que tudo deve observar o “politicamente correto”, ou seja, em que verdades passam a permear a sociedade sob a forma de clichês, sem que se apure sua real capacidade de perfectibilizar ações que, muitas vezes, vão de encontro aos interesses do que seria, em realidade, uma “maioria”.

⁹ BARCELOS, Raphael Magalhães; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. **A nova economia institucional**: teoria e aplicações. Brasília, DF: UNB, 2003. p. 90-91.

¹⁰ MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do poder judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 42.

Nesse diapasão, ainda procurando demonstrar a necessidade de convergência entre as ciências jurídica e econômica, reitera-se que, se é verdade que a primeira tem por desiderato a harmonização das relações sociais por meio de um corpo de normas que correspondem aos valores eleitos por uma dada comunidade, também é verdade que a segunda tem por objeto a escassez dos recursos, que, por sua vez, gera desarmonia, se não solvida. É, nessa perspectiva, que seus objetos se encontram e se articulam com um objetivo em comum: a paz social por meio da distribuição, de acordo com a norma vigente, dos bens da vida.

Como bem aponta Douglass C. North, as instituições são estruturadas com vistas à redução das incertezas no que concerne às interações humanas, o que não significa, implicitamente, que os resultados sejam necessariamente eficientes, do ponto de vista puramente econômico.¹¹

A seção 2.5 apresenta elementos do direito regulatório com vistas a compor uma base para o entendimento da atividade securitária, dada a realidade econômica contemporânea e a política brasileira.

A partir do Decreto Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, institui-se, no Brasil, o Sistema Nacional de Seguros Privados, e, na sequência, o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), este último responsável pela regulação propriamente dita do setor, bem como pela criação da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), órgão controlador e fiscalizador da constituição e funcionamento das sociedades seguradoras e entidades abertas de previdência privada.

No final da década de 60, três sinistros quase quebraram o mercado – os incêndios que destruíram a TV Paulista, a fábrica de biscoitos Marilu e a fábrica da Volkswagen em São Bernardo –, o que chamou a atenção das autoridades para a necessidade de fortalecimento das seguradoras. Teve início, então, um processo de fusões e aquisições, incentivado pelo governo, que reduziu o número de seguradoras de 176, em 1970, para 97, em 1974. É, nesse contexto, que se apresenta, no país, o Direito Regulatório enquanto conceito e evolução.

A reforma administrativa ganha espaço, no Brasil, nos anos 1970, quando se opera uma revisão do papel do Estado como motor do desenvolvimento econômico

¹¹ NORTH, Douglass C. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998. p. 15: “As instituições são formadas para reduzir incertezas por meio da estruturação das interações humanas, o que não significa implicitamente que os resultados serão eficientes, no sentido dado a esse termos pelos economistas. A questão é tanto o

dos países e como interventor direto sobre o mercado, na qualidade de promotor de atividades econômicas ou em razão de sua forte presença na regulamentação das atividades privadas¹².

Em decorrência desse processo histórico, aos poucos, o Estado brasileiro foi se tornando acionista, materializando sua atuação por meio das sociedades de economia mista e, posteriormente, através de empresas públicas. As sociedades de economia mista, à época, não tinham essa denominação genérica, nem tampouco representavam um deliberado avanço do setor industrial na técnica da execução dos serviços públicos¹³.

Razões diversas, todas de ordem prática, foram propiciando ao Poder Público o ensejo de se associar a empresas particulares para o desempenho de certos serviços de natureza comercial e industrial. A inovação substancial do sistema constituiu-se no fato de o Estado se associar a empresas privadas para a realização de seus objetivos. A sociedade comercial, que já se havia revelado um importante instrumento no processo expansivo de aglutinação de pequenas parcelas de capital pelas novas técnicas de organização e de racionalização do trabalho, que começavam a ser empregadas, passou então a ser adotada pelo Poder Público, mediante variados processos de coparticipação público-privada¹⁴.

Adiante, a crise do modelo de Estado-Providência até então adotado pode ser acreditada a vários fatores. Dentre eles, talvez o mais importante tenha sido a insuficiência de recursos financeiros estatais para fazer frente às atividades, encargos e compromissos por ele assumidos e sua consequente ineficiência na prestação de serviços públicos¹⁵.

Na década de 1990, o país, frente ao contexto de estagnação econômica e crise fiscal em que se encontravam inúmeros países, é fortemente influenciado, política e economicamente, pela ideia de reforma do Estado. Torna-se praticamente um consenso a necessidade de redução da intervenção do Estado na

significado da racionalidade como as características das transações, que impedem que os atores atinjam, em conjunto, o resultado idêneo de um modelo de custo de transação zero.”

¹² MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

¹³ GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 52.

¹⁴ Ibid., p. 52.

¹⁵ MIRAGEM, op. cit., p. 25.

economia, de redefinição dos papéis a serem por ele desempenhados e de liberalização dos mercados através da privatização de empresas estatais¹⁶.

Finalmente, na seção 2.6, realizados os estudos que servem de supedâneo teórico para o exame dos contratos em tela, analisa-se a possibilidade de cobertura, por parte dos contratos de seguro de vida e de acidentes pessoais, de sinistros do tipo suicídio.

Neste tipo contratual, o seguro de acidentes pessoais, aplicam-se súmulas incidentes apenas ao seguro de vida, o que comprova a confusão promovida pelo laboratório da vida forense. Reza a Súmula 105 do STF¹⁷ que: “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro”. E a Súmula 61 do STJ¹⁸, embora de forma mais concisa, mantém o mesmo posicionamento defendido pelo STF, a saber: “O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”.

Ora, o que dizia a mais alta corte de justiça do país no período anterior a 1988, quando apreciava matéria infraconstitucional e, mais tarde, o STJ, com o igual posicionamento, estão em perfeita consonância com o que reza a doutrina majoritária em relação ao seguro de vida. Todavia, o raciocínio jurídico empregado para a solução de conflitos que envolvem essa matéria e, por consequência, a aplicação das referidas súmulas não podem ser utilizados na solução de conflitos que envolvam outros tipos contratuais, mais especificamente o contrato de seguro de acidentes pessoais.

Nesse ambiente fértil para discussões e com ampla dificuldade probatória, o legislador, em 2002, ao formular o Código Civil vigente, tenta resolver a questão através da redação conferida ao art. 798:

Art. 798. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

¹⁶ NUNES, Edson de Oliveira. **Agências reguladoras e reforma do estado no Brasil**. Brasília: Garamond Universitária, 2007. p. 33.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 105**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1994>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 61**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3607>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado.¹⁹

Contudo, a Superintendência de Seguros Privados, no exercício de sua atribuição de regulação e, notadamente, na regulamentação de tal dispositivo, incluiu-o como cláusula obrigatória em todas as modalidades de seguro de pessoas, ou seja, não apenas no seguro de vida, mas também no de acidente pessoal.

A propósito do contrato de seguro de acidentes pessoais, a cobertura de riscos de danos ao corpo ou à psique pressupõe desgraça, infortúnio accidental. Não se há de circunscrever o seu campo de atuação às lesões corporais, salvo se se partir da concepção de que toda a patologia psíquica tem causa material, o que é mais restrito do que causa física. Para tanto, como já se referiu anteriormente, há de ser o evento qualificado como fortuito, violento e externo. O resultado deve ser diminutivo, sem que seja preciso haver incapacitação, pelo menos temporária, podendo-se, todavia, restringi-lo a evento incapacitante²⁰.

O problema de estabelecimento das hipóteses de cobertura do contrato de seguro de acidentes pessoais advém da indefinição de seu conceito, que pretende configurá-lo como uma figura intermediária, misto de seguro de vida e seguro por danos. As divergências têm origem no fato de se situar sua função indenizatória mais próxima daquela própria do seguro de danos. Já em relação à pessoa, ela é colocada no mesmo plano do seguro de vida. Todavia, essa pretensa hibridação torna-se insustentável, pois se trata de uma classe à parte, como as são aquelas de dano e de vida.

Adentrando na natureza jurídica da questão, verifica-se que sua complexidade e sua grande semelhança com o seguro de vida se deve ao fato de que, ao se segurarem acidentes pessoais, segura-se também a vida, sem o que se pré-excluiu tal risco. Daí a discussão sobre a abrangência ou não do seguro de acidentes pessoais positivamente aos acidentes ou infortúnios pessoais que resultam em morte, ou se esse tipo de cobertura fica ao encargo do seguro de vida, que seria de outra espécie. Em verdade, o que ocorre é a inserção, no contrato, de cláusula

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1994>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 37.

de prestação em caso de morte, ou incapacitação permanente. Dessa forma, alude-se a um terceiro beneficiário e, se foi dito que terceiro receberia a prestação na falta do segurado, deve-se entender que o seguro contra acidente ou infortúnio abrange o acidente ou infortúnio do qual resulte incapacidade total ou morte²¹.

Assim, a grande questão subjacente ao contrato de acidentes pessoais é saber se ele abrange, ou não, coberturas que originalmente seriam pertinentes ao contrato de seguro de vida. Para Pontes de Miranda, trata-se de questão de interpretação de *lex specialis*, se ela existe, ou de interpretação do contrato que se concluiu. Se não houver regras jurídicas especiais ou cláusulas contratuais, têm-se de invocar, em conformidade com as consequências do evento, as regras jurídicas concernentes a cada tipo de contrato. Todavia, há apenas uma certeza: o evento infortunistico de que proveio a morte, há de ter sido provocado por causa externa e violenta, razão pelo qual, em que pese se tratar de morte, não é devido o seguro se a morte resultou de evento interno ou não violento²².

As reflexões aqui desenvolvidas são, na sequência, convocadas como instrumento para a busca de resposta ao problema jurídico formulado, ancorando-se em elementos empíricos para chegar a uma conclusão, ainda que, infelizmente, ela careça de dados fáticos, eis que o mercado os desconhece. A esse respeito, lembra-se a frase de Gustavo Loyola: “*No Brasil, até o passado é incerto.*”

2.2 Noções Gerais sobre os Contratos de Seguro de Vida e Acidentes Pessoais

“A vida é cheia de obrigações que a gente cumpre por mais vontade que tenha de as infringir deslavadamente” (Machado de Assis).

A presente seção tem por objetivo eliminar eventuais assimetrias de informação, seja o leitor um conhecedor da matéria ou um mero iniciante. Em razão disso, alinham-se noções para um melhor entendimento dos objetivos deste trabalho, fornecendo e atualizando conceitos a partir da experiência bibliográfica aqui vivenciada, com vistas à compreensão do encaminhamento das reflexões desenvolvidas em direção às conclusões deste trabalho.

²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 39.

²² Ibid., p. 40.

Em tal contexto, parece adequado adentrar no tema via definição de contrato de seguro em sentido *lato*, eis que os contratos de seguro de vida e de acidentes pessoais são espécies pertencentes a esse gênero.

O contrato de seguro é, segundo Pontes de Miranda, atinente ao direito privado, pois, mesmo na hipótese de “publicização” da companhia de seguros, também se submete o próprio seguro ao direito público²³. Tal assertiva, não obstante, merece maiores esclarecimentos, pois, à primeira vista, poder-se-ia pensar que, pelo fato de uma seguradora pertencer ao Estado, teria suas ofertas de contrato submetidas a regras especiais.

Tal interpretação seria equivocada, pois o doutrinador, ao utilizar o termo “publicização”, está a tratar de autarquias, pessoas administrativas revestidas de personalidade de Direito Público²⁴. Ao contrário, sociedades de economia mista e empresas públicas que se dedicarem ao mercado securitário, possuem natureza privada, em que pese haja participação acionária estatal, predominante ou exclusiva, respectivamente²⁵.

Assim, elas devem observar, do mesmo modo que seus pares genuinamente privados, as normas estabelecidas para o regramento dos contratos de seguro em geral, eis que podem receber apenas qualificação para o exercício de atividades públicas, não, porém, para titularizar tais atividades²⁶.

Por outro lado, as normas jurídicas que regulam a atividade securitária, dizendo respeito a atos permissivos do Estado e à fiscalização das sociedades seguradoras, são atinentes ao direito público²⁷, como se pode verificar pelo Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, que, entre outras determinações, confere à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) a atribuição de fiscalização das ações das seguradoras no mercado, bem como a competência para a expedição de normas reguladoras das contratações securitárias.

Na década de 1990, frente ao contexto de estagnação econômica e crise fiscal em que se encontravam inúmeros países, o Brasil foi fortemente influenciado, política e economicamente, pela ideia de reforma do Estado. Tornou-se

²³ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 271.

²⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 102.

²⁵ *Ibid.*, p. 111 e 114.

²⁶ *Ibid.*, 1998, p. 102.

²⁷ PONTES DE MIRANDA, *op. cit.*, p. 272.

praticamente consensual o posicionamento em prol da redução da intervenção do Estado na economia, da necessidade de redefinição dos papéis a serem desempenhados pelo Estado e da liberalização dos mercados através da privatização de empresas estatais²⁸.

Nesse cenário, determinada a natureza das normas que regem os contratos securitários, parece pertinente refletir sobre a definição de contrato de seguro em sentido *lato*. Na visão de Pontes de Miranda, trata-se de:

[...] contrato pelo qual o segurador se vincula, mediante pagamento de prêmio, a ressarcir ao segurado, dentro do limite que se convencionou, os danos produzidos por sinistro, ou a prestar capital ou renda quando ocorra determinado fato, concernente à vida humana, ou ao patrimônio²⁹.

Tal definição parece esclarecer, por si só, a conceituação de contrato de seguro. Não é fácil, entretanto, chegar a essa noção precisa, devido ao apego dos doutrinadores ao Direito Romano, que não previa a existência dessa espécie de contrato, havendo sido cogitado seu enquadramento no contrato de mútuo, ou no de compra-e-venda, segundo o posicionamento dos diferentes autores³⁰.

Atualmente, admitindo-se a singularidade e autonomia do contrato de seguro, sua definição está ligada à sua finalidade, qual seja a de conferir a alguém a tutela contra os danos produzidos por sinistro, acontecimento futuro e incerto que, às vezes, tem como incerto apenas o momento de sua ocorrência³¹.

A esse respeito, Pedro Alvim afirma que o contrato de seguro é aquele em que o segurador assume a responsabilidade pelas consequências do risco. O prêmio corresponde à contraprestação do segurado, ao preço a ser pago por ele para se livrar das consequências do risco. O segurador só se responsabiliza pelo risco determinado: nas condições dos contratos de dano, por uma indenização; e, na dos contratos de pessoa, por uma soma prevista³².

²⁸ NUNES, Edson de Oliveira. **Agências reguladoras e reforma do estado no Brasil**. Brasília, DF: Garamond Universitária, 2007. p. 33.

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 272-273.

³⁰ *Ibid.*, p. 278.

³¹ *Ibid.*, p. 283.

³² ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 113-114.

Os elementos obrigacionais constantes, que conferem identidade própria aos contratos de seguro, são o prêmio, a ser adimplido pelo segurado, e o capital segurado, obrigação do segurador.

O prêmio, denominação atribuída à prestação a que se obriga o segurado quando da contratação do seguro, constitui-se na soma em dinheiro a ser paga ao segurador de forma una ou periódica, em razão da assunção, por parte deste, do risco daquele³³.

Andrea Signorino, ao conceituar prêmio, opera com uma subdivisão do conceito. Para a autora, o prêmio, em sentido *lato*, corresponderia à contraprestação que paga o segurado em razão da assunção do risco, por parte do segurador, no caso de perfectibilização do sinistro coberto. É, assim, a soma de valores pecuniários que o segurado deve pagar com o fito de obter o direito à respectiva cobertura, ou seja, à indenização convencionada, a cargo do segurador. O prêmio puro seria o valor total do risco, segundo hipóteses estatística e financeira: a estatística indica a totalidade de capital necessária aos pagamentos devidos aos segurados, segundo a experiência obtida; a financeira determina o possível interesse por sua inversão prudente ou racional. O prêmio bruto, cabe mencionar, trata-se do prêmio puro, acrescido dos custos de venda, de administração, e dos impostos, entre outros.³⁴

Já o segurador, ao assumir o risco, mediante o adimplemento do prêmio, obriga-se a adimplir, dependendo da espécie de seguro contratado, indenização ou benefício ao beneficiário, que pode ser o próprio segurado ou terceiro, por este indicado.

Parece pertinente aqui mencionar a concepção de contrato defendida por Rachel Sztajn e Decio Zylbertszajn. Os autores acreditam que a essência econômica do contrato seja o ato performativo da promessa, o que, certamente, se aplica ao contrato de seguro, constituindo-se em seu próprio modo de funcionamento. Ao analisarem o fenômeno contratual, os autores afirmam que os indivíduos realizam investimentos e fazem surgir o pleno potencial das trocas da

³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 312.

³⁴ SIGNORINO, Andrea Barbat. **Estudios de derecho de seguros**. Montevideo: La Ley, 2016. p. 449-451.

especialização com base na redução dos custos da transação associados a riscos futuros de ruptura de promessas.³⁵

Definido e caracterizado o contrato de seguro, passa-se a tratar das espécies de contrato de seguro que são objeto do presente estudo – os de vida e os de acidentes pessoais –, a partir do estabelecimento de suas distinções no que concerne à tipicidade, à formalidade, à onerosidade, à bilateralidade, à aleatoriedade, entre outras, analisando suas características para posterior e necessário cotejamento.

Há várias modalidades de contratos de seguro de vida. Centra-se, não obstante, a atenção, única e exclusivamente, nos contratos de seguro de vida por morte em favor de terceiro, paradigma para o tratamento das questões de sinistro do tipo suicídio, e, nos de acidentes pessoais, notadamente no que concerne ao seu campo regulatório.

O contrato de seguro de vida em favor de terceiro, configura a relação jurídica estabelecida entre as duas partes, na qual o segurado, mediante o adimplemento de um prêmio, entrega ao segurador, justamente pela assunção do risco, a álea de sinistro morte, pelo qual o segurador se compromete, na hipótese de ocorrência de tal sinistro, pelo pagamento do capital segurado, em espécie, a(os) beneficiário(s) indicado(s) pelo segurado, ou, em sua falta, aos indicados pela lei, em especial, pelo art. 792³⁶ do Código Civil Brasileiro.

Tal contrato, dito típico, encontra assento e disciplina no sistema do Código Civil Brasileiro, arts. 757 a 802, posto que os contratantes, ao realizarem um ajuste neste tipo contratual, adotam, implicitamente, as normas legais que presidem o seu arcabouço, sendo correto afirmar que tais normas são de natureza supletiva e, não, imperativa, mas, nem por isso, de aplicação menos frequente³⁷.

Nos tempos atuais, entretanto, assiste-se a uma intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas, especialmente em searas contratuais nunca antes

³⁵ ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel. **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005. p. 104.

³⁶ Art. 792. Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário, ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita, o capital segurado será pago por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e o restante aos herdeiros do segurado, obedecida a ordem da vocação hereditária. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1994>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3, p. 34-35.

abordadas pelo legislador. A liberdade contratual passou a ser encarada de forma mais amena, pois se reconhece que os pressupostos indispensáveis para a própria formulação do conceito de contrato – liberdade e igualdade formal – não são mais suficientes na contratação de massa³⁸.

O contrato em exame é classificado como oneroso, pois os contratantes têm como meta vantagem pessoal, em nome da qual, um procura o outro³⁹. Ademais, a contraprestação determina a onerosidade⁴⁰. O contrato de seguro de vida se inclui nesse tipo, uma vez que o segurado, ao aceitar a proposta do segurador, aguarda retorno, ainda que em momento posterior.

Em relação à formalidade, o contrato de seguro de vida se enquadraria nessa classificação pelo fato de haver uma série de instrumentos normativos determinando sua forma de expressão, pois, em que pese o Código Civil estabelecer, em seus arts. 758, 759 e 760⁴¹, apenas a necessidade de sua redução à forma escrita, há outros instrumentos normativos que o regulamentam⁴².

Esse fato precisa ser frequentemente enfatizado, visto que, por questões pragmáticas, este tipo de contrato, que seria consensual, tem-se solenizado, segundo várias circulares emitidas pela Superintendência de Seguros Privados

³⁸ “A intervenção do Estado nas relações jurídicas privadas, em searas contratuais nunca antes tocadas pelo legislador se mostrou relevante. A liberdade contratual passa a ser encarada de forma mitigada, pois se reconhece que os pressupostos indispensáveis para a formulação do conceito contratual (liberdade e igualdade - formal - entre contratantes), não mais eram suficientes na contratação de massa.” NALIN, Paulo R. Ribeiro. *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 199-200.

³⁹ “[...] son aquellos en que cada uno de los contratantes persigue una ventaja personal, en cambio de la que él procura al outro”. COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H. **Curso elemental de derecho civil**. 3. ed. Madrid: Reus, 1951. p. 604.

⁴⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 369.

⁴¹ Art. 758. O contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio.

Art. 759. A emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com a declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco.

Art. 760. A apólice ou o bilhete de seguro serão nominativos, à ordem ou ao portador, e mencionarão os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio devido, e, quando for o caso, o nome do segurado e o do beneficiário.

Parágrafo único. No seguro de pessoas, a apólice ou o bilhete não podem ser ao portador. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1994>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

⁴² SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS (SUSEP). **Circular SUSEP nº 438, de 15 de junho de 2012**. Dispõe sobre o sistema de Registro Eletrônico de Produtos aplicável aos mercados de seguros, resseguros, previdência complementar aberta e capitalização, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=29568>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

(SUSEP), em consonância com a competência regulamentadora que lhe é atribuída pelo Decreto-lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966.

Atualmente, os contratos de seguros privados têm sua comercialização regida pela Circular SUSEP n.º 438, de 15 de junho de 2012, e, especificamente o contrato de seguro de vida, pela Circular SUSEP nº 302, de 17 de setembro de 2005.

Tais instrumentos estabelecem as normas para a aprovação de apólices, bem como para sua posterior comercialização. Uma das exigências é o esclarecimento das condições de contratação, tanto no que concerne à aplicação de princípios gerais de direito, à da recente lei consumerista, que traz como ditame basilar a informação ao consumidor. Outra razão a ser apontada é a necessidade de comprovação do modo de constituição da relação jurídica, eis que, no mais das vezes, terceiros, que não figuram a relação contratual, são os beneficiários da indenização.

Assim, a caracterização do contrato de seguro de vida parece ser a mais intrigante, eis que, no sistema brasileiro, vige como regra vinculante a consensualidade contratual. Cabe comentar ainda que, mesmo se exigindo forma solene, o requisito, por si só, não se constitui em justificativa para o vínculo, visto que esse não reside na solenidade⁴³. É importante, portanto, o afastamento da concepção romana de essencialidade da forma para perfectibilização do contrato.

A propósito, estreitamente ligado a essa concepção romana de solenidade, Pontes de Miranda afirma, em seu Tratado, que o contrato de seguro é do tipo consensual⁴⁴, entrando, todavia, em contradição, ao referir que o contrato de seguro deve ser reduzido à forma escrita e ao justificar tal requisito apenas por seu caráter probatório⁴⁵.

O Código Civil atual, notadamente em seu art. 758⁴⁶, parece adotar a solução proposta por Pontes de Miranda, ao afirmar que, para a cobrança do adimplemento

⁴³ “[...], assim excepcionalmente o direito moderno exige, às vezes, além do consenso, um requisito de forma (e é sempre a forma escrita e nunca a pronúncia de palavras solenes) não para a validade, mas para a própria existência da relação contratual (como, por exemplo, a escritura pública para a doação, um escrito especial para o contrato de letra de câmbio etc.). Mas nem mesmo quando se exige a forma solene, o requisito só por si se eleva a causa justificativa do vínculo, visto que esta não reside na solenidade.” RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3, p. 308.

⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 298.

⁴⁵ Ibid., p. 316.

⁴⁶ Art. 758. O contrato de seguro prova-se com a exibição da apólice ou do bilhete do seguro, e, na falta deles, por documento comprobatório do pagamento do respectivo prêmio. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:

de capital do segurador por parte do beneficiário, não se faz necessária a juntada da apólice de seguro, mas a de documento, como, por exemplo, a proposta de subscrição do plano de seguro ou a prova do pagamento do prêmio, demonstrando que o extinto segurado possuía relação contratual com a seguradora, ou seja, que o contrato se havia perfectibilizado pelo cumprimento daquele ato.

Como assevera Luciano Timm, o sistema capitalista exigiu a intensificação das trocas e, conseqüentemente, a facilitação dos negócios. A liberdade de forma presta-se à diminuição de custos de transação, pois facilita a aproximação das partes e a conclusão de contratos simples.⁴⁷

Em relação às obrigações, o contrato de seguro de vida é do tipo bilateral ou sinalagmático, caso em que ambas as partes assumem obrigações quando da contratação⁴⁸. Embora não haja maiores dificuldades no entendimento de tal conceituação, no campo pragmático dos efeitos é que se destaca sua importância, pois nele reside a *exceptio non adimplementi contractus*, ou seja, nesse tipo de contrato as obrigações são recíprocas, podendo se depreender que, se uma das partes não cumpre sua obrigação, a outra não está obrigada a responder pela sua própria⁴⁹. Aliás, este princípio é recepcionado pelo sistema brasileiro de forma positivada no Código Civil, em seu art. 476⁵⁰.

Especialmente em relação ao contrato de seguro, o art. 763 estabelece que “não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”. A questão, todavia, não pode ser tratada, de forma atenta e absoluta, atendendo apenas à literalidade de sua redação.

O inadimplemento, como bem aponta Marcos Catalan, consiste na situação objetiva de não desempenho da prestação prometida, ou seja, no caso em que ela

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1994>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

⁴⁷ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas: 2012. p. 172.

⁴⁸ ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 65.

⁴⁹ “Se desprende de esto, principalmente, que si una de las partes no cumple su obligación, la otra no esta obligada a ejecutar la suya propia [...]”. COLIN, Ambrosio; CAPITANT, Henri. **Curso elemental de derecho civil**. 3. ed. Madrid: Reus, 1951. p. 604.

⁵⁰ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1994>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

tenha se tornado impossível, ou em que não tiver sido efetuada no momento devido, tornando-se inútil para o credor⁵¹.

Como bem observa o autor, deve-se ficar atento ao fato de que, ao contrário do que ocorre nas situações de impossibilidade definitiva, a temporária não exonera o devedor, que continuará obrigado ao adimplemento, podendo ser compelido ao seu pagamento tão-logo desapareça a situação impeditiva, acompanhado do dever de reparar, quando pertinente⁵².

Em tal contexto, tão bem apurado por Marcelo Vicenzi, ao discorrer sobre o princípio da conservação na seara do adimplemento, fica determinado que, na dúvida frente aos diferentes sentidos, deve o contrato ser interpretado com foco naquele do qual possa advir qualquer efeito, antes que se constitua outro sem efeito algum. Deve-se, assim, dar prevalência ao sentido utilitário da declaração de vontade em relação àquele inútil, valorizando deste modo a autonomia das partes contratantes. Assim, frustrado o primeiro momento interpretativo, caracterizado por normas positivas, impõe-se ao intérprete, ainda mais resolutamente, buscar enquadrar o contrato na totalidade do ambiente social, apreciando-se em sua conformidade com as típicas manifestações da autonomia privada, de modo a conservar os valores nele perspectivados.⁵³

Ainda em tal contexto, considera-se valiosa a contribuição de Judith Martins-Costa. A jurista, ao comentar a limitação de direitos subjetivos e formativos, afirma que, assim como ocorre a criação de deveres, pode verificar-se, pela incidência da boa-fé objetiva, a limitação de direitos subjetivos ou de formativos. Isso acontece, por exemplo, quando a boa-fé afasta o exercício do poder formativo extintivo de resolução, em face do adimplemento substancial da obrigação⁵⁴.

Cabe ainda destacar a existência de interesses coletivos dignos de tutela nas relações contratuais que não devem, em hipótese alguma, ser ignorados pelo paradigma do Direito e da Economia. O bem estar social, em uma relação contratual individualizada, somente pode ser identificado na comparação com a estrutura do

⁵¹ CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 133.

⁵² COLIN, Ambrosio; CAPITANT, Henri. **Curso elemental de derecho civil**. 3. ed. Madrid: Reus, 1951. p. 137.

⁵³ VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**: ponderação de interesses e solução de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 150-151.

⁵⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil, do direito das obrigações**: do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5, p. 40.

mercado subjacente ao contrato que está sendo celebrado. Recuperando a metáfora de José Reinaldo de Lima Lopes, assinala-se que o contrato individualizado é a árvore, e o espaço público do mercado, acompanhado do conjunto de interações sociais, a floresta.

Em operações de seguro, é necessária a geração de um grande número de contratos análogos, de forma a se constituir um fundo que possa contemplar o fundo coletivo que deve suportar o interesse de todos e cuja satisfação e segurança dependem, em larga medida, da preservação e do cumprimento dessa rede contratual. Adequada, ainda, a expressão criada por Ayrton Pimentel e adotada pelo mercado securitário para a mutualidade envolvida no negócio jurídico para referir a figura por ele nominada, do “consumidor invisível”.⁵⁵

Nesse contexto, são bastante esclarecedores os ensinamentos de Coase, que, ao desenvolver a “teoria da firma”, diz que esta representa uma forma alternativa para a organização da produção, manifesta através das transações de mercado. No interior da firma, as barganhas individuais entre os vários setores de produção são eliminadas; substitui-se, no mercado, a transação por uma decisão corporativa. Essa realocação da produção ocorre sem que seja necessária a barganha entre os proprietários dos fatores de produção, sempre vislumbrando a firma como um “feixe de contratos”.⁵⁶

Nessa direção, a Circular SUSEP n.º 302, de 17 de setembro de 2005, tendo em vista a conservação do contrato em caso de inadimplementos parciais e, de igual forma, de adimplementos substanciais, prevê soluções de acordo com o percentual de pagamento realizado, conforme o disposto em seu art. 46, § 4º.⁵⁷

Sobre esse tema, Ovídio Baptista da Silva agrega importante contribuição, ao ressaltar que o seguro privado se segmenta em dois grandes grupos: o denominado seguro a prêmio fixo e o seguro mútuo, que se distinguem e caracterizam pela forma

⁵⁵ TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva vs eficiência econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 876, p. 28-29, out. 2008.

⁵⁶ COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, [S.l.], p. 14, out. 1960.

⁵⁷ Art. 46. Caso o plano preveja o fracionamento do prêmio, o critério adotado deverá constar das condições gerais.

§ 1º a 3º - *Omissis*.

§ 4º Configurada a falta de pagamento de qualquer uma das parcelas subseqüentes à primeira, o prazo de vigência da cobertura será ajustado em função do prêmio efetivamente pago, observada, no mínimo, a fração prevista na tabela de prazo curto especificada a seguir: SUPERINTENDÊNCIA

diversa como administram as reservas formadas por seus participantes. O primeiro tem finalidade lucrativa sem, todavia, perder a sua função depositária do fundo comum, caracterizando-se como uma relação jurídica preponderantemente bilateral, ainda que fundada na ideia de mutualismo; o segundo não é explorado por um administrador estranho ao conjunto dos segurados, mas, sim, gerido por uma entidade civil de natureza não-lucrativa, constituída pelos próprios segurados, em regime cooperativo e sob a forma de auto-seguro.⁵⁸

Em relação à reciprocidade de obrigações, o contrato de seguro de vida é paradigma do tipo aleatório, pois não há franca relação entre o prêmio pago pelo segurado e a indenização que o beneficiário recebe na hipótese de sinistro morte. Por outro lado, esse contrato fica adstrito à condição resolutiva, qual seja o evento morte, que não possui data certa. O segurador trabalha, assim, com bases atuariais, assumindo o risco do segurado com forte supedâneo científico.

Com razão, Ambrosio Colin e Henri Capitant afirmam, em sua obra, que as companhias seguradoras agrupam segurados, organizando-se de forma escorada na mutualidade, e pagando, com os prêmios por ele entregues, os capitais segurados aos beneficiários⁵⁹, pelo que, em realidade, correm risco de forma racionalizada. Ruggiero, todavia, ressalva que, ainda que o acaso determine uma perfeita paridade entre vantagens e prejuízos para ambas as partes, nem, por isso, o contrato se transforma de aleatório em comutativo. O cerne para a sua caracterização como aleatório é o risco que cada um assume, não podendo prever, no momento da contratação, sobre qual das partes ele recairá⁶⁰.

Angélica Carlini, ao falar sobre o tema, destaca que a estrutura empresarial de sustentação da atividade do seguro tem início nos cálculos atuariais, responsáveis pela determinação dos valores necessários à formação do fundo mutual e do montante da contribuição do segurado.⁶¹

DE SEGUROS PRIVADOS (SUSEP). **Circular SUSEP nº 302 de 19/09/2005**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=10561>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

⁵⁸ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **O seguro e as sociedades cooperativas**: relações jurídicas comunitárias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69.

⁵⁹ “La compañía se contenta con agrupar a los asegurados, con organizar entre ellos una mutualidad y, com las primas entregadas por ellos, pagar las indemnizaciones a las víctimas de los siniestros” COLIN, Ambrosio; CAPITANT, Henri. **Curso elemental de derecho civil**. 3. ed. Madrid: Reus, 1951. p. 613.

⁶⁰ RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3, p. 316.

⁶¹ CARLINI, Angélica. Direito, economia e contratos de seguro. In: CARLINI, Angélica; Saraiva Neto, Pery. (Org.). **Aspectos jurídicos dos contratos de seguro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 137.

Não se pode negar que viver significa estar exposto a riscos, à aleatoriedade. Esta característica resta ainda mais evidente quando se refere ao mundo dos negócios e à realidade da vida cotidiana. A insegurança se apresenta como um dos efeitos colaterais da industrialização e da complexificação das relações sociais contemporâneas, tornando ainda maior a necessidade de segurança em relação ao patrimônio. Trata-se, segundo o sociólogo Ulrich Beck, de uma *Sociedade do Risco*, pois, em seu entendimento, vive-se em um mundo fora de controle⁶².

Nesse contexto, o risco é o primeiro fator que se deve ter em mente, ao se pensar o contrato de seguro: risco de acidentes, de infortúnios, de perdas no exercício de atividade econômica, enfim, risco de sofrer prejuízos de ordem material. Mas esse risco não se confunde com a incerteza, quando ele for considerado como estatisticamente mensurável, quantificável. Nas palavras de Ernesto Tzirulnik, Flávio de Queiroz Cavalcanti e Ayrton Pimentel, o risco, ao contrário da incerteza, que se constitui em “[...] um sentimento humano imensurável [...]”, é um dado social objetivo⁶³.

Fernando Galiza define os riscos puros como aqueles que só produzem perdas. Esses riscos podem ser retidos, quando o agente econômico os assume como eles são, sem modificá-los, mas adotando medidas de redução, que não alteram a probabilidade de perda, mas a reduzem em razão das medidas de cautela⁶⁴.

As contribuições aportadas pelos diferentes autores analisados podem ser transformadas em estratégias decisivas para o exame de viabilidade da contratação do seguro, como se pode ver:

Quadro 1 - Estratégias Diante de Riscos Puros

Tipos/Grau de Risco	Estratégias Recomendadas ao Investidor	Exemplos de Aplicação
• Risco severo de perdas elevadas	Não realização da negociação, pois o risco de perdas elevadas deve	Venda imediata do bem, evitando todo e qualquer risco de perda.

⁶² BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo?** Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: UNESP, 2003. p. 113-117.

⁶³ TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro**: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

⁶⁴ GALIZA, Fernando. **A economia do seguro**: uma introdução. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1997. p. 27.

	ser evitado.	
• Risco reduzido de perdas	Realização da negociação, tomando as devidas precauções para não colocar em jogo grande quantidade de bens e evitar perdas.	Adoção de formas estratégicas de atuação (formação de fundos, entre outros), que protejam as perdas.
• Risco com perdas reduzíveis	Realização da negociação, privilegiando medidas que reduzam as possibilidades de perdas.	Efetivação das melhorias necessárias à redução de perigos, alterando as probabilidades de perdas.
• Risco com perdas transferíveis	Realização de investimento na contratação de seguros, para evitar as possíveis perdas.	Aquisição de seguro que proteja contra o risco de perdas.

Fonte: Mehr (1980) apud Fernando Galiza.⁶⁵

Ainda sobre riscos, chama-se a atenção para a relevante contribuição aportada por Délton Winter de Carvalho, ao mencionar que a sociedade, inserida em um contexto de alta complexidade e vivenciando uma transição entre paradigmas, adota um modelo multifacetado e pluralista, que pode ser descrito a partir de inúmeros ângulos teóricos de observação, permitindo diferentes visões sobre um mesmo fenômeno. A sociedade contemporânea, qualificada como globalizada, de risco, pós-moderna, pós-industrial etc.⁶⁶, traduz-se pela convivência com a diferença e, consequentemente, com o risco.

André Rafael Weyermüller, em um resgate histórico da noção de risco, verifica que esse conceito sequer existia na Idade Média. Só posteriormente, ele começou a ser empregado pelo sistema bancário, ao incluir a noção de tempo no cálculo dos custos e consequências de transações bancárias que financiaram as grandes navegações marítimas, partindo, sobretudo, da Península Ibérica, em virtude do domínio de novas técnicas relacionadas à navegação, a exemplo da Escola de Sagres, em Portugal. Frente à sua origem, fica evidente que a noção de risco é inseparável das ideias de probabilidade e de incerteza. Nos dias atuais, porém, o conceito de risco ampliou-se e tornou-se mais complexo, marcando presença no desenvolvimento de uma multiplicidade de temáticas, principalmente, naquelas

⁶⁵ Ibid., p. 27.

⁶⁶ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 31.

concernentes à escolha entre múltiplas opções para a tomada de uma decisão. Toda a decisão implica correr riscos frente às incertezas, eis que não existe nenhuma conduta livre de risco.⁶⁷

Nesse contexto, parece importante frisar que o seguro sempre atua com riscos pretéritos, já conhecidos, cujas informações são objeto de análise por parte do atuário, profissional cuja formação tem por objeto a análise e a gestão de riscos.

Os autores também enfatizam as limitações do Direito em relação ao exame do desconhecido, eis que a dogmática jurídica se baseia no passado, na repetição, não sendo plenamente capaz de regular a problemática da sociedade atual, globalizada⁶⁸.

No que concerne à operação de seguros, Andrea Signorino, após a realização de uma consistente análise dos conceitos referentes aos riscos jurídicos e econômicos, sintetiza suas reflexões sobre o tema da seguinte maneira:

Em suma, podemos dizer que o risco é a contingência ou aproximação de um dano, é um acontecimento ou modificação do mundo exterior, incerto quanto a sua produção ou quanto ao momento de sua concretização. Esta última é o que se passa nos seguros de vida que cobrem o risco de falecimento: este evento é certo que ocorre, mas se desconhece o momento de sua ocorrência.⁶⁹

Em relação à execução do contrato, cumpre apreciar a sucessividade, eis que se guarda o risco do segurado mediante cada adimplemento de prêmio, ficando a obrigação do segurador sob condição, até que ele se resolva com o evento morte.

Finalmente, em relação ao contrato de seguro de vida, destaca-se, ainda, o fato de ele ser do tipo adesão, ou seja, de se tratar de um contrato cujas cláusulas não provêm de um debate entre as partes, mas do fato de uma delas, *in casu*, o segurado, aceitar tacitamente as condições estabelecidas pela outra. A aceitação do

⁶⁷ WEYERMÜLLER, André Rafael. **Direito ambiental e aquecimento global**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 46.

⁶⁸ Ibid., p. 170.

⁶⁹ SIGNORINO, Andrea Barbat. **Estudios de derecho de seguros**. Montevideo: La Ley, 2016. p. 454. “Em suma, podemos decir que el riesgo pues es la contingencia o proximidade de um dano, es un acontecimiento o modificación del mundo exterior, incierto em cuanto a su producción misma o em cuanto al momento de su concreción. Estou último es lo que sucede em los seguros de vida que cubren el riesgo de fallecimiento: est es seguro que ocurra, pero se desconoce el momento de su ocorrência.

oblato se dá de forma pura e simples, não comportando, em regra geral, exceções pessoais⁷⁰.

Nelson Nery Júnior, ao comentar tal característica, tratada especificamente pelo art. 54 do CDC, afirma que o contrato de adesão não se configura como uma categoria contratual autônoma, mas pela utilização de técnica, empregada em sua estruturação, que pode ser aplicada a qualquer categoria de contrato, sempre que seja buscada a rapidez na efetivação da relação contratual.⁷¹

Uma vez apreciado o contrato de seguro de vida, passa-se a examinar o terreno pantanoso, referente ao contrato de seguro de acidentes pessoais. Com a presença de várias características do contrato de seguro de vida, com o qual se assemelha, o contrato de acidentes pessoais é, igualmente, típico, oneroso, formal, bilateral, aleatório, sucessivo e do tipo adesão. Entretanto, ao analisar o seu conceito, destacam-se, na sequência, apenas as suas especificidades.

O contrato de acidentes pessoais é aquele em que o segurado, mediante o pagamento de prêmio, desloca para o segurador os riscos de ocorrência de acidente pessoal, via comprometimento deste com a adimplência da indenização ao seu beneficiário⁷². Esta figura pode se constituir no próprio segurado, em caso de acidente em que sobreviva, ou em um terceiro, em caso de morte⁷³.

No que concerne à individualização, em que pese esse tipo de contrato já ter sido incluído na classe dos seguros de dano e, ainda, na de seguros de vida, trata-se, verdadeiramente, de uma classe à parte, eis que o objeto de sua cobertura é diferenciado, qual seja sinistro, provocado por evento violento, externo e fortuito, do qual resulte invalidez total ou parcial permanente, ou morte, dependendo do estabelecido no contrato concreto⁷⁴.

A esse respeito, Pontes de Miranda posiciona-se em favor da individualização do contrato de acidentes pessoais, pois acredita ser insustentável a misticidade

⁷⁰ PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3, p. 43-44.

⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 300.

⁷² ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 248.

⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 41.

⁷⁴ Ibid., p. 38.

deste tipo contratual, bem como sua inclusão na classe dos seguros de dano ou de vida.

Torna-se, desta forma, relevante refletir sobre o conceito de acidente pessoal, tal como é configurado pelo Conselho Nacional de Seguros e Previdência, inserido na Resolução CNSP n.º 117, de 22 de dezembro de 2004⁷⁵, a saber:

Art. 5º Considerar-se-ão, para efeitos desta Resolução, os conceitos abaixo:

I - acidente pessoal: o evento com data caracterizada, exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário, violento, e causador de lesão física, que, por si só e independente de toda e qualquer outra causa, tenha como consequência direta a morte, ou a invalidez permanente, total ou parcial, do segurado, ou que torne necessário tratamento médico, observando-se que:

incluem-se nesse conceito:

a.1) o suicídio, ou a sua tentativa, que será equiparado, para fins de indenização, a acidente pessoal, observada legislação em vigor;

a.2) os acidentes decorrentes de ação da temperatura do ambiente ou influência atmosférica, quando a elas o segurado ficar sujeito, em decorrência de acidente coberto;

a.3) os acidentes decorrentes de escapamento acidental de gases e vapores;

a.4) os acidentes decorrentes de seqüestros e tentativas de seqüestros; e

a.5) os acidentes decorrentes de alterações anatômicas ou funcionais da coluna vertebral, de origem traumática, causadas exclusivamente por fraturas ou luxações, radiologicamente comprovadas.

Na perspectiva deste conceito de acidente pessoal, o evento acidente é aquele fortuito, involuntário, violento e externo, o que exclui, logicamente, tudo o que resulta de ato positivo ou negativo, voluntário, do interessado. Já a externalidade impõe que se deixe de fora tudo o que provém do íntimo da pessoa⁷⁶.

Deste modo, o evento a que se condiciona o adimplemento de indenização por parte do segurador, de acordo com a referida norma, é o acidente, sendo essa expressão limitada em seu significado original.

Nesse contexto, a inclusão do evento suicídio no conceito de acidente pessoal, ou, ao menos, sua equiparação a ele, é uma deliberação um tanto curiosa, e, mesmo, incoerente, visto que não se trata de evento externo, pois tem origem na própria pessoa,

⁷⁵ CONSELHO NACIONAL DE SEGUROS PRIVADOS (CNSP). **Resolução CNSP nº 117 de 22/12/2004**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=101020>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

⁷⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 42.

valendo o mesmo para a involuntariedade, que, no caso, não se aplica, pois é decorrente da vontade da pessoa, ainda que subtraída de sua normalidade.

A esse respeito, parece oportuno examinar a referida norma sob a ótica dos ensinamentos de Norberto Bobbio⁷⁷, para quem a completude do ordenamento jurídico passa pela teoria da norma geral exclusiva. Segundo o autor, ao lado de toda norma particular proibitiva, haveria uma norma geral exclusiva, posto que, ao se proibir determinada conduta, todas as demais estariam permitidas, constituindo-se essas em matéria da norma geral exclusiva.

No caso em concreto, a Resolução CNSP n.º 117/2004 estabelece todas as hipóteses de cobertura do seguro de acidentes pessoais e explicita as proibições quanto à colocação de sinistros indenizáveis. Assim, caberia uma interpretação cuidadosa do referido instrumento normativo sob o prisma da teoria da norma geral exclusiva, visto que tanto as hipóteses passíveis de cobertura, quanto as negativas de cobertura encontram-se positivadas.

A referida teoria encontra dificuldade de aplicação nas hipóteses em que, existente a norma particular, não há previsão positivada para as situações ali não enquadradas como proibidas. Cabe, então, ao intérprete optar por uma entre as duas soluções possíveis: o enquadramento da questão na hipótese de norma geral exclusiva, dando como permitido o comportamento não previsto abstratamente pela norma, ou a aplicação da analogia para a composição de eventual conflito, surgido em razão do vácuo, alternativa essa fornecida pelos sistemas jurídicos modernos, especialmente o brasileiro, vide art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, o que não se encontra no estudo em pauta, pois, no caso em concreto, a própria norma apresenta a solução, não se prestando ao caso, evidentemente, a aplicação de analogia, posto que a solução já foi apontada pela norma de caráter público, vinculada às companhias seguradoras.

Em relação à tipicidade do seguro de acidentes pessoais, tanto o Código Civil Brasileiro, quanto a Resolução CNSP n.º 117/2004 conferem-lhe tal característica. Com esse propósito, aliás, a referida resolução estabelece regras de comercialização, hipóteses de cobertura, atribuindo-lhe, inclusive, forma.

Sobre suas demais características, não se fazem maiores comentários, eis que, *mutatis mutandis*, os já realizados a respeito do seguro de vida são

⁷⁷ “O raciocínio seguido por esses autores pode ser resumido assim: uma norma que regula um comportamento não só limita a regulamentação e, portanto, as consequências jurídicas que desta regulamentação derivam para aquele comportamento, mas ao mesmo tempo exclui daquela regulamentação todos os outros comportamentos.” BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1997. p. 132-139.

perfeitamente aplicáveis ao seguro de acidentes pessoais. Todavia, longe se está do esclarecimento do tema, pois, apenas através de sua caracterização, não se chega a uma conclusão sobre as possibilidades de cobertura do sinistro do tipo suicídio pelo contrato de seguro de acidentes pessoais.

Ao longo do texto, questões como a base principiológica dos contratos e a intervenção estatal na esfera contratual vem sendo mencionadas. Tais estudos são fundamentais para o exame de institutos contemporâneos atinentes ao Direito Civil, motivo pelo qual se propõe a análise dos princípios inerentes aos contratos em tela com vistas ao aumento de sua eficácia e, em especial, à diminuição dos custos de transação.

2.3 Princípios como Mecanismos de Eficiência na Esfera dos Contratos de Seguro

“Quanto maior o bem, maior o mal que da sua inversão procede” (Rui Barbosa)

Inicialmente, necessário se faz esclarecer que esta seção não pretende esgotar a análise dos princípios incidentes sobre os contratos sob exame, meta impossível, pois, direta ou indiretamente, toda a gama principiológica incide sobre a esfera contratual. O objetivo é, sim, o desenvolvimento de uma fundamentação teórica que possibilite a análise dos contratos em tela, particularmente sob o prisma da Análise Econômica do Direito, eis que a incidência desses princípios sobre os contratos os tornam mais eficientes, pois, ao diminuírem os custos da transação. Dentre eles, merece especial atenção o da boa-fé, que corrige falhas de mercado, particularmente a assimetria informacional entre prestadores de serviço (seguradoras) e consumidores (segurados).

Como salientam Luciano Benetti Timm e João Francisco Menegol Guarisse, em resposta a falhas de mercado e à hipóteses fáticas e mensuráveis via método científico, a sociedade desenvolveu uma série de princípios e regras jurisprudenciais e legislativas para reger os contratos. Trata-se do que pode ser chamado de direito contratual.⁷⁸

Segundo Elsit Collor Elesbão, princípios são regras, preceitos ou razões primárias. Constituem-se em critérios ou ideias fundamentais que regem um sistema jurídico determinado, inserido no Direito. Em suas palavras, são “verdades ou juízos

fundamentais, que servem de alicerces ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos à dada porção da realidade”⁷⁹.

Para a autora, “toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”⁸⁰. Daí a necessidade de se precisar a noção de princípios.

José Afonso da Silva define os princípios como ordenações que fundamentam os sistemas de normas. Afirma o autor, ao mencionar a obra de Gomes Canotilho e Vital Moreira, que os princípios são núcleos de condensações para os quais confluem valores e bens constitucionais, constituindo-se na base de normas jurídicas, nas quais podem estar positivamente incorporados, transformando-se, assim, em normas princípio e tornando-se em preceitos básicos da organização social.⁸¹

Para Ronald Dworkin, os princípios são padrões diferentes das regras. O termo princípio, em sua obra, frequentemente é empregado de forma genérica para referir a totalidade de padrões diferentes das regras.⁸²

Os princípios, ainda segundo Ronald Dworkin, ligam-se, do ponto de vista normativo, a outras dimensões sociais, tais como a moral, que estabelece um padrão a ser observado, não porque ele avança ou assegura um estado econômico, político ou social altamente desejável, como porque ele é uma exigência de justiça e equidade (fairness), ou de alguma outra dimensão da moralidade.⁸³

Ao explicar a função desempenhada pelos princípios nos denominados hard cases, nos quais a diferença entre os padrões normativos é mais evidente, Ronald Dworkin afirma:

Em casos como esses, princípios desempenham uma parte essencial nos argumentos acerca de direitos e obrigações jurídicas particulares. Depois de decidido, podemos dizer que o caso é uma regra particular (e.g., a regra de que aquele que assassina não está capacitado a ser herdeiro da vítima). A regra, todavia, não existe

⁷⁸ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas: 2012. p. 169-170.

⁷⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1997. p. 75-77.

⁸⁰ ELESBÃO, Elisita Collor. **Princípios informativos das obrigações contratuais civis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 74.

⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros. 1997. p. 94.

⁸² DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 34, n. 92, p. 127, set./dez. 2001.

⁸³ Ibid., p. 127-128.

antes que o caso tenha sido decidido. As cortes citam os princípios como justificação para adotar e aplicar uma nova regra.⁸⁴

Francisco Amaral, ao defender a relevância do estudo dos princípios, afirma que, no estágio atual da ciência jurídica, o Direito se apresenta como um ordenamento constituído não só por normas, mas também por valores e princípios jurídicos, produto da relação dialética entre a intenção sistemática, exigida pelo postulado da ordem, e a experiência problemática, imposta pela realidade social. O sistema passa a se configurar, assim, como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais⁸⁵.

Na concepção clássica de contrato, de cunho liberal, legado do século XIX, dois eram os princípios vigentes: o da liberdade contratual e o da obrigatoriedade, da vinculatividade do contrato, ou, ainda, de sua intangibilidade⁸⁶. Esses dois princípios constituíam-se, em verdade, em corolários do princípio da autonomia da vontade, ficando os demais no abandono e ostracismo acadêmico, visto que, para a concepção clássica de Direito Civil, cujo escopo é a codificação napoleônica, torna-se inconcebível a possibilidade de inserção de outros princípios. A ética não encontra espaço no plano da ideologia liberal clássica, comprometida, tão somente, com a circulação de riquezas, principalmente a imobiliária, pela via contratual ou *causa mortis*⁸⁷.

Outros dois princípios adotados pela doutrina clássica que ainda exerce grande influencia sobre a comunidade jurídica, nacional e estrangeira, são o do efeito relativo dos contratos e o do consensualismo⁸⁸.

Em relação ao efeito relativo dos contratos, pode-se dizer que as partes só se obrigam na medida de sua liberdade, não podendo os contratos nem prejudicarem, nem tampouco beneficiarem terceiros, os quais nunca poderiam ser atingidos por efeitos jurídicos de atos estranhos à sua vontade⁸⁹.

No tocante ao consensualismo, as partes são livres para contrair obrigações, ficando essas vinculadas apenas às informações fornecidas nessa direção, sem a

⁸⁴ DWORKIN, op. cit., p. 136.

⁸⁵ AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. Separata. **Revista O Direito**, [S.l.], ano 126, v. 1-2, p. 70, 1994.

⁸⁶ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 42.

⁸⁷ NALIN, Paulo R. Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 176.

⁸⁸ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 43.

⁸⁹ Ibid., p. 43.

necessidade de se subordinarem a quaisquer formalidades. Contudo, como já se referiu, os dois princípios fundamentais nessa concepção são, notadamente, o da liberdade contratual e o da vinculatividade ao acordado⁹⁰.

Não se pode olvidar que, subjacente à ideia de liberdade contratual, há aquela de que os contratos criam riqueza, sem que o ganho social, por consequência, defluirá. Em verdade, os próprios atores envolvidos estão, normalmente, em melhor posição do que qualquer outra pessoa, inclusive o Estado, para decidir o que pode gerar satisfação ou dissabores.⁹¹

Em relação ao princípio da liberdade contratual, assistiu-se, sobretudo durante o recente século XX, ao desenvolvimento de um processo que foi denominado dirigismo contratual, chegando-se ao consenso de que a liberdade contratual - ou a autonomia da vontade - teria como limite natural considerações de ordem pública, sendo essas erigidas em princípios dos contratos⁹².

Por outro lado, o princípio da obrigatoriedade do contrato, devido a pressões da realidade econômica e social, foi forçado à admissão de algumas restrições, materializadas em institutos que, paulatinamente, foram se desenvolvendo, como a teoria da imprevisão e a resolução por onerosidade excessiva, embora nunca tenham chegado a afetá-lo verdadeiramente⁹³.

Em relação ao contrato de seguro, pode-se dizer que a autonomia de vontade é limitada por elementos de direito regulatório. O mercado securitário foi eleito pelo Estado Brasileiro como sensível e, portanto, como passível de regulação não só com o fito de correção de falhas, mas também, de obediência ao princípio da boa-fé tanto em sua formação, quanto, especialmente, em sua execução, como elemento de eficiência nas relações contratuais securitárias, posto que, a partir de sua incidência, vários custos de transação são eliminados ou minorados, trazendo, ao fim e ao cabo, um custo menor de prêmio ao segurado e possibilitando o acesso a um número maior de consumidores por parte das companhias seguradoras.

Como adverte Heloísa de Mello, a vontade individual como elemento essencial do contrato e motor da criação de direitos deixa de ser soberana, imiscuindo-se o Estado-juiz e o Estado-legislador em território antes reservado exclusivamente aos

⁹⁰ Ibid., p. 43.

⁹¹ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas: 2012. p. 171-172.

⁹² NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 43.

indivíduos. A revisão da intangível autonomia contratual passa, então, a se impor como condição da preservação do próprio instituto. Ademais, a “massificação” das relações contratuais não é o único mote responsável por suas mudanças. A inclusão de novos valores de bem-estar e justiça distributiva, as modificações do próprio mercado e sua organização e as alterações da racionalidade jurídica são causas da nova configuração do atual modelo de contrato⁹⁴.

Dessa forma, pode-se apontar, como fundamento da vinculatividade dos contratos, a ideia de que toda a obrigação tem uma função social, o que foi esquecido e negligenciado, sobretudo durante o período de exacerbado individualismo que caracterizou o século XIX, em que se fez exagerado o culto da vontade, levando às últimas consequências o personalismo kantiano⁹⁵.

A concepção de Estado social (*welfare state*), que impregna a Constituição Federal de 1988, tem o desiderato da justiça social, pois, além das funções de organização do Estado, delimitando o poder político e garantindo as liberdades individuais decorrentes, incorpora a função de reguladora da ordem econômica e social.⁹⁶

O contrato, evidentemente, não pode ser conduzido apenas à pura vontade dos interessados, seja esta entendida na perspectiva da vontade psicológica, interna, seja da vontade declarada. Tanto a teoria da vontade, quanto a da declaração estão ligadas ao individualismo liberal que presidiu o século XIX e boa parte do recém passado século XX, não permitindo a conclusão de que qualquer negócio jurídico obrigacional que não fosse vinculativo, ou seja, apenas produto da vontade das pessoas. Se o negócio jurídico obrigacional é vinculante, o é como fenômeno social, realidade objetiva, que o direito tutela por pressupor que os interesses particulares em jogo estão em harmonia com o interesse geral, como bem explica a teoria preceptiva⁹⁷.

A propósito, imperiosa se faz aqui a consideração à teoria preceptiva, que permitiu o avanço dos estudos sobre os princípios inerentes aos contratos. De

⁹³ Ibid., p. 43.

⁹⁴ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 311.

⁹⁵ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 87.

⁹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 722, p. 42, dez. 1995.

⁹⁷ NORONHA, op. cit., p. 99.

acordo com tal concepção, o negócio jurídico (especialmente o contrato) só pode ser concebido em termos econômicos e sociais. As obrigações resultantes desses e de outros negócios jurídicos valem juridicamente e são tuteladas pela lei, não apenas porque as partes tenham manifestado vontade em contraí-las, ou seja, tenham querido (teoria da vontade), mas porque interessa à sociedade a tutela da situação criada, em razão das consequências econômicas e sociais que produz⁹⁸.

Essa teoria, que tem seu nascedouro na Itália, pretende significar que o contrato constitui um comando, um preceito, que, embora privado, é como tal reconhecido pelo ordenamento jurídico. Contudo, o que realmente interessa nessa teoria é a sua intenção de analisar a realidade social, a função econômico-social do contrato⁹⁹.

Fernando Noronha, nessa perspectiva, elege uma tríade de princípios – autonomia privada, boa-fé e justiça contratual – que denomina de ordem pública interna aos contratos¹⁰⁰. O autor, ao invés de afirmar, como o faz a doutrina tradicional, que a liberdade contratual é limitada pela ordem pública, diz que os contratos estão sujeitos a três princípios que se autodelimitam reciprocamente, com vistas a manterem entre si uma relação de difícil equilíbrio.

Outro ponto a ser destacado, em relação à relevância da análise de princípios inerentes aos contratos e, por via de consequência, também aos contratos de seguro de vida e de acidentes pessoais, é o fato que, constituindo-se o Direito em um sistema social aberto e em um “subsistema da sociedade global”, é esse pertencimento que lhe fornece as metas a perseguir, os valores pelos quais ele deve se orientar, as questões a solucionar e as indicações das situações fáticas de conflito, ou potencialmente geradoras de conflitos¹⁰¹. Tais valores e metas são materializados no Direito justamente através de princípios que presidem todo o subsistema.

Em confronto com essa posição que reduz o Direito a um subsistema da sociedade global, Gustavo Tepedino considera indispensável que o legislador atual recorra às técnicas narrativas, e mesmo à retórica e aos sentimentos, para que possa determinar, com maior precisão, o conteúdo axiológico das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados¹⁰².

⁹⁸ Ibid., p. 89.

⁹⁹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 89.

¹⁰⁰ Ibid., p. 15.

¹⁰¹ Ibid., p. 24.

¹⁰² “Torna-se indispensável que o legislador de hoje recorra à técnica narrativa, de algum modo à retórica e aos sentimentos (não subjetivos dele, legislador, mas da sociedade, recolhendo

O legislador contemporâneo, ao compor o arcabouço de fontes normativas, deve valer-se de prescrições narrativas e analíticas, voltando-se expressamente aos critérios interpretativos, com vistas à preservação dos valores e princípios fundamentais que servem de enquadramentos axiológicos com teor normativo de eficácia imediata. Gustavo Tepedino, não hesitando, vai além, ao dizer que o “[...] jurista do tempo presente há que se reservar missão mais nobre do que a de ser simplesmente o tabelião da história”.¹⁰³

A respeito do princípio da autonomia privada, o primeiro a ser aqui enfrentado, vale ressaltar que seu apogeu ocorre no contexto de exacerbada importância a ele conferida pela doutrina clássica, apegada aos ideais liberais que dominaram os séculos XIX e XX. Mas ele, indubitavelmente, continua a influenciar o tempo atual, razão pela qual vale aqui destacar suas características mais importantes.

O princípio da autonomia privada é uma expressão que tende a substituir a de princípio da autonomia da vontade, tal como é cunhada por Gounot, em 1912, para referir a concepção individualista e liberal que, ao seu tempo, imperava¹⁰⁴. Por autonomia privada, entende-se a noção jurídica que, como acontecia também com a autonomia da vontade, combina outros dois valores, um de ordem filosófica e outro de ordem econômica, ambos essenciais para o tipo de organização societária nascido na Europa e por ela exportado para as Américas. De um lado, está a tradição cristã sobre o imanente valor da pessoa, magnificamente sintetizado no personalismo ético de Kant, e hoje retomado por Karl Larenz¹⁰⁵ (que demonstra ser ele “fundamento ideológico” do Direito Civil); de outro, o sistema econômico fundado na livre empresa¹⁰⁶.

Ao se conjugarem esses dois fatores, pode-se dizer que a autonomia da vontade consiste na liberdade de as pessoas regularem, através de contratos, ou mesmo, quando possível, de negócios jurídicos unilaterais, os seus interesses, em especial quanto à produção e à distribuição de bens e serviços.

democraticamente os valores predominantes na realidade social), para que determine o conteúdo axiológico das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.” TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 10.

¹⁰³ TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 11 e 16.

¹⁰⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 111.

¹⁰⁵ LARENZ, Karl. **Derecho civil, parte general**. 3. ed. Madrid: Derecho Reunidas, 1978. p. 44 et seq.

¹⁰⁶ NORONHA, op. cit., p. 114.

Karl Larenz, ao propor a noção de autonomia privada, afirma ser tal princípio a possibilidade oferecida e assegurada aos particulares de regularem suas relações mútuas a partir de determinados limites, por meio de negócios jurídicos, em especial, contratos. O homem que vive em frequente comunicação com outros, necessita deste princípio para poder decidir livremente sobre os assuntos que o afetam diretamente e poder configurá-los sob a sua própria responsabilidade. A autonomia privada corresponderia, assim, a um dos princípios capitais do Direito Privado¹⁰⁷.

Na concepção de Enzo Roppo, autonomia significa, etimologicamente, poder de modelar por si – e, não, por imposição externa – as regras da sua própria conduta, autonomia privada, ou autonomia contratual, traduzindo-se assim como a liberdade dos sujeitos de determinar, por sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no caso do consenso contratual, o conteúdo das obrigações que pretendem assumir, das alterações que pretendem introduzir no seu patrimônio¹⁰⁸.

Enzo Roppo acredita que o conceito de autonomia privada comporta de fato, além da tradicional possibilidade de determinar o conteúdo do contrato, também a de escolha livre de contratar ou não, a de deliberar com quem contratar, recusando, por hipótese, ofertas provenientes de determinadas pessoas, a de decidir, enfim, em que tipo contratual enquadrar a operação que se pretende realizar, privilegiando um ou outro dos tipos legais codificados, ou mesmo concluindo contratos que não pertençam aos tipos que têm uma disciplina particular¹⁰⁹.

Sobre tal noção, Clóvis do Couto e Silva manifesta-se dizendo ser autonomia da vontade a *facultas*, a possibilidade, ainda que não ilimitada, que possuem os particulares de resolver seus conflitos de interesses, criando associações, efetuando o escambo dos bens e dinamizando, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se e, mais, vinculam-se juridicamente, através de sua vontade¹¹⁰.

Em tal medida, o princípio da autonomia privada costuma ser tradicionalmente invocado como fundamento dos princípios da liberdade contratual, do consensualismo e

¹⁰⁷ “La posibilidad, ofrecida y asegurada a los particulares por el ordenamiento jurídico, de regular sus relaciones mutuas dentro de determinados límites por medio de negocios jurídicos, en especial mediante contracontratos [...]”. “El hombre que vive en frecuente comunicación con otros la necesita para poder decidir libremente en los asuntos que le afectan directamente, para poder configurarlos bajo propia responsabilidad”. La autonomía privada, [...], es uno de los principios capitales y fundamentales del Derecho Privado. LARENZ, Karl. **Derecho civil, parte general**. 3. ed. Madrid: Derecho Reunidas, 1978. p. 55.

¹⁰⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 128.

¹⁰⁹ Ibid., p. 132-133.

¹¹⁰ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 17.

do efeito relativo dos contratos. A seu turno, a liberdade contratual, ou melhor, negocial, subdivide-se, conforme difundida terminologia encontrada na doutrina, mais precisamente nos estudos de Arnaldo Wald, entre liberdade contratual e liberdade de contratar. São expressões que talvez não tenham a diversidade de significados que se lhes atribui, mas cujo uso está tornando frequente. Tal subdivisão, entretanto, não foi utilizada, e. g., por Enzo Roppo, como se pôde verificar.

Nas palavras de Arnaldo Wald, a liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, ao passo que a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. O interesse dessa distinção reside fundamentalmente na ênfase em seu foco: enquanto a liberdade de contratar tem sido mantida em termos gerais, já a liberdade contratual tem sofrido amplas restrições. A liberdade contratual permite a criação de contratos atípicos, não especificamente regulados pelo direito vigente, conferindo um conteúdo próprio e autônomo ao instrumento lavrado¹¹¹.

Sobre esse tema, também se manifesta Paulo Nalin, ao refletir que a liberdade contratual sofre relativização de sua eficácia diante da possível violação de princípios jurídicos constitucionais, equiparados aos fundamentais. Salienta, nessa direção, que o princípio da igualdade material, enquanto imperativo ao Estado para deter o controle da exata situação fática (material), com vistas à remoção dos obstáculos de cunho sócio-econômico, é limitativo da concreta liberdade e igualdade entre os cidadãos. A liberdade contratual deve estar em sincronia com o princípio da solidariedade social em toda e qualquer leitura que se faça daquele princípio¹¹².

Em relação ao consensualismo, tal princípio opõe-se ao do formalismo, que predominava no Direito Romano. Todavia, atualmente, não há como negar que se assiste a um verdadeiro renascimento do formalismo, às vezes devido a imposições legais – geralmente ligadas à necessidade de proteção das partes mais fracas, em contratos de adesão, ou a imposições da chamada ordem pública econômica –, caso dos contratos em exame, mas também determinado, no tráfico jurídico, por exigências ligadas à segurança das transações e à padronização dos contratos. Em verdade, encontram-se contratos consensuais apenas nas transações de menor

¹¹¹ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: obrigações e contratos. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969. p. 155.

¹¹² NALIN, Paulo R. Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 179-180.

importância econômica e, ainda assim, apenas naquelas cumpridas no mesmo instante em que se celebrem¹¹³.

Sendo as partes livres para contratar, em princípio, a vinculação que criarem, só a elas atingirá e, não, a terceiros. Assim, tais contratos são *res inter alios acta* - e *res alios acta tertio neque nocet prodest* (coisa feita entre outros não prejudica nem beneficia a terceiros), o que relativiza seus efeitos¹¹⁴.

Nessa direção, Enzo Roppo afirma que a relatividade dos efeitos contratuais exclui a possibilidade de a posição jurídica de um sujeito ser atingida e lesada por contrato celebrado entre outros sujeitos. Todavia, o autor faz a ressalva de que assim como não está, em geral, excluída a possibilidade de que os interesses de terceiros possam sofrer lesões de fato por contratos estipulados entre outras pessoas, também, por maioria de razão, o princípio da relatividade dos efeitos contratuais não exclui aquela de que um contrato possa trazer proveitos a terceiros, estranhos a ele, liberando-os de obrigações ou, até mesmo, atribuindo-lhes direitos¹¹⁵. Este é o caso dos contratos em exame.

Sobre o tema, Francisco Pontes de Miranda chega a afirmar que, no que concerne ao contrato de seguro de vida a favor de terceiro, o segurador pode opor ao beneficiário todas as objeções e exceções ligadas ao contrato de seguro de vida, salvo as pessoais ao segurado¹¹⁶, a saber:

O direito do beneficiário à importância do seguro é adquirido *iure proprio*. Dêle pode dispor e passa aos seus herdeiros, salvo se ocorreu legítima revogação ou substituição. O segurador pode opor ao beneficiário tôdas as objeções e exceções ligadas ao contrato de seguro de vida, porém não as exceções pessoais ao segurado.¹¹⁷

Uma vez analisadas as questões referentes à autonomia privada, relevante se faz o exame do princípio da boa-fé, sem o que ficariam incompreensíveis os preceitos implícitos que, no próprio Código Civil, se reportam à necessidade de pautarem determinadas condutas. A tais preceitos, acrescentam-se atualmente dispositivos,

¹¹³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 118-119.

¹¹⁴ Ibid., p. 119.

¹¹⁵ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 130-131.

¹¹⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 30.

¹¹⁷ Ibid., p. 30.

expressos no Código de Defesa do Consumidor, arts. 4º, inciso III e 51, inciso IV¹¹⁸, e, g., que não se encontram totalmente explicitados na Constituição Federal de 1988. Entretanto, a sua não explicitação formal no texto constitucional não se constitui em óbice para a presente inferência, pois a transformação de um princípio jurídico em preceito legal não subtrai dele todo o seu valor e potencialidade, não deixando de ser, pela sua positivação, um verdadeiro princípio jurídico¹¹⁹.

Em razão de suas peculiaridades, a boa-fé não aparece localizada na órbita constitucional brasileira de modo direto. Mas, a ela, indubitavelmente, se atribui um caráter ao menos reflexo sobre os demais princípios gerais de cunho constitucional, caso evidente da mitigação que ela produz no princípio da liberdade contratual, sob a ótica da execução do contrato. A não constatação da boa-fé como princípio geral de direito de base constitucional não lhe subtrai, assim, a potencialidade¹²⁰.

A esse respeito, Teresa Negreiros compartilha da tese de que, no âmbito do Código Civil de 1916, não havia preceito genérico que previsse expressamente o princípio da boa-fé, especialmente o da boa-fé objetiva. As numerosas remissões expressas à boa-fé, retratadas naquele Código, salvo algumas esparsas e casuísticas exceções, importam uma apreciação subjetiva da conduta, não se confundindo esta com a vertente chamada objetiva da boa-fé, incidente sobre o direito obrigacional¹²¹.

Dessa forma, ao se tratar do tema boa-fé, necessária se torna a distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva, posto que ambas são concepções jurídicas abertas ou indeterminadas. A boa-fé subjetiva, ou a boa-fé crença, trata-se de um estado de ignorância sobre características da situação jurídica que se apresenta, suscetível de conduzir à lesão de direitos de outrem. Nessa situação, uma pessoa acredita ser titular de um direito que, na realidade, não tem, porque ele só existe na aparência¹²².

No âmbito dessa concepção de caráter psicológico, a boa-fé contrapõe-se à má-fé, pois a pessoa ou ignora os fatos reais, desde que sem incorrer em erro crasso,

¹¹⁸ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 128.

¹¹⁹ NALIN, Paulo R. Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 189.

¹²⁰ Ibid., p. 190.

¹²¹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 71-72.

¹²² NORONHA, op. cit., p. 132-133.

e está de boa-fé, ou não ignora e está de má-fé. Por esse raciocínio, mesmo quando ela ignore com culpa, continuará de boa-fé, a menos que se trate de ignorância grosseira, caracterizando culpa grave¹²³.

Por outro lado, a boa-fé objetiva, também denominada boa-fé lealdade, caracteriza-se como o dever de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomendados de correção, lisura e honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte. Pode-se notar que, tanto na boa-fé subjetiva, quanto na boa-fé objetiva, existe um elemento subjetivo, representado pela confiança de alguém que acreditou em algo, mas, somente na boa-fé objetiva, há um segundo elemento, que é o dever de conduta de outrem¹²⁴.

Segundo Ricardo Lupion, são esses padrões, socialmente reconhecidos, de lisura e lealdade, que traduzem a confiança necessária à vida em relação e ao intercâmbio de bens e serviços¹²⁵.

A boa-fé objetiva pressupõe a existência de dois sujeitos, ligados por uma determinada relação jurídica que imponha deveres especiais de conduta de cada um deles em relação ao outro, ou, ao menos, de um em relação ao outro. Ao se falar em padrões de conduta socialmente recomendados, pensa-se no comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, ou seja, toma-se como referência um modelo abstrato de pessoa, o que se costuma traduzir pela noção de *bonus pater familias*¹²⁶.

Mais ainda, se a boa-fé objetiva constitui-se no dever de agir obedecendo a determinados padrões, nela é necessário que estejam reunidas as condições suficientes para provocar, na contraparte, um estado de confiança no negócio celebrado, o que justificaria a tutela de sua expectativa¹²⁷.

Assim, enquanto a boa-fé subjetiva atende apenas à situação da pessoa que confiou, na objetiva, considera-se, ao mesmo tempo, a posição de ambas as partes envolvidas na relação. De um lado, é necessário que uma delas, aquela a quem cabe o dever de informar, esclarecer, ou agir com lisura, tenha procedido com a

¹²³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 132-133.

¹²⁴ Ibid., p. 136.

¹²⁵ LUPION, Ricardo Lupion. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011. p. 50.

¹²⁶ Em Roma, expressão equivalente a “bom cidadão”, já que nem a mulher, nem os filhos, qualquer que fosse a sua idade, com pai vivo eram considerados sujeitos de direito. A família em si mesma nada a tinha a ver com a noção.

¹²⁷ NORONHA, op. cit., p. 138.

correção e lealdade exigíveis no tráfico jurídico. De outro, é preciso que a contraente tenha confiado na estabilidade e segurança do negócio jurídico celebrado, porque pode legitimamente alimentar a expectativa de que a outra parte procede com correção e lealdade¹²⁸.

Na contraposição entre elas, pode-se dizer que a noção subjetiva de boa-fé se opõe à má-fé; já na acepção objetiva, a boa-fé contrapõe-se à sua ausência, e, não, à má-fé. O que conta para a responsabilização de uma pessoa sob o prisma objetivo é o desrespeito em relação ao dever de atuar de acordo com os padrões de conduta. Assim, em princípio, a atuação em desconformidade com tais padrões de conduta caracteriza violação do dever de agir de boa-fé, mesmo que sem má-fé (aqui por equivalente ao dolo) e sem culpa¹²⁹.

A boa-fé objetiva qualifica uma norma de comportamento leal. Não se apresenta como um princípio geral, ou como uma espécie de panaceia de cunho moral, mas como um modelo jurídico, na medida que se reveste de variadas formas denotando, em sua formulação, uma pluridiversidade de elementos, articulados entre si, em uma unidade com sentido lógico.¹³⁰

A boa-fé objetiva é sustentáculo para averiguação de circunstâncias contratuais indispensáveis ao controle da própria economia de mercado, tais como a abusividade de cláusulas, a manutenção do preço contratado para as relações de longa duração, a conduta pré-contratual leal do fornecedor, não fazendo, por exemplo, a inclusão de seu nome, em que pese a ausência de culpa do consumidor, em bancos restritivos de crédito, que o excluiriam do processo econômico como um todo, além de causarem prejuízos à sua intimidade. Este quadro de boa-fé objetiva submete-se à regulamentação do Código de Defesa do Consumidor¹³¹.

Feita a necessária distinção, cabe enfatizar que é a boa-fé objetiva que interessa ao presente trabalho, pois os contratos constituem-se em seu principal ponto de aplicação. A boa-fé contratual, especificamente, traduz-se no dever de

¹²⁸ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 138-139.

¹²⁹ Ibid., p. 139-140.

¹³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 412.

¹³¹ NALIN, Paulo R. Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 204.

cada parte agir de forma a não fraudar a confiança da contraparte, alcançando, como adverte Karl Larenz, outros participantes da relação jurídica¹³².

Tal dever se dirige, em primeiro lugar, ao devedor, com o mandado de cumprimento de sua obrigação, atendo-se não só à letra, mas também ao espírito da relação obrigacional, ao comportamento que o credor possa razoavelmente esperar dele. Em segundo lugar, dirige-se ao credor, com mandado de exercício do direito que lhe corresponde, atuando em conformidade com a confiança depositada pela outra parte e a consideração altruísta que ela possa pretender, segundo a classe de vinculação especial existente. Em terceiro lugar, dirige-se a todos os participantes da relação jurídica em questão, com mandado de se conduzirem de forma a corresponder em geral ao sentido e à finalidade desta vinculação especial e a uma consciência honrada¹³³.

Parece agora pertinente mencionar as palavras de Luciano Timm, para quem, sem a coação estatal, é improvável que os contratantes cumpram sempre suas obrigações. O direito contratual pode então interferir na relação entre as partes, de forma a alterar o equilíbrio, levando à cooperação mútua.¹³⁴

Nesta mesma linha, Fernando Noronha afirma que é o princípio da boa-fé que assegura a tutela da ordem que, encarada do ponto de vista daquilo que se denomina Direito dos Contratos, seria melhor designada por segurança. Como a segurança é necessária à realização das finalidades de interesse geral, servidas pelo Direito dos Contratos, com ênfase na produção de bens e serviços, ela é assegurada através da tutela das expectativas legítimas das partes¹³⁵.

Tais expectativas são tanto as da parte que, em uma determinada situação, está na posição de credora, podendo exigir a prestação a que a outra se obrigou (ou mesmo a prestação a que esta aparentemente se tiver obrigado, nos casos em que a situação objetiva ainda puder ser-lhe imputada), como aquelas que a parte devedora sempre pode justificadamente alimentar¹³⁶.

¹³² LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957. p. 55.

¹³³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 55.

¹³⁴ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas: 2012. p. 171-172.

¹³⁵ NORONHA, op. cit., p. 147.

¹³⁶ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 147.

A atual conjuntura dos contratos exige uma manifestação desprendida de subjetivismo, na qual os contratantes possam, independentemente do pólo contratual que ocupem (credor ou devedor), ou da fase de execução da obrigação em análise, atingir a plena satisfação de seus interesses econômicos¹³⁷.

Não há a possibilidade de frustração das legítimas expectativas contratuais formuladas na esfera jurídica de qualquer dos contratantes, devendo ambos, proceder (conduta objetiva), comportamentalmente, de boa-fé. Espera-se do contratante, estando em curso a execução da prestação, que atue de modo diligente e leal, vindo a satisfazer a confiança depositada na declaração de vontade originalmente emitida, quando da formação do negócio¹³⁸.

A lei, ao impor a quem se obrigou, a necessidade de cumprimento do compromisso assumido, está apenas protegendo, de acordo com o interesse geral, a confiança que o credor legitimamente tinha de que seu interesse particular seria satisfeito. Em relação a uma desejável delimitação, nem a lei, nem os contratos podem prever e regular tudo¹³⁹.

No tocante à legislação, uma pormenorizada regulamentação dos contratos seria incompatível com a autonomia privada. Por isso, em cada negócio jurídico da vida real, fica sempre em aberto um largo campo, no qual a conduta a que estão obrigados os interessados só pode ser determinada com recurso à lealdade que eles se devem mutuamente, fundada na confiança.¹⁴⁰

A boa-fé objetiva tem potencialidade, nas palavras de Judith Martins-Costa, para atuar não como um vago cânone de ordem ética, um *standard* de cunho moral impreciso e incerto, mas como verdadeiro elemento de identificação da função econômico-social efetivamente perseguida no contrato¹⁴¹.

O imperativo de agir em conformidade com a boa-fé está presente nas negociações que precedem ao contrato, na sua conclusão, interpretação e execução, chegando, inclusive, a justificar a extinção de obrigações, com resolução de contratos. A sua violação na fase preliminar das negociações, quando as pessoas ainda não estão

¹³⁷ NALIN, Paulo R. Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 195-196.

¹³⁸ Ibid., p. 195-196.

¹³⁹ NORONHA, op. cit., p. 148.

¹⁴⁰ Ibid., p. 148.

¹⁴¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 418.

adstritas a outro dever que não seja o *neminem laedere*, origina a responsabilidade contratual¹⁴².

Esta surge não apenas com a interrupção injustificada das negociações preliminares, como também com a violação daqueles deveres de conduta, impostos pela boa-fé, de informação e clareza de linguagem, de sigilo das informações prestadas pela contraparte e até de não-indução, ainda que meramente culposa, ao erro da outra parte¹⁴³.

A esse propósito, a função interpretativa da boa-fé consiste no comando segundo o qual as partes devem proceder de acordo com tal princípio quando se trate de determinar o sentido das estipulações contidas em dado contrato. Seu desiderato, nesta função, consiste em conferir ao contrato o significado que credor e devedor lhe atribuiriam, se procedessem com lisura. Outro desdobramento dessa função diz respeito à significação a ser atribuída ao contrato, quando contenha cláusulas ambíguas, *id est*, cujo objetivo seja duvidoso: caso isso aconteça, deve-se atribuir o significado que a boa-fé aponte como o mais razoável¹⁴⁴.

A boa-fé impõe, ainda, a observância de muitos outros deveres de conduta, que vêm sendo evidenciados a partir da análise da obrigação a partir de uma perspectiva sistemática. Em verdade, há duas maneiras de se encarar uma relação jurídica obrigacional: uma, vendo nela apenas o que se chama relação obrigacional simples, isto é, somente atentando ao vínculo entre credor e devedor, que se traduz no poder do primeiro de exigir uma prestação que o segundo tem o dever de realizar; outra, vendo-a em uma perspectiva totalizante ou globalizante, observando a pluralidade de direitos, obrigações e outros vínculos jurídicos que nela se interligam, o que se chama de relação obrigacional complexa ou sistêmica¹⁴⁵.

Na visão de António Manuel Menezes Cordeiro, o comportamento das pessoas deve respeitar um conjunto de deveres reconduzidos em um *prima juspositivo* e uma ótica histórico-cultural. As verificações anteriores permitem

¹⁴² MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 150.

¹⁴³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 150.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 150-151 e 155.

¹⁴⁵ NORONHA, op. cit., p. 157.

detectar quais são esses deveres, nascidos na fase preliminar do negócio jurídico, mas exigíveis também em sua execução.¹⁴⁶

Partindo-se da análise do conteúdo da relação obrigacional complexa ou sistêmica, encontram-se inúmeros deveres de conduta, cujo pressuposto é a necessidade de agir de acordo com a boa-fé. Tais deveres de conduta são designados como deveres acessórios, laterais ou correlatos¹⁴⁷.

De acordo com tal classificação, há que se distinguir na obrigação, em geral, e na relação contratual, em especial, os deveres de prestação e dos meros deveres de conduta. Os primeiros traduzem-se em prestações exigíveis e subdividem-se em deveres primários e secundários. Os outros, também chamados de deveres acessórios ou laterais, não dizem respeito a prestações específicas, revelando-se apenas na medida em que se tornam necessários para a realização das finalidades da própria relação obrigacional¹⁴⁸.

Os deveres primários de prestação são os respeitantes à realização da prestação devida, ou, mais precisamente, da prestação principal. Os deveres secundários de prestação, típicos de obrigações complexas, incluem não só os deveres acessórios da prestação principal (destinados ao preparo do cumprimento ou segurança da perfeita execução da prestação), mas também aqueles relativos às prestações substitutivas ou complementares da prestação principal. Em relação aos meros deveres de conduta ou deveres laterais, pode-se dizer que são aqueles que, não interessando diretamente à prestação principal, são, entretanto, essenciais ao correto processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra¹⁴⁹.

Esses deveres acessórios de conduta, os mais importantes no tema da integração dos contratos através do recurso ao princípio da boa-fé, são usualmente tripartidos em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade. De acordo com António Manuel Menezes Cordeiro, pelos primeiros, as partes, enquanto perdure um fenómeno contratual, estão ligadas para evitar que, no âmbito desse fenómeno,

¹⁴⁶ CORDEIRO, António Manuel da Costa e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 632.

¹⁴⁷ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 160.

¹⁴⁸ Ibid., p. 160.

¹⁴⁹ Ibid., p. 160.

sejam infligidos danos mútuos às suas pessoas e aos seus patrimônios, pelos segundos¹⁵⁰.

As partes estão obrigadas a, na vigência do contrato que as une, informarem-se mutuamente sobre todos os aspectos atinentes ao vínculo, sobre as ocorrências que, com ele, tenham certa relação e, ainda, sobre todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir; quanto aos deveres acessórios de lealdade, estes obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado¹⁵¹.

Quanto aos deveres laterais de conduta, inúmeras são as hipóteses de sua ocorrência nas relações contratuais, interessando aqui os referentes à obrigação de prestar informação e esclarecimento, imposta ao segurado nos arts. 765 e 766 do Código Civil e, ainda, aqueles impostos ao fornecedor de produtos e serviços pelos arts. 9º e 10 do Código de Defesa do Consumidor¹⁵².

A respeito dos deveres de indicação e esclarecimento, pronuncia-se Clóvis do Couto e Silva no sentido de que o dever de esclarecimento dirige-se ao outro participante da relação jurídica, com vistas a tornar clara certa circunstância da qual a contraparte tem conhecimento imperfeito, errôneo, ou, ainda, ignorância total. Importante salientar que o dever de esclarecimento está relacionado a circunstâncias relevantes ao contrato. Os deveres de esclarecimento têm como objeto uma declaração de conhecimento, constituindo-se em resultado do pensamento cognitivo e, não, volitivo, possuindo, por esse motivo, na concepção do autor, somente um caráter declaratório¹⁵³.

Pode-se concluir que tanto a função interpretativa, quanto a função integrativa têm por finalidade determinar quais são as obrigações e quais são os direitos das partes, posto que, em se determinando as obrigações de uma parte, ao mesmo tempo se estão estabelecendo os direitos que competem à respectiva contraparte. Já a função de controle tem por finalidade o esclarecimento de como

¹⁵⁰ CORDEIRO, António Manuel da Costa e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. p. 604 et seq.

¹⁵¹ Ibid., p. 604 et seq.

¹⁵² NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 164.

¹⁵³ SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 115.

podem as partes exercer os direitos que a cada uma competem, ou seja, de delimitação do modo de exercício desses direitos¹⁵⁴.

Dessa forma, o verdadeiro critério de abuso de direito reside no princípio da boa-fé, que exige de cada parte moderação no exercício de seus direitos, bem como discricionariedade no que concerne aos particulares, pois se constitui em sua seara de autonomia privada. Nesse caso, a boa-fé tem por função a delimitação de tal autonomia. Em verdade, ao se atentar para os atos apontados como abuso de direito, percebe-se que, em todos, está presente uma violação ao dever de agir de acordo com a boa-fé¹⁵⁵.

Pode-se dizer que, na seara dos contratos, há manifesta desproporção de abuso de direito entre o interesse perseguido pela parte e aquele da contraparte que é lesado, que se expressa pelas vantagens auferidas pelo titular do direito e os sacrifícios infligidos à outra parte. Não há como tutelar pretensões de um contratante que, considerando o seu interesse, representem sacrifício manifestamente desproporcional dos interesses do co-contratante¹⁵⁶.

Ainda a respeito da boa-fé, importante se faz refletir sobre sua relação com os vícios de consentimento. Tais vícios são hipóteses de divergência não intencional entre a vontade de uma das partes e a sua declaração. Se, no erro, se está apenas perante uma falsa representação da realidade por parte do declarante, já no dolo e na coação, tem-se uma conduta desleal, *id est*, contrária ao princípio da boa-fé, quer da contraparte (hipótese mais comum), quer de terceira pessoa (hipóteses de dolo ou coação de terceiro), induzindo o declarante a realizar negócio que, em circunstâncias normais, não faria¹⁵⁷.

O princípio da boa-fé objetiva torna-se um verdadeiro viabilizador da operação de seguro; por tal motivo, é indissociável desse instituto, eis que a assimetria de informações por parte do segurador em relação ao segurado só é mitigada em razão do respeito a tal princípio, tanto na formação do contrato, quanto em sua execução.

Como bem lecionado por Francisco Galiza, as informações, em se tratando do mercado securitário, não são perfeitamente conhecidas por todos os agentes

¹⁵⁴ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 167.

¹⁵⁵ Ibid., p. 173-174.

¹⁵⁶ Ibid., p. 173-174.

¹⁵⁷ Ibid., p. 191.

econômicos envolvidos, ou seja, não são simétricas. Há o risco de deformação dos contratos, quando surgem alterações de comportamento do segurado após a assinatura dos instrumentos, pelo que o agente segurador terá extrema dificuldade em controlar perfeitamente essas mudanças, fato que só depende do segurado e de seu padrão moral. Tem-se aqui estabelecido um conceito importante, qual seja, o de perigo moral.¹⁵⁸

Outro ponto passível de exame é a dificuldade da seguradora de definir, com acuidade, o preço do seguro a partir do perfil de quem irá contratar o seguro, pois, enquanto o seguro é calculado pela sinistralidade média de todos os segurados, o cliente que prioritariamente irá comprar o seguro é aquele que possui as maiores taxas de risco e, em consequência, maiores taxas de sinistralidade.¹⁵⁹

Desse modo, ao se insculpir o princípio da boa-fé objetiva nos contratos de seguro, de modo a poder ser observado pelo agente econômico segurador, pelo segurado e, de igual forma, pela mutualidade, está-se a reduzir os custos de transação, eis que as informações transmitidas, presumida a boa-fé, são a referência de avaliação do risco, baseando-se o agente econômico nessas informações para precificar o prêmio a ser adimplido; é, portanto, o princípio da boa-fé ferramenta imprescindível para a redução de custos ao segurado/consumidor, razão pela qual, sua não observância deve lhe render penalidades contratuais.

Considera-se, nessa perspectiva, importante o contributo de Ilan Goldberg, ao mencionar que não se controverte quanto à importância da boa-fé no contrato de seguro, seja no âmbito de sua formação, execução, ou até mesmo posteriormente. A verdade é que a boa-fé exerce função relevantíssima no relacionamento entre o segurado e a seguradora, já que é, com base nas informações prestadas por aquele, que esta cotará o risco a ser por ela aceito ou não, ensejando, conforme o caso, o estabelecimento do contrato. E, justamente, por tal motivo, que as informações prestadas pelo proponente devem ser transparentes, claras, a fim de que a seguradora, após celebrado o contrato, não venha a ser surpreendida em razão de dados que, caso lhe tivessem sido oportunamente informados, repercutiriam, eventualmente ou não, na realização do negócio jurídico, ou na cotação de um prêmio em patamares diferenciados. Da mesma maneira, acrescenta

¹⁵⁸ GALIZA, Fernando. **A economia do seguro**: uma introdução. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1997. p. 170.

¹⁵⁹ Ibid., p. 170.

o autor, as informações atinentes à cobertura precisam ser claramente disponibilizadas para que o segurado saiba, exatamente, as garantias que está adquirindo. A clareza, a correição e a lealdade são uma via de mão dupla: está-se a falar em cooperação. Os problemas surgem exatamente quando interpretações distorcidas diminuem a relevância e a densidade que a boa-fé ocupa no seio da formação do contrato de seguro.¹⁶⁰

No caso em exame, o conceito de custo de transação¹⁶¹, em consonância com suas distintas espécies, é importantíssimo para uma análise mais precisa, na hipótese de quebra contratual, motivada, por exemplo, por exceção de contrato não cumprido, ou resolução por onerosidade excessiva, eis que ele é suporte para a verificação da incidência das normas adequadas, para a verificação de simples descumprimento contratual ou da necessidade de revisão de cláusulas contratuais que envolvam as obrigações da avença, em razão do novo cenário que se apresente, sempre se analisando as questões de forma recíproca.

Assim, o princípio da boa-fé é o verdadeiro viabilizador econômico do contrato de seguro, pois não seria factível que uma seguradora contratasse investigadores para analisar, uma a uma, todas as informações prestadas pelos milhares de possíveis contratantes, tampouco, razoável contratar um investigador para cada possível contrato a ser firmado. É de se perguntar quem pagaria os custos atrelados a essas exigências, e mesmo sobre a viabilidade econômico-financeira em dar continuidade do negócio. Sob essa ótica, pretensamente protecionista aos interesses do segurado, seria atendida a função social a que se destina o seguro.¹⁶²

As conclusões sobre a inviabilidade de tais procedimentos, *mutatis mutandis*, são muito bem percebidas em estudo correlato, que pode servir de paradigma para a situação em concreto, desenvolvido por Fabiano Koff Coulon e Ely José de

¹⁶⁰ GOLDBERG, Ilan. Confiança, cooperação, máxima boa-fé e o contrato de seguro. **Revista Jurídica de Seguros**, Rio de Janeiro, p. 81-82, 6 maio 2017.

¹⁶¹ BARCELOS, Raphael Magalhães; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. **A nova economia institucional: teoria e aplicações**. Brasília, DF: UNB, 2003. p. 34: "Os custos de transação são afetados tanto pela tecnologia quanto pelos direitos de propriedade. Os custos de transação são dois: o de transação de produção e o de transação de troca. Os custos de transação de produção são os custos de produção invisíveis (Alston 1999) e são relacionados, basicamente, a custos de monitoração. A tecnologia pode diminuir esses custos de monitoração. Há também, os custos de transação de troca. Esses custos incluem os custos associados a negociação e reforço dos contratos (Alston 1999). Os custos de transação de troca são custos que ocorrem numa transação em que não há produção envolvida diretamente e sim apenas uma troca."

Mattos. Os autores referem que a possibilidade de diluição dos custos dos acidentes de consumo também pode apresentar outras consequências, além do denominado efeito distributivo, tais como: (a) o aumento do preço dos produtos, ao refletir também o custo dos acidentes, incrementaria a informação do consumidor, na medida em que ela ajuda a evidenciar o custo real desses produtos e cria incentivos ao fornecedor para agregar advertências acerca de sua utilização; (b) uma queda no consumo dos produtos potencialmente perigosos, devido ao aumento de preço, o que significaria também uma queda na probabilidade de efetiva ocorrência de eventos danosos; (c) a constituição de um fundo para as vítimas de eventos danosos, pois a quantia adicional incorporada ao preço do produto corresponderia a um fundo, a ser utilizado para compensá-las, de forma direta ou para contratar um seguro de responsabilidade civil por parte dos fornecedores.¹⁶³

A respeito desses desdobramentos do princípio da boa-fé, destaca-se o interessante contributo de Andrea Signorino, que, ao examinar a função e obrigações do corretor, profissional independente e intermediário legalmente habilitado a propiciar a aproximação entre segurado e segurador, notadamente em tal contexto, deveria assessorar em justa medida o segurado, oferecendo-lhe toda a gama de coberturas existentes no mercado e advertindo-o sobre os prós e contras de cada produto. Para isso, o corretor deve estar devidamente capacitado, entender não apenas dos custos do seguro, mas também das cláusulas do contrato, em particular daquelas que influenciam a cobertura apresentada ao segurado.¹⁶⁴

Existe, segundo a doutrinadora, no contrato de seguros, uma presunção relativa de boa-fé em favor do obrigado a prestar informações, dispensando, em parte, o credor da informação deste mesmo dever. Se o credor da informação alega omissão, isto pressupõe a ignorância da informação ou a falta de condições para conhecê-la. A omissão ou falsa declaração, ou seja, o não cumprimento da obrigação de informar devidamente não é sancionada de forma autônoma, mas tão somente quando é causadora de um vício de consentimento. O fundamento reside na desigualdade, responsável pela admissão de que uma das partes se faça

¹⁶² GOLDBERG, Ilan. Confiança, cooperação, máxima boa-fé e o contrato de seguro. **Revista Jurídica de Seguros**, Rio de Janeiro, p. 90-91, 6 maio 2017.

¹⁶³ COULON, Fabiano Koff; MATTOS, Ely José. **O efeito distributivo da responsabilidade objetiva no código de defesa do consumidor brasileiro e as elasticidades da demanda: uma perspectiva de direito e economia**. [S.l.], 2009. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/Ofg2801r>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

¹⁶⁴ SIGNORINO, Andrea Barbat. **Estudios de derecho de seguros**. Montevideo: La Ley, 2016. p. 78.

informada e a outra, desinformada sobre fatos que maculem ou influam no consentimento desta última, de tal modo que o contrato não seria levado a perfectibilizar-se ou o teria sido em condições diferentes. Também importa o volume da informação, isto é, se ela se limita ao que sabe o informante ou deveria saber obrando com suas diligências. Nisto o Direito dos Seguros tem evoluído e, mesmo em legislações como a uruguaia ou a argentina, em que se descarta a possibilidade de existência de omissão ou falsa declaração feita com má-fé, restringe-se esse alcance às situações que o potencial segurado desconhece, pois este deve se manter informado para poder informar.¹⁶⁵

A boa-fé absoluta, segundo Sérgio Ruy Barroso de Mello, pode ser considerada como requisito *sine quad non* para a realização do contrato de resseguro. Sem ela, não é possível o bom êxito do resseguro em geral. Afinal, no contrato de resseguro, são antecipadamente fixadas as condições e obrigações que devem regular a participação do ressegurador em riscos ainda por ele desconhecidos, no momento de estabelecimento do contrato. O autor refere-se ainda ao atual momento do Direito brasileiro, no que concerne aos contratos, que valoriza a fase anterior à formação do negócio jurídico, devido ao surgimento de expectativas legítimas dos futuros contratantes.¹⁶⁶

Outro princípio de relevo a ser analisado é o da vulnerabilidade. Tal princípio refere-se à tutela do contratante débil, isto é, daquele que se encontra em posição de inferioridade na relação contratual. Em verdade, esse princípio se constitui em corolário indispensável ao princípio constitucional da igualdade das pessoas, disposto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988¹⁶⁷, que garante a todos igual tratamento, sem qualquer discriminação, não passando de mera formalidade jurídica, se o Estado não tratasse de o trazer ao mundo real, através da edição de normas garantidoras dessa igualdade¹⁶⁸.

O princípio da vulnerabilidade, considerando expressamente como um dos orientadores da Política Nacional das Relações de Consumo, consagra-se como o argumento diretor do CDC. A vulnerabilidade está presente na composição de cada

¹⁶⁵ SIGNORINO, Andrea Barbat. **Estudios de derecho de seguros**. Montevideo: La Ley, 2016. p. 486-487.

¹⁶⁶ MELLO, Sérgio Ruy Barroso de. **Contrato de resseguro**. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2011. p. 72.

¹⁶⁷ NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 36.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 37.

um dos diferentes tipos de consumidor, considerados sabidamente como segmentos mais frágeis da sociedade de consumo, uma vez que estão expostos ao fenômeno do “consumerismo” e às adversidades do mercado¹⁶⁹.

A relação contratual de consumo caracteriza-se pela ostensiva e necessária tutela jurídica de uma das partes, princípio delimitador do poder contratual dominante do fornecedor. Essa tutela é indisponível e se dá, apesar da inércia ou aceitação do consumidor, por força do que dispõe o art. 170, V, da Constituição Federal. Todavia, como alerta Paulo Lôbo, ainda que se depare com eventual consumidor economicamente mais forte, a natureza do poder contratual do fornecedor é presumida pela lei¹⁷⁰. Se isto é verdade, se por um momento se admitiu a ficção da igualdade formal, hodiernamente se enfrenta a putativa hipossuficiência do consumidor.

Cabe, entretanto, não esquecer que, dada a assimetria de informações existente entre segurado e agente econômico segurador, este se encontra, ao menos na fase preliminar de formação da avença, em posição débil, e, não, aquele, eis que o segurado é o detentor das informações necessárias à avaliação do risco aderente ao contrato, em razão de seu modelo regulatório.

Fazem-se pertinentes, nesse contexto, os apontamentos de Robert Cooter e Thomas Ulen a respeito do papel do Direito Contratual em tais situações, pois uma

parte importante do fomento de compromisso e cooperação entre as partes contratuais é a troca de informações. Antes de firmarem contrato, as partes têm conhecimento privado sobre o que esperam obter com o estabelecimento do relacionamento, sobre os preços e outras condições com as quais se comprometeriam, sobre o tempo de duração previsto para o relacionamento, sobre os aspectos da promessa que, para eles, são realmente significativos e também sobre aqueles menos relevantes. Além disso, possivelmente uma das partes possua informações sobre o acordo em potencial que a outra não possua, mas que valorize muito. Essas são as situações que configuram a posse de informações assimétricas. O Direito Contratual pode auxiliar as partes privadas a lidarem com informações assimétricas, criando regras de formação e execução que orientem as partes sobre

¹⁶⁹ MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 36.

¹⁷⁰ LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contratos no código do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 705, p. 45, jul. 1994.

quais informações elas têm obrigação de divulgar e sobre quais podem guardar para si mesmas. Em decorrência disso, a segunda finalidade do direito contratual é o incentivo à revelação eficiente de informações concernentes à relação contratual.¹⁷¹

Finalmente, cabe tratar do princípio da justiça contratual. Tal princípio consiste no fato de que cada parte deve obter, por sua prestação, uma adequada contraprestação, correspondente ao valor daquela. Contudo, não se trata a justiça contratual somente como princípio de equivalência em sentido estrito - a exigência de uma equivalência, ao menos aproximada, entre prestação e contraprestação -, mas também como responsável por uma justa distribuição de cargas de riscos, relacionados ao contrato¹⁷².

Nesse contexto, torna-se relevante reiterar a distinção entre justiça formal e justiça substancial. A justiça formal tem por único desiderato assegurar às partes igualdade formal no processo de contratação; já a justiça substancial se preocupa com o efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de ambas as partes. A igualdade pressuposta pela justiça formal é entendida em termos teóricos. Não se indaga se os contratantes são semelhantes, acreditando-se ser suficiente garantir a posição pré-contratual de igualdade teórica de oportunidades. Cada parte, igualmente livre, responsável e esclarecida, está em condições de defender, de forma adequada, seus interesses¹⁷³. Tal posição revela um apego exacerbado à valorização da autonomia privada, pois a ficção de estarem as partes em estrito pé de igualdade confere legitimidade à livre contratação em sentido absoluto.

Imperativo falar, ainda, a respeito da procura de um difícil ponto de equilíbrio entre justiça contratual, boa-fé e autonomia privada, mais especificamente limitando a autonomia privada, mas não a descaracterizando pela boa-fé, nem tampouco pela justiça contratual. Sendo assim, a solução parece ser aquela que, partindo da distinção entre justiça formal e substancial, considera que esta deve ser presumida a partir daquela.

Há, assim, de se presumir que o contrato seja justo, garantidas as condições para a realização da justiça formal, posto que, em geral, são as partes que estão em melhores condições de avaliar se prestação e contraprestação se equilibram e se ônus e riscos estão atribuídos de forma equitativa.

¹⁷¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. São Paulo: Bookmann, 2010. p. 213.

¹⁷² LARENZ, Karl. **Derecho civil, parte general**. 3. ed. Madrid: Derecho Reunidas, 1978. p. 61.

¹⁷³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 220.

Todavia, tal presunção parece diante de casos especiais. Exemplo forte é justamente o contrato de adesão, pois, nesse tipo contratual, como já se referiu, não é facultada a uma das partes maiores discussões sobre as obrigações contraídas¹⁷⁴. Os contratos de seguro de vida e de acidentes pessoais, como já sabido, são, na maioria das vezes, celebrados de forma padronizada e mediante adesão.

Considerando o contrato como instrumento de paz social e alijando-se a clássica ideia de egoísmo individual, há então de se falar em justiça contratual. Nesse caso, os contratantes devem agir de forma justa na relação, sem necessariamente se aproximarem de um senso de justiça, mas evitando definitivamente qualquer ato injusto grave, pois aqui o homem se torna o núcleo de preocupações legais, sempre na perspectiva do coletivo, e o contrato, um instrumento de desenvolvimento da personalidade humana¹⁷⁵.

Realizada a necessária digressão sobre os princípios inerentes aos contratos, aqui elencados como mote para que a análise sirva de supedâneo ao esclarecimento da hipótese de cobertura do sinistro suicídio pelo contrato de acidentes pessoais, cabe reafirmar a plena consciência de que não se esgotou aqui o tratamento da totalidade dos princípios pertinentes aos contratos.

Mas seria pretensão descabida, à guisa de justificativa, a realização, no contexto do presente trabalho, de uma análise exaustiva com o propósito de esgotar o rol de princípios, o que seria tarefa árdua, ainda que o trabalho tratasse exclusivamente deste tema. Assim, torna-se fundamental o exame dos contratos em estudo sob o prisma da Análise Econômica do Direito, já tantas vezes referida, motivo pelo qual, aliás, está a merecer um capítulo específico.

2.4 Análise Econômica do Direito como Ferramenta de Viabilização de Contratos de Seguro

“Se torturarmos os dados suficientemente, eles confessarão tudo” (Ronald Coase)

¹⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3, p. 43 e 44.

¹⁷⁵ NALIN, Paulo R. Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 200.

Inúmeros são os métodos disponíveis ao operador do direito para o exercício de uma exegese. Parece haver, não obstante, uma grande resistência por parte dos juristas em se arrimar em conceitos não próprios da ciência jurídica, talvez por preconceito, talvez por mero desconhecimento.

Essa aversão não se mostra diferente em relação à utilização de conceitos advindos da ciência econômica na aplicação ordinária do ordenamento jurídico, tanto em sua construção, quanto em sua utilização.

Tal posicionamento parece ter sido percebido, com muita acuidade, por Rafael Bicca Machado:

[...] embora possa a alguns parecer desnecessária tal observação, o fazemos porque incrivelmente se vê, lê e ouve, em quase todos os cantos e foros, opiniões e manifestações (no mínimo infantis) que tentam (ou sonham) atribuir ao Direito e – principalmente – aos seus operadores (sejam eles juízes, promotores ou advogados) um caráter quase que divino, como se por meio isoladamente desse se pudesse, tal qual num passe de mágica, fazer desaparecer todos os problemas do mundo e constituir, enfim, uma sociedade livre de desigualdades, escassez e conflitos.¹⁷⁶

Por oportuno, cabe reiterar que afirmativas como a do autor não diminuem a relevância do Direito como instrumento eficaz de apaziguamento social. Não há dúvidas a respeito de sua importante função como meio de efetivação do Estado, em consonância com a ideologia própria de uma comunidade, hodiernamente organizada sob tal forma.

Ao contrário, assertivas como a em debate tendem tornar o direito mais eficaz e factível, ou seja, tentam conferir à ciência jurídica elementos próprios das demais ciências, fazendo com que se construam premissas verdadeiras, ao invés dos perigosos atalhos do sutil sofisma, muitas vezes não percebido pela maioria em tempos em que tudo deve observar o “politicamente correto”, ou seja, em que verdades passam a permear a sociedade sob a forma de verdadeiros clichês, não se apurando sua real capacidade de perfectibilizar ações que, muitas vezes, vão de encontro ao interesses, em realidade, da “maioria”.

Nesse diapasão, ainda pretendendo demonstrar a necessidade de convergência entre as ciências jurídica e econômica, ressalta-se que, se a primeira tem por desiderato

¹⁷⁶ MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 42.

a harmonização das relações sociais por meio de um corpo de normas que traduzem os valores eleitos por uma comunidade, a segunda tem por objeto a escassez dos recursos, que, se não solvida, gera, por sua vez, desarmonia. Ora, seus objetos se encontram e se articulam em prol de um objetivo em comum: a paz social por meio da distribuição, de acordo com a norma vigente, dos bens da vida.

Como bem aponta Douglass C. North, as instituições são constituídas com vistas à redução das incertezas por meio das interações humanas, o que não significa, implicitamente, que os resultados obtidos sejam, necessariamente, eficientes do ponto de vista puramente econômico.¹⁷⁷

Desse modo, querer aplicar o Direito sem se socorrer de premissas verdadeiras e conceitos genuínos de economia parece ser um bom caminho para o insucesso de uma relação contratual, tomando-se por base, à guisa de exemplo, premissa inculpada no Código Civil Brasileiro, como a constante em seu artigos 476 e seguintes¹⁷⁸.

Os artigos 476 e 477 do Código Civil Brasileiro tratam da teoria de exceção de contrato não cumprido; já os artigos 478, 479 e 480, por sua vez, falam da resolução por onerosidade excessiva.

Nesse contexto, caberia perguntar-se: como analisar o equilíbrio de obrigações, o caso em concreto, sem tomar por emprestados conceitos mezinhos da economia, tais como os de custos de transação, custos de transação de troca, regras de demanda e oferta?

¹⁷⁷ RTH, Douglass C. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998. p. 15: “As instituições são formadas para reduzir incertezas por meio da estruturação das interações humanas, o que não significa implicitamente que os resultados serão eficientes, no sentido dado a esse termos pelos economistas. A questão é tanto o significado da racionalidade como as características das transações, que impedem que os atores atinjam, em conjunto, o resultado idenel de um modelo de custo de transação zero.”

¹⁷⁸ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario/Sumulas.asp?sumula=1994>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

Mais ainda, como analisar o equilíbrio de obrigações de cunho econômico, desconhecendo seus conceitos mínimos e adotando uma posição de humildade intelectual frente ao reconhecimento da necessidade de utilização de conceitos não próprios da ciência de que se é operador frequente?

No caso em exame, os conceitos de custo de transação¹⁷⁹, em suas diferentes espécies e contextos, são importantíssimos para uma análise precisa da hipótese de quebra contratual, motivada por exceção de contrato não cumprido ou resolução por onerosidade excessiva, eis que se constituem em suporte para a verificação da incidência das normas adequadas, para a verificação do simples descumprimento contratual ou da necessidade de revisão de cláusulas contratuais que envolvam as obrigações da avença, em um novo cenário.

Outra noção bastante relevante para a definição dos custos diz respeito à sua classificação em: explícitos, ou seja, aqueles que exigem desembolso monetário da empresa; implícitos, ou seja, aqueles que pressupõem um desembolso monetário¹⁸⁰; fixos, ou seja, aqueles que não variam de acordo com a quantidade produzida; e variáveis, ou seja, aqueles que oscilam de acordo com a quantidade produzida.¹⁸¹

De igual modo, a forma de tratamento conferida pelo Código Civil Brasileiro, em seu artigo 421¹⁸², à função social do contrato, permite concluir que o instituto detém uma função econômica, referente à circulação de bens e serviços, viabilizando as trocas econômicas e o próprio funcionamento do mercado¹⁸³.

Como bem assevera Fernando Araújo, um dos objetivos econômicos do Direito é a promoção da eficiência através do incentivo à vinculação ótima dos

¹⁷⁹ BARCELOS, Raphael Magalhães; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. **A nova economia institucional: teoria e aplicações**. Brasília, DF: UNB, 2003. p. 34: “Os custos de transação são afetados tanto pela tecnologia quanto pelos direitos de propriedade. Os custos de transação são dois: o de transação de produção e o de transação de troca. Os custos de transação de produção são os custos de produção invisíveis (Alston 1999) e são relacionados, basicamente, a custos de monitoração. A tecnologia pode diminuir esses custos de monitoração.

[...]

Há também, os custos de transação de troca. Esses custos incluem os custos associados a negociação e reforço dos contratos (Alston 1999). Os custos de transação de troca são custos que ocorrem numa transação em que não há produção envolvida diretamente e sim apenas uma troca.”

¹⁸⁰ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 271.

¹⁸¹ Ibid., p. 271.

¹⁸² Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario_Sumulas.asp?sumula=1994>. Acesso em: 22 nov. 2017.

¹⁸³ TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva vs eficiência econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 876, p. 11-43, out. 2008. p. 115.

devedores, aqui entendida como aquela que maximiza as probabilidades de cumprimento das obrigações contratuais¹⁸⁴.

É ainda pertinente reiterar que a celebração e o cumprimento do contrato implicam investimentos das partes, sejam aqueles necessários ao cumprimento dos deveres contratuais por parte de quem esteja a eles adstrito, sejam diversos outros que qualquer das partes pode fazer, confiando no cumprimento do contrato pela outra. O contrato é, assim, instrumentalizado como um meio que propicia o atingir finalidades de realização econômica, para além dos meros interesses do próprio objeto de um dado contrato¹⁸⁵.

Quando a Administração Pública contrata, tal não é diferente, eis que há a possibilidade de modificação do instrumento, mesmo após a realização do certame licitatório, se verificado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme artigo 65, inciso I, alínea “d”, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993,¹⁸⁶ situação em que o domínio de conceitos de economia são, de igual modo, imprescindíveis para uma correta avaliação, com o fito de profilaxia de burlas ao disposto na norma.

Em contratos de vulto, envolvendo operações complexas e, até mesmo, de mercado regulado, conceitos como economia de mercado, falhas de mercado, externalidades e poder de mercado se fazem presentes cotidianamente, ao se analisarem eventuais possibilidades de rupturas contratuais.

Tem-se uma economia de mercado quando pessoas jurídicas e pessoas naturais decidem onde operar e trabalhar, o que comprar e como consumir seus rendimentos. Tais pessoas interagem entre si, sendo orientadas pelo preço e por seus próprios interesses¹⁸⁷.

¹⁸⁴ ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos: a abordagem econômica e a tutela dos interesses contratuais. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 120.

¹⁸⁵ ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos: a abordagem econômica e a tutela dos interesses contratuais. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 131.

¹⁸⁶ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 nov. 2017.

¹⁸⁷ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 9.

Essa dinâmica, chamada economia de mercado, pode apresentar falhas, que surgem quando o mercado, por si só, é incapaz de alocar recursos eficientemente, devido, via de regra, a uma externalidade, ação ou conjunto de ações que impactam o bem-estar dos que estão em torno.¹⁸⁸

Outra causa muito comum de manifestação de falhas é o poder do mercado, ou seja, a capacidade de um único agente ou um grupo de agentes influenciar significativamente preços e condições do mercado.¹⁸⁹

Conceitos precisos como os apontados até agora são essenciais à formatação e à melhor compreensão de novos conceitos, muitas vezes híbridos, que se apóiam em elementos da economia e do direito, de que é exemplo o de mercado relevante.

Bruno Miragem percebe bem a dinâmica do conceito, que, segundo o autor, deve ser avaliado de acordo com critérios geográficos e materiais, que apresentem a possibilidade de influenciar o comportamento dos agentes econômicos e consumidores.¹⁹⁰

Tal conceito encerra em si uma dificuldade, como bem apontado, sendo delicada sua aplicação, ainda que se considere a natureza aparentemente simples dos elementos empregados em sua definição, ou seja, a existência de substitutos tanto do ponto de vista da demanda, como da oferta, produtos esses que o consumidor identifica como sendo substitutos que comportem a existência de produtores com a possibilidade real de produzi-los¹⁹¹.

Nessa esteira, o conceito de bens, na ótica da lei da demanda, pressupõe a manutenção da demanda, pois, se a quantidade demandada de um bem aumenta, o preço do bem diminui. Assim, os bens são classificados como normais, inferiores, substitutos e complementares.¹⁹²

Bens normais são aqueles em que tudo o demais é mantido constante; e, em havendo aumento de renda, há, em consequência, um aumento de sua demanda. Em contrapartida, bens inferiores são aqueles em que tudo o demais é mantido

¹⁸⁸ Ibid., p. 11.

¹⁸⁹ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 11.

¹⁹⁰ MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 150.

¹⁹¹ Ibid., p. 154.

¹⁹² Ibid., p. 68.

constante, mas, em havendo um aumento de renda, há uma diminuição de sua demanda.¹⁹³

Já o conceito de bens substitutos se manifesta quando tudo o demais é mantido constante, mas, havendo o aumento de preço de um deles, perfectibiliza-se o aumento de demanda pelo outro. Finalmente, bens complementares são aqueles em que o aumento no preço de um deles leva à redução da demanda pelo outro.¹⁹⁴

Outro instituto do direito civil que merece a atenção dos juristas em relação à necessidade de definição mais precisa dos conceitos econômicos é o de responsabilidade civil. A premissa geral, contida no artigo 927 do Código Civil Brasileiro, sobre o dever de indenizar àquele a quem se causa dano, parece necessitar de uma análise econômica, notadamente, nas hipóteses de dano moral, cujos parâmetros são a capacidade econômica de sujeitos passivo e ativo, e, naquelas, de caráter pedagógico, possíveis no caso concreto, de acordo com a premissa anterior¹⁹⁵.

Em pertinente artigo sobre o tema, Rafael de Freitas Valle Dresch contextualiza muito bem o instituto de responsabilidade civil sob a ótica econômica, valendo-se, para tanto, sobretudo, da lógica da distribuição de custos.

Diz o autor que, para se realizar uma distribuição, é necessário determinar a quem dar, devendo essa determinação se pautar pela igualdade. A igualdade ao repartir, em oposição à igualdade nas transações, não deve olvidar as qualidades dos sujeitos passivos da distribuição e tratar a todos como seres dotados com as mesmas capacidades e condições, pois, ao proceder de tal forma, pode-se ocasionar a entrega de bens demasiados a quem não os merece, ou, o inverso, possibilitando, com isso, um enriquecimento sem causa, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Dando prosseguimento à reflexão, destaca ainda que, para se pensar em uma distribuição que obedeça ao critério de igualdade em uma comunidade

¹⁹³ Ibid., p. 68.

¹⁹⁴ MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 68.

¹⁹⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1994>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

pluralista, é necessário analisar as qualidades dos participantes (agentes) em relação aos bens e encargos a serem distribuídos.¹⁹⁶

Frente a tais exemplos, torna-se não menos importante examinar o papel desempenhado pelo Estado nas relações privadas e, conseqüentemente, na economia, pois tal premissa, se analisada como princípio, confere a lógica a uma correta interpretação do caso em concreto, bem como coerência ao sistema.

Este debate é travado e provocado de modo desafiador por Eros Roberto Grau, em a Ordem Econômica na Constituição de 1988. Nessa obra, o autor examina não só o Estado moderno, bem como o contemporâneo, ou seja, o Estado como agente regulador da economia.¹⁹⁷

Não deixa de parecer surpreendente, não obstante, a afirmação do autor de que o mercado é uma instituição jurídica constituída pelo direito positivo, o direito posto em ação pelo Estado moderno.

Por esse raciocínio, a expressão mercado, a partir do final do século XVIII, deixa de significar exclusivamente o lugar no qual são praticadas relações de troca, passando a expressar a noção de projeto político, como princípio de organização social.

Dando continuidade à sua reflexão, o autor é enfático ao reiterar que o mercado, além de lugar e princípio de organização social, é instituição jurídica, institucionalizada e conformada pelo direito exercido pelo Estado. Sua consistência advém da segurança e certeza jurídicas que essa institucionalização instala, permitindo a previsibilidade de comportamentos e o cálculo econômico¹⁹⁸.

A microeconomia, disciplina integrante da ciência econômica, aporta elementos e conceitos capazes de melhor fazer entender, sob o ponto de vista do privado, a dinâmica das relações de troca entre seus agentes, ou seja, o mercado.

Essa disciplina também traz grande contribuição à ciência econômica, ao se apropriar da teoria dos jogos, em seus diversos momentos históricos, tendo em vista se constituir em instrumento para o estudo da tomada de decisões individuais de

¹⁹⁶ DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005. p. 135-136.

¹⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 15 e seguintes.

¹⁹⁸ Ibid., p. 35 e 37.

famílias e de empresas (agentes) e em mecanismo de interação entre mercados específicos¹⁹⁹.

Nesse contexto, parte-se, então, do pressuposto de que a teoria dos jogos representa um método de abordagem formal de processos de tomada de decisão por parte dos agentes que reconhecem sua reciprocidade de interação.²⁰⁰

Contudo, antes da abordagem propriamente dita da teoria dos jogos, imperiosa se faz a análise de alguns conceitos de microeconomia, conformadores, no mais das vezes, do cenário de aplicação de tal teoria.

Esclarecidos os conceitos fundamentais que alicerçam um bom entendimento a respeito de teoria dos jogos, a qual, na visão de Gregory Mankiw, constitui-se no estudo do comportamento das pessoas em situações estratégicas, passa-se à análise de tal teoria.

Na perspectiva da teoria dos jogos, o jogo é concebido como um modelo formal, envolvendo técnicas de descrição e análise, no qual as ações de cada agente (qualquer indivíduo ou conjunto de indivíduos) são consideradas individualmente, posto que afetam os demais, e, de modo racional, eis que empregam os meios mais adequados aos objetivos almejados, sejam quais forem tais objetivos.²⁰¹

Há os jogos simultâneos, nos quais cada jogador ignora as decisões dos demais no momento em que toma a sua própria, e os jogadores não se preocupam com as consequências futuras de suas escolhas. Em contrapartida, jogos sequenciais são aqueles em que os jogadores realizam seus movimentos, obedecendo a uma ordem predeterminada.²⁰²

Ao se analisar um jogo, torna-se fundamental a identificação da estratégia dominante, pois esse conhecimento auxilia na tomada mais precisa de decisão, posto que aquele que estiver em situação mais frágil, tenderá a perder menos, e, *contrario sensu*, aquele que estiver em situação mais forte, poderá, ao se identificar em tal posição, obter uma vitória mais robusta.

Nesse cenário, a proposta é atingir o chamado equilíbrio de Nash, ou seja, a utilização de uma combinação de estratégias para obter um equilíbrio, na qual cada

¹⁹⁹ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 27.

²⁰⁰ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 3.

²⁰¹ Ibid., p. 3.

²⁰² Ibid., p 27 e 31.

estratégia escolhida represente a melhor resposta possível às estratégias empregadas pelos demais jogadores.²⁰³

Outra distinção relevante é a estabelecida entre os jogos cooperativos e não cooperativos, sendo os primeiros aqueles em que os jogadores podem estabelecer compromissos entre si, e esses compromissos possuem garantias efetivas; já os segundos, aqueles em que os jogadores não podem estabelecer compromissos garantidos²⁰⁴. Finalmente, em relação às estratégias, elas são definidas como mistas ou puras: as mistas se estruturam de modo aleatório com o fito de surpreender os demais jogadores; já as puras se organizam de modo sistemático.²⁰⁵

Examinados tais conceitos, procurou-se, à guisa de ilustração, um exemplo concreto, no qual se podem examinar os jogadores envolvidos em uma negociação contratual que pode se frustrar e ser discutida em juízo, ou seja, levada ao Poder Judiciário, para que esse dê uma solução ao caso em concreto.

Tabela 1 - Teoria do Jogos

	Ação Judicial	Não Proposição de Ação
Negociação Extrajudicial	4, 5	5,5
Não Negociar	5,4	-1,-1

Fonte: Elaborada pelo autor.

No caso em tela, os jogadores têm a possibilidade de, diante de uma controvérsia, propor uma ação judicial e não negociar, hipótese em que ambos perderiam.

Na hipótese de ambos abandonarem o contrato, ou seja, não negociarem e não discutirem judicialmente, os dois jogadores perderiam.

Já na hipótese de negociação extrajudicial e não propositura de ação, ambos ganhariam em igual proporção.

O exemplo parece forçado; todavia, levando-se em consideração os custos de oportunidade, em razão do longo período de tramitação de um processo, bem como da incerteza quanto à sintonia com o que pensam os jogadores acerca do

²⁰³ Ibid., p. 61.

²⁰⁴ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 73.

²⁰⁵ Ibid., p. 75.

contrato e quanto ao entendimento correlato do julgador, parece tranquilo o privilégio desta opção.

Na hipótese de negociação extrajudicial, caso fosse essa a decisão, ambos jogadores fariam concessões mútuas, mas construiriam uma decisão em menor tempo, podendo auferir do negócio renda capaz de ser investida em outras oportunidades, que poderiam surgir ao longo do período hipotético de uma tramitação processual.

De igual modo, o risco de uma decisão totalmente desconectada com o que pensam os jogadores, também cai por terra, tendo em vista tratar-se de deliberação construída por ambos, tendo esses a exata noção do que perderiam, do que poderiam ganhar e de como poderiam compensar eventuais perdas.

Diante da importância de tais noções, a Análise Econômica do Direito propõe o exame das instituições jurídicas sob o prisma da eficiência, ou seja, com a preocupação de que os recursos são escassos e as necessidades infinitas. Em sua perspectiva, as instituições jurídicas devem operar de modo sustentável, servindo de instrumento viabilizador de uma alocação correta de recursos, o que, de modo algum, limita o debate apenas a tal ponto, pois o que se propõe ao jurista é apenas e tão-somente que não se olvide das questões empíricas, inerentes ao campo de jogos denominado mercado: uma situação de livre atuação dos agentes econômicos tal que, funcionando em qualquer um de seus atributos de produtor, acumulador ou consumidor, se comprem e vendam mutuamente bens e serviços, por oposição a uma situação de afetação entre os agentes econômicos. O mercado pode, assim, definir-se como o campo de jogos em que a atividade econômica, o jogo econômico, se desenvolve, não importando os constrangimentos que os agentes exerçam uns sobre os outros, ou que o Estado exerça sobre todos, mas, apenas, que a ação de vender e comprar por parte de um agente econômico seja livre no quadro e no limite dos graus de liberdade em que ele pode se movimentar.²⁰⁶

De acordo com Richard Posner, a Análise Econômica do Direito fornece importantes contribuições para a compreensão das instituições e do comportamento das sociedades primitivas e antigas. Os conceitos econômicos que perpassam sua argumentação são a incerteza e o custo da informação. Tais fatores explicam também as formas assumidas pela seguridade e as razões por que essas

sociedades conferem mais importância à responsabilidade objetiva do que as modernas. Tais ideias demonstram o alcance e a força do modelo econômico para explicar o comportamento econômico e as instituições sociais.²⁰⁷

Nesse contexto, o autor comenta que os economistas dispõem de técnicas para pecuniarizar os custos e benefícios não pecuniários, estudando, por exemplo, aqueles em que as pessoas incorrem para economizar tempo ou evitar danos. Esses custos pecuniários se tornam, assim, uma estimativa mínima do valor que o tempo ou a não ocorrência de danos têm para elas. A Análise Econômica do Direito recomenda que essas técnicas sejam empregadas, tanto quanto possível, para possibilitar uma análise de custo-benefício das condutas regulamentadas pelas leis. A novidade no movimento “Direito e Economia” consiste simplesmente em insistir que os juízes, ao tomarem decisões, exerçam sua ampla discricionariedade, de tal modo que se produzam resultados eficientes, no sentido mesmo daqueles que evitem o desperdício social, como, por exemplo, acidentes, cujos resultados penalizem a não tomada de precauções, pois os custos se justificariam, ou a recusa a tomar precauções, pois os custos as justificariam.²⁰⁸

Vai na mesma direção a contribuição de Robert Cooter e Thomas Ulen, ao mencionarem que a Análise Econômica do Direito é um tema interdisciplinar que reúne dois grandes campos do estudo e facilita uma maior compreensão de ambos. A economia ajuda a perceber o Direito de uma maneira nova, que é extremamente útil para os advogados e para qualquer pessoa interessada em questões relativas às políticas públicas. Muitas pessoas veem o Direito apenas em seu papel de provedor de justiça. A Análise Econômica do Direito propõe a leitura dos instrumentos legislativos como incentivos a mudanças de comportamento, isto é, como preços implícitos, e como instrumentos para se atingirem os objetivos de políticas públicas com eficiência e distribuição.²⁰⁹

Pertinente ainda a contribuição de Ronald Coase, especialmente no que concerne à elaboração da teoria da firma. Em artigo histórico denominado “A Natureza da Firma”, o autor propõe uma resposta para o surgimento da firma, ou seja, uma explicação para a razão pela qual os seres se organizam neste formato

²⁰⁶ ABECASSIS, Fernando. **Análise económica**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 193.

²⁰⁷ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 269-270.

²⁰⁸ Ibid., p. XIV.

²⁰⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. São Paulo: Bookmann, 2010. p. 33.

para a atuação em mercado. O principal motivo pelo qual é lucrativo estabelecer uma firma parece ser a existência de um custo na utilização do mecanismo de preços. É verdade que os contratos não são eliminados quando existe uma firma, mas são significativamente reduzidos.²¹⁰

A esse respeito, faz-se importante estabelecer uma correlação com o mutualismo, tão bem definido por Adilson Campoy, ao mencionar que a mutualidade somente pode se desenvolver no âmbito de uma empresa cientificamente organizada. Segundo o autor, o seguro é a técnica da solidariedade pela mutualidade, só podendo se realizar pela intermediação de um segurador profissional que, tomando sob sua responsabilidade um conjunto de riscos, os compensa em conformidade com as leis da estatística. Assim, cabe à empresa de seguros angariar segurados, cobrar e receber deles os prêmios devidos, organizar a mutualidade de acordo com as mais refinadas técnicas e determinações oficiais, de tal sorte que os azares que golpearem alguns dos segurados sejam suportados pela coletividade por ela administrada. O segurador, por sua vez, realizará pagamentos de capitais com o fundo constituído pelos prêmios pagos pelo conjunto de segurados que compõem a mutualidade, sendo, portanto, gestor de fundos constituídos com recursos pecuniários de terceiros (segurados), o que significa dizer que lida com a economia popular, razão pela qual universalmente as sociedades seguradoras são submetidas a intenso controle do Estado.²¹¹

Cabe aqui relembrar a noção de solidariedade, tal como é definida por José Fernando de Castro Farias, ao propor o discurso solidarista corresponde a uma nova forma jurídico-política, que assume uma nova função simbólica e uma nova capacidade de ação na sociedade. Segundo o autor, a vida social não pode mais ser pensada fora do combate permanente, fora de turbulências, nas quais:

[...] uma pluralidade de formas de vida afeta todos os grupos que se encontram, se afrontam, se combatem, se aliam ou se acomodam entre si no interior de um espaço onde os homens nascem, por acaso. As épocas em que as hierarquias 'naturais' podiam conter essa efervescência não existem mais. O discurso solidarista tenta

²¹⁰ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 38-39.

²¹¹ CAMPOY, Adilson José. **Contrato de seguro de vida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 20.

forjar uma unidade levando em conta essa pluralidade da vida social.²¹²

Chama-se aqui a atenção para os excessos de uma leitura solidarista, como alerta Luciano Timm, ao expor que tal modelo de contrato enseja uma maior intervenção estatal nas relações privadas, acabando por se mostrar ineficaz nesta era de internacionalização da economia. A imprevisibilidade dele decorrente, alerta o autor, tende a servir de desincentivo para investimentos externos no país. Propõe, assim, uma leitura do instituto a partir do modelo econômico, ou seja, de sua compreensão como uma transação de mercado entre duas ou mais partes, mas, lembrando sempre que os contratos existem porque nenhum homem é autossuficiente.²¹³

Oliver Williamson, nessa mesma perspectiva de um modelo econômico de contrato, destaca que o benefício de articular Direito, Economia e Organizações no estudo dos contratos decorre do uso diligente que a economia dos custos de transação lhes confere. A análise dos contratos incompletos em seu conjunto pode ser facilitada pela substituição do conceito acadêmico de contrato como regra jurídica por aquele inspirado no ordenamento privado e pelo questionamento sobre o quanto ele logra economizar em termos de custos transacionais.²¹⁴

Sensível à necessidade de se analisar a eficiência das instituições, o Poder Judiciário brasileiro, especialmente o Superior Tribunal de Justiça (STJ), responsável pela uniformização da jurisprudência infraconstitucional nacional, bem como pela interpretação da lei federal, tem demonstrado, cada vez mais, sua recorrência à utilização da ferramenta da Análise Econômica do Direito, evidenciando um compromisso com a aplicabilidade de suas decisões, a exemplo do que afirma, empiricamente, Ronald Coase, ao se referir à realidade da *Common Law*.²¹⁵

²¹² FARIAS, José Fernando de Casto. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 195 e 207.

²¹³ TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 143.

²¹⁴ WILLIAMSON, Oliver. Por que direito, economia e organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel. **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005. p. 46-47.

²¹⁵ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 120.

Atente-se, por exemplo, ao acórdão 1.193.040 - RS (2010/0085543-2)²¹⁶, que trata do tema equilíbrio atuarial dos contratos de previdência complementar de renda, cuja ementa segue:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REVISÃO DE PENSÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PERÍCIA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO.

I.- Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação.

II.- É inadmissível o recurso especial quanto à questão que não foi apreciada pelo Tribunal de origem.

III.- Impõe-se a realização da perícia requerida, na hipótese em que o Tribunal de origem não se utilizou de fundamentos técnicos suficientes para deferir a revisão do valor do benefício, para que seja possível apurar se realmente ocorreu o desequilíbrio contratual alegado pela autora, bem como se a pretendida revisão afetará o equilíbrio econômico atuarial da entidade de previdência privada.

Em seu voto, acatado pelo colegiado, o relator do recurso especial, Min. Sidnei Benetti, reforma a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do RS, sob a seguinte motivação:

Assim, a revisão do pensionamento foi feita sem que fossem apuradas questões essenciais ao reconhecimento do direito da autora, tais como: a) a conformidade do cálculo do benefício com o contrato ajustado; b) a adequação do Plano subscrito à legislação vigente sobre a matéria; c) a causa da redução do benefício esperado; e d) os efeitos da revisão do valor do benefício nas reservas da entidade de previdência privada.

Dessa forma, impõe-se a realização de perícia técnica, com base em cálculos atuariais, para que se apure se realmente ocorreu o alegado desequilíbrio contratual, bem como se a pretendida revisão afetará o equilíbrio econômico atuarial da entidade de previdência privada, de forma a concluir, com base nesses elementos, se, no caso, deve-se proceder à revisão dos benefícios.²¹⁷

²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso especial nº 1.193.040 - RS (2010/0085543-2)**. Recorrente: MBM Previdência Privada. Recorrido: Eloa Mariana dos Santos Caetano - Sucessão. Relator: Ministro Sidnei Benetti. Brasília, DF, Julgado em 17 de junho de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000855432&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

²¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso especial nº 1.193.040 - RS (2010/0085543-2)**. Recorrente: MBM Previdência Privada. Recorrido: Eloa Mariana dos Santos Caetano - Sucessão. Relator: Ministro Sidnei Benetti. Brasília, DF, Julgado em 17 de junho de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000855432&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

Também no acórdão nº 1.163.283 - RS (2009/0206657-6)²¹⁸, referente à matéria bancária, o relator, Min. Luis Felipe Salomão, ao invés de se utilizar de mecanismos processuais, emprega a Análise Econômica do Direito para fundamentar sua decisão:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO.

1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.

2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito.

3. A Lei n. 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato.

4. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes.

5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004.

6. Recurso especial provido.

²¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso especial nº 1.163.283 - RS (2009/0206657-6)**. Recorrente: Banco do Estado do Rio Grande do Sul SA. Recorrido: Ignez Ivone Alovisi Galo e outros. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão Brasília, DF, Julgado em 26 de junho de 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902066576&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

Eis um trecho de sua fundamentação em que fica clara a utilização da Análise Econômica do Direito:

Nessa ordem de ideias, doutrinadores da área jurídica e também da área econômica identificaram a Lei 10.931/2004 como um dos instrumentos que caracterizaram a primeira fase da reforma do judiciário, iniciada com EC n. 45/2004 e apontaram ambas, a lei e a emenda constitucional, como realizações das teorias desenvolvidas pela Análise Econômica do Direito – AED, comumente denominada Escola de Chicago, que tem como marco importante os estudos de Roland Coase, advogado norte-americano, Prêmio Nobel de Economia no ano de 1991. (MONTEIRO. Renato Leite. Análise econômica do direito: uma visão didática. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo. 04 a 07 de novembro de 2009).

Tal doutrina tem como pressuposto o aumento do grau de previsibilidade e eficiência das relações intersubjetivas, próprias do Direito, a partir da utilização de postulados econômicos para aplicação e interpretação de princípios e paradigmas jurídicos.

Com efeito, a análise econômica do direito não pretende, por óbvio, esclarecer seus estudiosos, submeter as normas jurídicas à economia, mesmo porque o Direito não existe para atender exclusivamente aos anseios econômicos. Por outro lado, visa à aproximação das normas jurídicas à realidade econômica, por meio do conhecimento de institutos econômicos e do funcionamento dos mercados. A interação das duas ciências é o mote da Escola, não a exclusão de uma pela outra. A regulamentação jurídica, acreditam os defensores da escola econômica, pode influenciar empreendimentos econômicos e promover o desenvolvimento e a mudança social.

Por outro lado, analisando a função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil de 2002, normalmente estudada a partir da ideia de justiça social e de justiça distributiva inerentes ao Estado Social, Luciano Benetti Timm apresentou estudo sob a ótica da escola de análise econômica do direito acima referida. (TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia, e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. In: Revista de direito bancário e do mercado de capitais, v. 9, n. 33, p. 15-31, jul./set. 2006).

O autor aduz que a análise econômica da 'função social do contrato' permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais, capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos.

Explica o professor que a análise econômica do direito permite medir, sob certo aspecto, as externalidades do contrato (impactos econômicos) positivas e negativas, orientando o intérprete para o caminho que gere menos prejuízo à coletividade, ou mais eficiência social. A coletividade deixa de ser encarada apenas como a parte fraca do contrato e passa a ser vista como a totalidade das pessoas que efetivamente ou potencialmente integram um determinado mercado de bens e serviços, como no caso do crédito.

Dessa forma, a análise econômica do direito aposta no efetivo cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis, por

exemplo, como pressuposto para o sucesso do sistema como um todo. A satisfação de cada um dos pactos celebrados entre financiadores e financiados, individualmente considerados, é requisito para que o sistema evolua e garanta o beneficiamento de outros tantos sujeitos, de toda coletividade interessada.²¹⁹

Finalmente, no acórdão 1.568.244 - RJ (2015/0297278-0)²²⁰, o Min. Ricardo Villas Bôas Cueva deixa nítida a preocupação com os impactos econômicos de sua decisão em relação à tema trágico, qual seja, a validade de cláusula contratual em seguro saúde que prevê reajustes de prêmios de acordo com a faixa etária dos segurados, a ver:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. MODALIDADE INDIVIDUAL OU FAMILIAR. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. LEGALIDADE. ÚLTIMO GRUPO DE RISCO. PERCENTUAL DE REAJUSTE. DEFINIÇÃO DE PARÂMETROS. ABUSIVIDADE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. EQUILÍBRIO FINANCEIRO-ATUARIAL DO CONTRATO. 1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, caput, e 16, inciso IV, da Lei nº 9.656/1998). 2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos. 3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde. 4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os

²¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso especial nº 1.163.283 - RS (2009/0206657-6)**. Recorrente: Banco do Estado do Rio Grande do Sul SA. Recorrido: Ignez Ivone Alovisi Galo e outros. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão Brasília, DF, Julgado em 26 de junho de 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902066576&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

²²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso especial nº 1.568.244 - RJ (2015/0297278-0)**. Recorrente: Maria das Gracas As. Recorrido: Samoc S/A Soc Assistencial Medica e odontocirurgica. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, Julgado em 5 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=60645693&num_registro=201502972780&data=20160518&formato=PDF>. Acesso em: 23 nov. 2017.

de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do community rating modificado). 5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção). 6. A norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003, que veda 'a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade', apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, aquele sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato. 7. Para evitar abusividades (Súmula nº 469/STJ) nos reajustes das contraprestações pecuniárias dos planos de saúde, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e as cláusulas gerais da boa-fé objetiva e da especial proteção ao idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) respeito às normas expedidas pelos órgãos governamentais:

a) No tocante aos contratos antigos e não adaptados, isto é, aos seguros e planos de saúde firmados antes da entrada em vigor da Lei nº 9.656/1998, deve-se seguir o que consta no contrato, respeitadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS. b) Em se tratando de contrato (novo) firmado ou adaptado entre 2/1/1999 e 31/12/2003, deverão ser cumpridas as regras constantes na Resolução CONSU nº 6/1998, a qual determina a observância de 7 (sete) faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de 70 anos não poderá ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para os usuários entre 0 e 17 anos), não podendo também a variação de valor na contraprestação atingir o usuário idoso vinculado ao plano ou seguro saúde há mais de 10 (dez) anos. c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

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

Estado. 9. Se for reconhecida a abusividade do aumento praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária do usuário, para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do CDC, a apuração de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em virtude da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença. 10. TESE para os fins do art. 1.040 do CPC/2015: O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso. 11. CASO CONCRETO: Não restou configurada nenhuma política de preços desmedidos ou tentativa de formação, pela operadora, de 'cláusula de barreira' com o intuito de afastar a usuária quase idosa da relação contratual ou do plano de saúde por impossibilidade financeira. Longe disso, não ficou patente a onerosidade excessiva ou discriminatória, sendo, portanto, idôneos o percentual de reajuste e o aumento da mensalidade fundados na mudança de faixa etária da autora. 12. Recurso especial não provido. ACÓRDÃO

Eis um trecho de sua fundamentação:

As questões controvertidas nestes autos são: a) se houve negativa de prestação jurisdicional pela Corte de origem quando do julgamento dos embargos de declaração e b) se é válida a cláusula contratual de plano de saúde da modalidade individual ou familiar que prevê o aumento da mensalidade conforme a mudança de faixa etária do usuário.

No caso dos autos, as prestações mensais da recorrente sofreram majoração no percentual de 88% após ela ter completado a idade de 59 (cinquenta e nove) anos, o que, segundo alega, configuraria abuso e onerosidade excessiva, visto que desequilibraria o contrato e impossibilitaria a sua permanência no plano de saúde, em afronta aos direitos do consumidor.

Cumprido destacar, preliminarmente, que a matéria a ser apreciada no Supremo Tribunal Federal (STF) em repercussão geral (RE nº 630.852 RG/RS), qual seja, o tema 381 - aplicação do Estatuto do Idoso a contrato de plano de saúde firmado anteriormente a sua vigência, com ênfase no controle do aumento da contribuição em razão de ingresso em faixa etária diferenciada, não influencia no julgamento da presente hipótese, porquanto a autora aderiu ao plano de assistência à saúde em 6/9/2005, data posterior à vigência da Lei nº 10.741/2003, portanto.

A despeito disso, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o reconhecimento de repercussão geral não impede o trâmite normal do recurso especial que verse sobre o mesmo tema, assegurando, apenas, o sobrestamento do recurso extraordinário a ser eventualmente interposto. Isso porque não há invasão de competências, já que cabe ao Superior Tribunal de Justiça aplicar o Direito ao caso concreto conforme a melhor interpretação da legislação federal

infraconstitucional, ao passo que ao Supremo Tribunal Federal cumpre apreciar hipóteses de afronta à norma da Constituição Federal.

Extraí-se, assim, que os percentuais de variação entre as faixas etárias ficaram sob a responsabilidade da operadora de plano de saúde, que tem liberdade para impor os preços no produto oferecido, com amparo em estudos atuariais.

Apesar disso, o órgão regulador, ainda embasado nos conceitos de prevenção da antisseletividade e de solidariedade intergeracional - os beneficiários das faixas mais jovens subsidiam os de faixa etária mais avançada -, ainda dispõe que (i) 'o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária' (variação de 500% ou 6 vezes) e (ii) 'a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas [145% ou 2,45 vezes] não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas' (145% ou 2,45 vezes). Esta última regra '[...] visa reduzir os percentuais de variação nas últimas faixas etárias (acima de 49 anos), obrigando que parte da variação que poderia ser alocada a tais idades seja diluída pelas primeiras sete faixas'. (fl. 649).²²¹

Há uma clara preocupação, no voto relator, em sopesar, de forma adequada, o princípio da solidariedade intergeracional, sem provocar o fenômeno da seleção adversa, qual seja, a criação de barreiras ao ingresso dos mais jovens, tendo em vista a desproporção de valores de prêmios em relação ao seu risco.

Recupera-se, a esse propósito, a contribuição de Luciano Timm, ao lembrar que o fenômeno da seleção adversa foi identificado por George Akerlof em 1970, refere-se, especificamente, ao caso de uma das partes estar mal informada sobre qualidades ou serviços específicos. Nesse caso, a parte mal informada, por conta de sua incerteza, necessitaria de maior incentivo do que aquele normalmente exigido para participar de uma transação. Ao fim e ao cabo, alguns desses agentes se afastam do mercado, diminuindo o número de transações.²²²

Examinadas as questões que ainda restavam para a composição do supedâneo teórico necessário à fundamentação da análise a que serão submetidos os contratos, objeto de deste trabalho, preparado está o terreno para o enfrentamento da questão crucial desta pesquisa: a avaliação da hipótese de cobertura do sinistro suicídio pelos contratos de seguro de acidentes pessoais, sob

²²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso especial nº 1.568.244 - RJ (2015/0297278-0)**. Recorrente: Maria das Gracas As. Recorrido: Samoc S/A Soc Assistencial Medica e odontocirurgica. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, Julgado em 5 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=60645693&num_registro=201502972780&data=20160518&formato=PDF>. Acesso em: 23 nov. 2017.

²²² TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas: 2012. p. 167.

a perspectiva do Direito Regulatório, posto que tais noções não de ser agora contextualizadas à análise.

2.5 Direito Regulatório: noções atualizadas para exame de situações concretas

“É graças a Deus que o Brasil tem saído de situações difíceis. Mas, graças ao diabo, é que se mete em outras” (Mário Quintana)

Com a promulgação do Decreto Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, instituiu-se, no contexto brasileiro, o Sistema Nacional de Seguros Privados, a partir do qual são criados o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), responsável pela regulação propriamente dita do setor, bem como a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), órgão controlador e fiscalizador da constituição e funcionamento das sociedades seguradoras e entidades abertas de previdência privada.

No final da década de 60, três sinistros quase quebraram o mercado: os incêndios que destruíram a TV Paulista, a fábrica de biscoitos Marilu e a fábrica da Volkswagen em São Bernardo. Esse fato chamou a atenção das autoridades para a necessidade de fortalecimento das seguradoras. Teve início, então, um processo de fusões e aquisições, incentivado pelo governo, que reduziu o número de seguradoras de 176, em 1970, para 97, em 1974. É esse contexto que serve de entorno ao surgimento do Direito Regulatório no país, interferindo em seu conceito e evolução.

Como assevera Otavio Yazbek, essa regulação parte da premissa da necessidade de controle das posições de poder de mercado; da devida forma de administração das externalidades e da proteção dos clientes. Embora as falhas sejam o pressuposto básico de uma atividade regulatória, ela deve levar em consideração a estrutura do mercado, a natureza das atividades de intermediação e os produtos negociados.²²³

Importante destacar que a atividade regulatória, em tempos atuais, também tem se dado mediante a auto-organização dos próprios mercados. Patrizio Messina destaca que, no atual panorama normativo, a chamada *soft law* representa uma

²²³ YASBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Campus. 2007. p. 184-185.

modalidade de produção de regras e princípios que se afirmam e se contrapõem ao modelo tradicional, representando uma forma regulamentar alternativa à lei em sentido estrito, embora lhe falte o caráter peculiar da lei, qual seja, a coercibilidade.²²⁴

O contexto de reforma administrativa do país dá seus primeiros passos a partir da década de 1970, quando se opera uma revisão da função até então atribuída ao Estado de motor propulsor do desenvolvimento econômico dos países, mediante a intervenção direta sobre o mercado, promovendo atividades econômicas ou marcando fortemente sua presença na regulamentação das atividades privadas²²⁵.

Em decorrência desse processo histórico, aos poucos o Estado brasileiro foi-se tornando acionista, materializando-se sua atuação por meio da participação em sociedades de economia mista e, posteriormente, em empresas públicas. E as sociedades de economia mista, embora não tivessem, à época, essa denominação genérica, não representaram um deliberado avanço da técnica da execução do setor industrial por parte dos serviços públicos²²⁶.

Razões diversas, todas de ordem prática, foram propiciando ao Poder Público o ensejo de se associar a empresas particulares para o desempenho de certos serviços de natureza comercial e industrial. A inovação substancial do sistema constituiu-se no fato de o Estado associar-se a “empresas privadas” para a realização de seus objetivos. A sociedade comercial, que já se havia revelado um importante instrumento na expansão do processo de aglutinação de pequenas parcelas de capital pelas novas técnicas, que começavam a ser utilizadas, de organização e de racionalização do trabalho, passou a ser adotada pelo Poder Público, mediante variados processos de coparticipação público-privada²²⁷.

A crise do então modelo de Estado-Providência pode ser creditada a vários fatores, entre os quais, talvez o mais importante seja a insuficiência de recursos

²²⁴ MESSINA, Patrizio. Le operazioni finanziarie nel diritto dell'economia finanza pubblica e d'impresa. In: MESSINA, Patrizio. **Trattato di diritto dell'economia**. Padova: CEDAM, 2011. p. 3.

²²⁵ MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

²²⁶ GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 52.

²²⁷ GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 52.

financeiros estatais para fazer frente às atividades e compromissos assumidos pelo governo e a sua consequente ineficiência na prestação de serviços públicos²²⁸.

Na década de 1990, o Brasil foi fortemente influenciado, política e economicamente, pela ideia de reforma do Estado, frente ao contexto de estagnação econômica e crise fiscal em que se encontravam inúmeros outros países. Tornou-se praticamente consensual o posicionamento em prol da redução da intervenção do Estado na economia, da liberalização dos mercados através da privatização de empresas estatais e da redefinição dos papéis a serem desempenhados pelo Estado²²⁹.

No contexto do início dos anos 1990, durante o governo Collor de Mello, alguns passos foram dados em direção à redefinição do papel do Estado no Brasil, com a criação do Programa Nacional de Desestatização (PND), através da Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990, e o estabelecimento do Programa Federal de Desregulamentação, através do Decreto n.º 99.179/1990. Também nesse período, institui-se um plano de estabilização da economia, fundado em um amplo programa de privatização, uma das principais metas da política do governo²³⁰.

Mais tarde, durante a administração de Fernando Henrique Cardoso, o entendimento da crise brasileira como uma “crise de Estado”, levou o governo a proceder a uma reforma do Estado, indispensável para a estabilidade econômica, o desenvolvimento sustentado, a correção das desigualdades sociais e regionais e o fortalecimento do Estado contra pressões do clientelismo político e dos interesses particulares de grupos ou corporações. A meta era tornar o Estado mais competente e voltado à inovação social, reforçando, sobretudo, seu papel regulador da economia de forma independente dos agentes de execução²³¹.

Mas já havia indicações, mesmo antes da retomada do processo de privatização, iniciado no governo Collor de Melo, da necessidade de se proceder a uma reflexão acerca da criação de um novo marco regulatório, uma vez que os

²²⁸ MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

²²⁹ NUNES, Edson de Oliveira. **Agências reguladoras e reforma do estado no Brasil**. Brasília, DF: Garamond Universitária, 2007. p. 33.

²³⁰ Ibid., p. 33.

²³¹ NUNES, Edson de Oliveira. **Agências reguladoras e reforma do estado no Brasil**. Brasília, DF: Garamond Universitária, 2007. p. 38.

setores na mira do processo de privatização eram os de infraestrutura e serviços públicos.²³²

Frente a tal realidade, surgem os argumentos necessários à afirmação de um Direito Regulatório no país, ou seja, ao desempenho de função por parte de um Estado-Administração, que prevê, em sua estrutura, órgãos reguladores independentes, visando à estabilidade, legitimidade e eficiência de suas decisões. Trata-se, no modelo brasileiro, de agências reguladoras, que se desenvolveram sobremodo na regulação dos serviços públicos delegados (ANATEL, ANEEL, ANTT, ANTAQ), mas que, a partir de uma melhor contextualização do conceito de regulação econômica, passaram também a agregar a atividade exercida por outros órgãos já consolidados na estrutura do Estado brasileiro, caso da regulação da atividade bancária - Banco Central do Brasil, Lei n.º 4.595/64 -, e do setor de seguros privados e previdência complementar – Superintendência de Seguros e Previdência (SUSEP) - Decreto-Lei n.º 73/66²³³.

A esse propósito, aliás, é importante destacar que as agências reguladoras são autarquias de regime especial, possuindo autonomia em relação ao Poder Público. O sentido atribuído a regime especial diferenciado se traduz pela detenção, por parte de uma entidade autárquica, de privilégios específicos, visando ao aumento de sua autonomia, se comparada com a de autarquias comuns, sem, com isso, infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública. Além das distribuições de competência regulatória, devido à ampliação das funções normativas e judicantes da Administração Pública indireta, alguns outros elementos confirmam a autonomia das agências reguladoras, tais como: a organização colegiada, a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, a autonomia financeira e orçamentária, e, por último, a independência decisória²³⁴.

O conceito de autonomia só pode se construir, em termos genéricos, com a limitação da margem de liberdade de atuação conferida pelo ordenamento jurídico a pessoas públicas ou privadas. Segundo o âmbito de liberdade concretamente atribuído pelo direito positivo, o sentido do termo pode sofrer variação. Um conceito

²³² Ibid., p. 39.

²³³ MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 74.

²³⁴ GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 118.

de autonomia mais rigoroso e definido só pode ser alcançado em função desta ou daquela autonomia específica, tal como juridicamente positivada²³⁵.

Ao se falar de autonomia decisória, interessante se faz a reflexão quanto à sua legitimidade, eis que uma decisão regulatória deve envolver, fundamentalmente, a eleição de meios técnicos necessários para o alcance dos fins e interesses setoriais. Assim, quando o Poder Judiciário altera, por meio de decisão voltada apenas a um dos aspectos da questão, pode o magistrado, sem conhecimento de causa, danificar a harmonia ou, até mesmo, destruir o subsistema regulado²³⁶.

Uma das questões mais sensíveis e recorrentemente aportada aos tribunais tem a ver com a indefinição dos limites entre a lei e as normas editadas pelas entidades reguladoras. A dificuldade reside no fato de que, no campo da regulação de atividades econômicas e serviços públicos delegados pelo Estado, a atuação regulatória, salvo no que concerne ao Direito Administrativo Sancionador, não se resume àquilo que consta nas leis editadas pelo Poder Legislativo. Nos casos difíceis (*hard cases*), submetidos à escolha regulatória, as leis ditam apenas as linhas mestras da política econômica e social, tornando necessária uma flexibilidade para que o regulador possa executar os comandos gerais da norma²³⁷.

O caráter técnico da atuação das agências reguladoras revela-se através dos requisitos de formação técnica que a lei impõe aos dirigentes e, principalmente, pelo fato dos seus atos e normas demandarem conhecimento técnico e científico especializado para que possam ser emanados, aplicados e fiscalizados. Contudo, não se pode ter a ingenuidade de pensar que a tecnicidade vem sempre acompanhada de imparcialidade, já que, salvo em casos limites, o saber técnico pode perfeitamente ser instrumentalizado em favor de diversos fins políticos²³⁸.

Para além da lei, Sérgio Guerra propõe a adoção de um modelo de avaliação decisório, que leve em consideração os dados empíricos decorrentes da avaliação das técnicas possíveis e testadas, em relação à circunstância fática a que a norma está sendo aplicada e os impactos prospectivos multilaterais decorrentes do ato. O Poder Judiciário somente poderia invalidar a decisão de uma agência reguladora

²³⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 334.

²³⁶ GUERRA, op. cit., p. 131.

²³⁷ Ibid., p. 131.

²³⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 343-344.

quando, evidentemente, ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência²³⁹.

Para Calixto Salomão Filho, a teoria da regulação pode representar uma contribuição muito útil a um Estado que decide recorrer a uma intervenção direta da economia e passa a exercer a função de organizador das relações sociais e econômicas, frente ao dilema da insuficiência do mero e passivo poder de polícia sobre os mercados.²⁴⁰

A esse respeito, lembra-se o conceito de Alexandre Santos de Aragão, que propõe ser a regulação estatal da economia um conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais constitucionalmente definidos e orientando-os em direções socialmente desejáveis²⁴¹.

O autor assevera, de modo preciso, que a regulação da economia é um fenômeno multifacetado e complexo, isto é, um complexo de funções, dotado de grande heterogeneidade, não apenas ao longo da história, mas também dentro dos Estados singularmente considerados, que empregam distintas estratégias regulatórias em função das necessidades concretamente verificadas na sociedade e na economia²⁴².

Para Aragão, a regulação implica a integração de diversas funções, pressupondo a imposição de um quadro normativo às atividades econômicas, que respeite um certo equilíbrio entre os interesses das diversas forças sociais presentes. Tal quadro é constituído por decisões gerais e abstratas, constantes geralmente de regulamentos; pela aplicação concreta das suas regras; e pela composição dos conflitos que delas advêm, dando lugar, nessas duas últimas hipóteses, a decisões individuais. Há, portanto, três funções inerentes à regulação: a de edição da regra, a de imposição de sua aplicação e a de repressão das infrações, mesmo que essas sejam dirigidas, inclusive, a empresas públicas ou ao

²³⁹ GUERRA, op. cit., p. 131.

²⁴⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 14-15.

²⁴¹ ARAGÃO, op. cit., p. 40.

²⁴² Ibid., p. 24.

próprio Estado, agindo economicamente de forma direta em atividades típicas do setor privado²⁴³.

Nessa direção, Maria Sylvia Zanella Di Pietro alerta para o fato de que a função quase-legislativa dos entes reguladores tem sido objeto de grandes contestações, tendo em vista, principalmente, a ideia de indelegabilidade de poder, decorrente do princípio da separação dos poderes, bastante rígido no direito norte-americano, princípio esse que impede o legislativo de delegar sua atribuição de legislar a órgão de outros poderes²⁴⁴.

Como bem leciona Sérgio Guerra, malgrado haver dificuldade prática em apontar todos os mecanismos de intervenção estatal no Estado Regulador, cumpre indicar algumas formas de fazê-lo, de modo a melhor compreender qual aparato é necessário para a estruturação da organização administrativa²⁴⁵.

O Estado intervém quando proíbe, por meio de lei, a exploração da atividade econômica; quando cria monopólios para a exploração de determinados segmentos; quando qualifica algumas atividades como serviços públicos, devendo, portanto, ser executadas por meio de concessão, permissão ou autorização²⁴⁶.

Talvez, como assevera Bruno Miragem, tal problema possa ser mitigado quando a regulação, seja dos serviços públicos, seja das atividades econômicas *stricto sensu*, observar o princípio democrático, assegurando, dois aspectos: (1) a adoção de mecanismos institucionais que assegurem que os cidadãos, tanto os usuários de serviços públicos, como os agentes econômicos e consumidores, como partes das relações estabelecidas no âmbito da atividade econômica em geral, participem dos processos de tomada de decisão regulatórios; (2) a vinculação da decisão regulatória à razoabilidade, ao interesse público e às diretrizes legais e constitucionais correspondentes, por intermédio da possibilidade de controles externos à atividade de regulação (em especial do controle judicial).²⁴⁷

Um dos mecanismos de legitimação da Administração Pública que mais vem sendo institucionalizado no direito positivo brasileiro é o da participação dos titulares

²⁴³ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 26-27.

²⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 526.

²⁴⁵ GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 94.

²⁴⁶ Ibid., p. 95.

²⁴⁷ MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 88.

e defensores dos interesses individuais, coletivos e difusos, no processo de tomada das decisões que lhes podem afetar. Se o exercício da discricionariedade se dá através da ponderação entre os diversos e genéricos interesses em questão, nada mais justo e natural que os seus titulares e defensores possam manifestar suas posições perante à Administração, com a qual estarão, inclusive, contribuindo para um maior controle da legalidade e da efetividade dos atos, vez que os participantes do processo administrativo reúnem elementos e opiniões para melhor tomarem decisões equânimes e eficientes²⁴⁸.

Nesse contexto, como assevera Alexandre Santos Aragão, mesmo nos casos em que a realização de audiências ou de consultas públicas não tiver sido cogentemente estabelecida, sendo, portanto, discricionária, se algum agente econômico ou entidade interessada requerer a sua realização, a recusa da Administração deverá ser satisfatoriamente motivada, face aos princípios e valores constitucionais que privilegiam a participação dos interessados nas decisões administrativas.

Finalmente, mister se faz distinguir as audiências das consultas públicas, que apesar de possuírem o mesmo espírito, não se equivalem:

Na consulta pública, a Administração deseja compulsar a opinião pública através da manifestação firmada em peças formais, devidamente escritas, a serem juntadas no processo administrativo. A audiência pública é, na verdade, modalidade de consulta, só que com o especial aspecto de ser consubstanciada fundamentalmente através dos debates orais em sessão previamente designada para tal fim²⁴⁹.

A esse propósito, o Conselho de Reforma do Estado aconselhava, em 1996, a vedação na tomada de decisões por parte dos entes reguladores com base única e exclusivamente em informações trazidas pelos interessados, devendo tais instâncias buscarem fontes independentes, tais como consultorias técnicas e estrangeiras²⁵⁰.

No que concerne ao sistema regulatório do mercado securitário, cabe ainda referir o debate a respeito da necessidade de adequação do órgão regulador – a

²⁴⁸ GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 467-468.

²⁴⁹ GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 417-472.

Superintendência de Seguros Privados/SUSEP – ao modelo agência, ao invés do atualmente por ela adotado, que é o de autarquia.

De acordo com Angélica Carlini et al., a dinâmica atual da SUSEP, em relação ao seu corpo diretivo, não está alinhada com as modernas práticas regulatórias existentes, pois, sendo seus participantes exoneráveis *ad nutum*, não é assegurada a eles a mesma autonomia e independência daqueles que possuem mandato fixo não coincidente com o do chefe do Poder Executivo, característica atribuída apenas ao modelo de agência. Por outro lado, em se adotando o modelo de agência, acrescenta a autora, é importante que tais diretores não sejam meras indicações políticas, eis que, na busca de um modelo regulatório independente, imperioso se faz que os postulantes aos mencionados postos, demonstrem experiência no mercado que passarão a regular, uma vez nomeados²⁵¹.

Realizado o exame das noções contemporâneas sobre o Direito Regulatório no Brasil, habilita-se o trabalho para proceder análise do problema central definido para a presente investigação, qual seja, o excesso regulatório, no qual concerne à imposição por parte do órgão regulador de que o mercado segurador inclua, no seguro de acidentes pessoais, a cláusula relativa à cobertura de sinistro do tipo suicídio.

2.6 Excesso de Regulação do Tema Suicídio e seus Efeitos

“Duas coisas ameaçam o mundo: A ordem e a desordem” (Paul Valéry)

Analizados os princípios fundamentais que presidem a formação dos contratos em geral, e realizado o exame dos elementos caracterizadores dos contratos em estudo, bem como de seu contexto de direito regulatório, passa-se ao exame das possibilidades de cobertura dos contratos de seguro de vida e de acidentes pessoais, especialmente o que concerne ao sinistro suicídio, buscando, alicerçado no conteúdo abordado nas seções anteriores, chegar a uma conclusão técnica sobre a questão proposta.

²⁵⁰ NUNES, Edson de Oliveira. **Agências reguladoras e reforma do estado no Brasil**. Brasília, DF: Garamond Universitária, 2007. p. 47.

²⁵¹ CARLINI, Angélica et al. Agências reguladoras: o papel do Estado na economia ao longo da história. In: CARLINI, Angélica; SARAIVA NETO, Pery. (Org.). **Aspectos jurídicos dos contratos de seguro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 188.

Para análise da cobertura, há de se esclarecer quais os fatores incidem sobre a estipulação do valor do seguro. Nos casos de seguro de vida e de acidentes pessoais, o valor é determinado por *consensus*, ou seja, mediante o acordo de vontade manifestos pelos figurantes do contrato, determinando o valor segurado. Os fatores a serem levados em conta para mensurar tecnicamente o risco são muitos, a saber: tempo e qualidade do sinistro contratual, o lugar de sua ocorrência, a situação política desse lugar, entre outros. O prêmio somente é determinado após o exame desses elementos e do número de seguros a serem mobilizados²⁵². Todos esses elementos são levados à apreciação da SUSEP, em razão de sua competência reguladora de contratos de seguro, manifesta pelo Decreto-lei nº 73, de 21 de novembro de 1966.

Os riscos cobertos pelo contrato de seguro, utilizados na mensuração do valor segurado e de seu prêmio, devem estar explicitados em suas cláusulas gerais, devendo ser entregues ao contraente, juntam ente com a apólice. As cláusulas, concernentes aos tipos de riscos, que se supõem sejam a transcrição de regras jurídicas, constituem-se, entre outras, naquelas sobre restrição à responsabilidade do segurador, sobre a resolução do contrato ou de suspensão de sua eficácia, sobre a preclusão de qualquer direito, pretensão ou ação ou exceção do contraente, sobre a prorrogação ou renovação tácita do contrato, ou juízo arbitral²⁵³.

As regras para interpretação para os contratos de seguro, segundo Pontes de Miranda, são aquelas extensivas à interpretação dos contratos em geral e as concernentes à interpretação de instrumentos em parte impressos e/ou escritos à mão ou à máquina. Os dizeres ou cláusulas escritos à máquina ou à caneta afastam quaisquer outros impressos, se há contradição ou incompatibilidade²⁵⁴. lembrando, mais uma vez, os princípios de direito contratual, percebe-se que a obrigatoriedade de inserção das cláusulas gerais na apólice de seguro, constitui-se na materialização do princípio da boa-fé, mais especificamente no que concerne aos deveres acessórios de conduta de que trata Menezes de Cordeiro; neste caso, o de informação²⁵⁵.

²⁵² PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 309-310.

²⁵³ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 318.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 318.

²⁵⁵ CORDEIRO, António Manuel da Costa e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. p. 604 et seq.

No contrato de seguro, é de suma importância a incidência do princípio da boa-fé, pois o segurador arroga para si a álea que o contraente teme, ou pode temer, necessitando saber qual a extensão dos riscos contraídos. Para tanto, conta com as declarações o mais precisas possível do contraente. De qualquer sorte, tem que admitir a boa-fé que deve permear as manifestações do interessado. Daí, dizer-se que o contrato de seguro é *uberrimae fidei*²⁵⁶.

Em relação aos deveres do segurado, o art. 769 do Código Civil é basatnte esclarecedor: “O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé”. Tal penalidade se justifica pelo fato de ter sido o próprio interessado quem transforma *in pejus* a situação de fato, apreciada pelo segurador, ao ter de aceitar a oferta do contrato de seguro. Há a imposição de tal pena quando haja mudança tal que o segurador, ao tempo da aceitação, se existisse risco assim agravado, não teria aceito a oferta, ou teria exigido por ela preço maior²⁵⁷.

Tal situação encontra incidência no princípio da boa-fé, amplamente tratado em seção anterior. É mister que o segurado aja, enquanto estiver coberto pelo segurador por seus riscos – devidamente enumerados em contrato de acordo com o perfil que lhe foi traçado – de acordo com as informações que prestou²⁵⁸.

Esta prestação se caracteriza como dever acessório de conduta²⁵⁹. E, desta vez, atualizando o princípio da justiça contratual, não é aceitável que um contrato se torne demasiadamente oneroso para qualquer das partes: no caso em concreto, o segurado resolver agir aumentando os riscos por ele próprio consignados nas informações prestadas ao segurador, estará quebrando o equilíbrio contratual, pois este adimpliria sobre risco majorado e, portanto, não mensurado no cálculo do valor do prêmio do segurado.

A respeito dos deveres do segurador, este, ao assumir o risco do contraente, vincula-se ao seguro. Em ocorrendo o sinistro, tem de adimplir o valor do seguro no modo e nos limites em que as partes convencionaram. Todavia, o segurador não tem de pagar o seguro se o sinistro for causado por dolo do contraente ou do beneficiário, da

²⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 323.

²⁵⁷ Ibid., p. 329.

²⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 330.

²⁵⁹ CORDEIRO, António Manuel da Costa e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984. p. 604 et seq.

mesma forma que na possibilidade aventada anteriormente, em que o contraente ou o beneficiário não se abstêm de aumentar o risco, ou não evitá-lo²⁶⁰.

É verdade, contudo, que nos seguros de responsabilidade, o dever do segurador cobre os próprios atos culposos do contraente ou do beneficiário, ou de seus dependentes, ficando apenas de fora a determinação intencional do sinistro porque, aí, há ato ilícito absoluto, mesmo pessoal. Compreende-se que o ato doloso do contraente ou do beneficiário exclua a vinculação ao pagamento, pois que tal ato não poderia ser incluído no risco segurável²⁶¹.

Em relação ao seguro de vida em favor de terceiro, este tipo de contrato é concebido de forma distinta a de outros seguros no que concerne à importância e quantidade dos riscos. Leva-se em consideração a idade do segurado, o seu estado de saúde, seu gênero de atividade e profissão. As variações, no tocante à saúde, à atividade e à profissão não podem ser apreciadas, através do tempo, para se considerarem como agravadoras do risco, pois, na técnica do seguro já se previu o que pode acontecer. Para que qualquer desses dados signifique agravamento do risco, é mister que tenha havido ligação do seguro ao elemento fático, de tal modo que se possa considerar que o contrato não se perfectibilizaria, se o segurador pudesse examinar o que só depois ocorreu²⁶².

Quanto ao sinistro suicídio, não havia cobertura do risco de tal evento, quando se tratasse de modalidade intencional e premeditada, pois, se o contrário ocorresse, abrir-se-ia larga margem a seguros com o dolo da certeza do evento. O segurado, depois de resolver suicidar-se, seguraria a vida, expondo, assim, a sociedade seguradora a ressarcimento sem álea, ou quase sem esta²⁶³. A exclusão de ressarcimento do seguro de vida era prevista pela lei (art. 1440 do Código Civil de 1916), na hipótese de suicídio de forma voluntária e premeditada, encontrando supedâneo lógico no interior do sistema, se analisado do ponto de vista principiológico.

Se as seguradoras fossem obrigadas a ressarcir tal tipo de evento, estariam sendo feridos os princípios da boa-fé e do próprio *pacta sunt servanda*. O primeiro seria atacado em razão de o segurado, em tese, poder contratar com nítida má-fé, o que nem seria necessário para a descaracterização da cobertura, posto que a

²⁶⁰ PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 331.

²⁶¹ Ibid., p. 331-332.

²⁶² PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 17-18.

ausência de boa-fé, em se tratando de boa-fé objetiva, que rege os contratos, bastaria. Ademais, a justiça contratual seria quebrada em razão de criar possibilidade de ressarcimento não consignada nos riscos do tipo contratual.

Contudo, o suicídio provocado por erro ou acesso de loucura, não pode ser tomado como premeditado, pois a premeditação por parte do louco não pode ser levada em consideração, motivo pelo qual o art. 1440, parágrafo único, do Código Civil de 1916, exigia que o suicídio irressarcível fosse premeditado e cometido por pessoa em seu perfeito juízo. A esse propósito, como bem lembra Pontes de Miranda, não só o louco se há de ter como pessoa que não está “em seu juízo”, mas também o que se suicida, *e. g.*, por ter câncer incurável, ou o que prefere morrer afogado no rio a ser comido por uma onça²⁶⁴. Tal se justifica, porque pessoa que não tem condições de pensar e decidir sobre seus atos e que contratara, em momento anterior, quando ainda era capaz, não rompe com a boa-fé contratual ao dar fim à própria vida, eis que, no momento da contratação, não pretendia fazê-lo.

Ocorre que, no caso em concreto apontado, o seguro em questão era do tipo acidente pessoal, o que transparece no respectivo relatório. Ademais, aplicaram-se súmulas incidentes apenas ao seguro de vida, o que comprova a confusão realizada no laboratório da vida forense. Diz a Súmula 105 do STF: “Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro”. A Súmula 61 do STJ, de forma mais concisa, vem ao encontro da do STF e mantém o mesmo posicionamento, a saber: “O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”.

Ora, o que disse a mais alta corte de justiça do país no período anterior a 1988, em que apreciava matéria infraconstitucional e, mais tarde, o STJ, mantendo o mesmo posicionamento, está de pleno acordo com o que diz a doutrina majoritária em relação ao seguro de vida. Todavia, o raciocínio jurídico empregado para a solução de conflitos que envolvam essa matéria e, por consequência, a aplicação das referidas súmulas, não pode ser utilizado em conflitos que envolvam outros tipos contratuais, como é o caso, mais especificamente do contrato de seguro de acidentes pessoais.

²⁶³ Ibid., p. 18-19.

²⁶⁴ Ibid., p. 19.

Nesse ambiente fértil a discussões e de ampla dificuldade probatória, o legislador em 2002, ao formular o Código Civil vigente, tentou resolver a questão com a redação dada ao art. 798²⁶⁵, a saber:

Art. 798. O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado.

Contudo, a Superintendência de Seguros Privados, ao exercer sua atribuição de regulação e, notadamente, regulamentando tal dispositivo, o incluiu como cláusula obrigatória em todas as modalidades de seguro de pessoas, ou seja, não apenas no de seguro de vida, mas também no de seguro de acidentes pessoais.

No que concerne ao contrato de seguro de acidentes pessoais, a cobertura de riscos de danos ao corpo ou à psique pressupõe desgrça, infortúnio acidental. Não se há de circunscrever o seu campo às lesões corporais, salvo se se partir da concepção de que toda a patologia psíquica é de causa material, o que é mais restrito do que causa física. Para tanto, como já referido em seção anterior deste trabalho, há de ser o evento qualificado como fortuito, violento e externo. O resultado deve ser diminutivo, sem que seja preciso haver inabilitação, pelo menos temporária, podendo-se, todavia, restringi-lo a evento inabilitante²⁶⁶.

O problema de definição das hipóteses de cobertura do contrato de seguro de acidentes pessoais surge pelo motivo de sua noção encontrar-se perturbada, ao pretender concebê-lo como uma figura intermediária, misto de seguro de vida e de seguro de danos. As divergências advêm de se sustentar a sua função de indenizar mais próxima da função indenizatória do seguro de danos. Já em relação à pessoa, essa se colocaria no mesmo plano do seguro de vida. Todavia, tal a pretensa mistidade se torna insustentável, pois se trata de classe à parte, como são as de dano e de vida.

²⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1994>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

²⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 37.

Adentrando em sua natureza jurídica, verifica-se sua complexidade e sua grande semelhança com o seguro de vida pelo fato de que, ao se segurar de acidentes pessoais, se segura também a vida, se não se pré-excluiu tal risco. Assim, a discussão se dá em torno do fato de que o seguro de acidentes pessoais, ao abranger dispositivamente os acidentes ou infortúnios pessoais que resultam em morte, não se transformar em seguro de vida. Em verdade, o que ocorre é a inserção, no contrato, de cláusula de prestação em caso de morte, tal como a de prestação em caso de incapacitação permanente. Dessa forma, alude-se a terceiro beneficiário e, se foi dito que, na falta do segurado, um terceiro receberia a prestação, tem-se de entender que o seguro contra acidente ou infortúnio abrange o acidente ou infortúnio de que resulte incapacidade total ou morte²⁶⁷.

Daí a grande problemática do contrato de acidentes pessoais: saber se tal contrato abrange coberturas que originalmente seriam atinentes ao contrato de seguro de vida. Pontes de Miranda expressa posição no sentido de que se trata de questão de interpretação da *lex specialis*, se houver, ou de interpretação do contrato que se concluiu. Se não há regras jurídicas especiais ou cláusula contratual, têm-se de invocar, conforme as consequências do evento, as regras jurídicas concernentes a cada tipo de contrato. Todavia, há apenas uma certeza: o evento infortunistico, de que proveio a morte, há de ter sido provocado por causa externa e violenta, razão pela qual, em que pese se trate de morte, não é devido o seguro, se a morte não resultou de evento interno ou não violento²⁶⁸.

Em relação à indicação dos riscos no seguro de acidentes pessoais, primeiramente, a ideia central é a de que se trata de evento fortuito, involuntário, violento e externo. Exclui-se, assim, o que resulta de ato positivo ou negativo, voluntário do interessado. A violência pode ser física, química, fisiológica ou psíquica. Já a externalidade deixa de fora o que provém do íntimo da pessoa. Por outro lado, o evento, em sendo externo e violento a ponto de causar a lesão corporal e, inclusive, psíquica, pré-exclui a cobertura do risco de mal físico ou psíquico, que não tenha sido provocado por evento externo e violento²⁶⁹.

A assunção dos riscos, nesse tipo contratual, pode ser restringida. A apólice de seguro pode ser precisa, na determinação dos riscos, sobre o nexa causal entre

²⁶⁷ Ibid., p. 39.

²⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 40.

a lesão e as suas consequências, para que se repute ter sido o evento a causa única, ou a causa sem a qual os fatos preexistentes não teriam as mesmas consequências. A lei e, na falta de lei, a convenção é que há de definir o evento típico, cujos riscos o seguro tem a finalidade de cobrir²⁷⁰.

Dessa forma, ao se analisar a questão referente à possibilidade de cobertura do sinistro suicídio pelo contrato de seguro de acidentes pessoais, vários são os argumentos que sustentam a adoção de uma posição negativa em relação à obrigação de indenização deste tipo contratual em tal evento, a saber: o ataque aos princípios de ordem pública interna dos contratos, (autonomia privada, boa-fé e justiça contratual) e, ainda, o fato de que o evento suicídio não se configura como infortúnio externo, involuntário.

No que concerne à quebra do princípio da autonomia privada, é interessante atualizar aqui a concepção de Karl Larenz, ao defini-la como a possibilidade oferecida e assegurada aos particulares de regularem suas relações, dentro de determinados limites, por meio de negócios jurídicos, especialmente contratos²⁷¹. Assim, respeitados os “limites” de que trata o jurista alemão, nada obsta a que as partes convencionem a não inclusão, em contrato, de determinado sinistro como hipótese de cobertura.

Do ponto de vista da boa-fé objetiva, que rege os contratos em geral, e, especialmente, os de consumo caracterizando-se como a imposição de deveres de conduta às pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica, no caso em concreto da seguradora, seria o acessório de conduta o dever de informar ao segurado, em suas cláusulas gerais, a não cobertura do sinistro em tela. Não há, portanto, que se falar em desatendimento a tal princípio, ao se negar indenização, quando perfectibilizada tal hipótese.

Em relação ao princípio da justiça contratual, esquartejar-se-ia esse princípio, dizer que há de se adimplir indenização referente a sinistro do tipo suicídio, quando tal não era previsto no cálculo do prêmio securitário, ou seja, quando a sociedade seguradora não receberia a contrapartida por evento a que se veria obrigada a

²⁶⁹ Ibid., p. 42.

²⁷⁰ Ibid., p. 43.

²⁷¹ LARENZ, Karl. **Derecho civil, parte general**. 3. ed. Madrid: Derecho Reunidas, 1978. p. 55.

adimplir. A justiça substancial, no processo de contratação, preocupa-se com o efetivo equilíbrio entre direitos e obrigações de ambas as partes²⁷².

No que diz respeito à não observância da norma reguladora (Circular SUSEP 302/2005, infeliz seria a inclusão indistinta em todos os contratos de seguro de pessoas, notadamente, diante da impossibilidade de se considerar o evento suicídio como fortuito, violento e externo. Para se configurar um sinistro como coberto pelo contrato de seguro de acidentes pessoais, há de se perfectibilizar o evento com as três características. Certo seria dizer que o suicídio é um evento violento, que, todavia não pode ser considerado externo e fortuito. Evento externo é aquele que **“deixa de fora o que provém do íntimo da pessoa”**; e, fortuito, aquele em que não se pode constatar **“ato positivo ou negativo, voluntário, do interessado”**. Daí a se dizer que suicídio não se enquadra como sinistro acidente, pois se trata de ato voluntário, e, ainda que não se considere a vontade interior, em relação à pessoa que o comete, pois advém de perturbação psíquica, mesmo que momentânea.

Ora, diante dos argumentos trazidos e analisados anteriormente, não há que se ter este tipo de cláusula como abusiva. São cláusulas abusivas aquelas que, em contratos entre partes de desigual força, reduzem unilateralmente obrigações do contratante mais forte, ou agravam as do mais fraco, criando uma situação de grave desequilíbrio entre elas. Em suma, são cláusulas que destroem a relação de equivalência entre prestação e contraprestação e se encontram positivadas nos art. 51 e seguintes do CDC²⁷³.

No caso em concreto, o fato de inclusão de cobertura, pelo contrato de seguro de acidentes pessoais, de evento do tipo suicídio quebra equilíbrio contratual, pois obriga uma massa de segurados a aderirem a uma cobertura securitária que corrompe a relação contratual, visto que dissociada do conceito de fato gerador da obrigação.

A noção de acidente pessoal, como já se referiu em momento anterior deste trabalho, tal como é proposta pelo Conselho Nacional de Seguros e Previdência e inserida na Resolução CNSP n.º 117, de 22 de dezembro de 2004²⁷⁴, é a seguinte:

²⁷² NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 220.

²⁷³ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 3.

²⁷⁴ CONSELHO NACIONAL DE SEGUROS PRIVADOS (CNSP). **Resolução CNSP nº 117 de 22/12/2004**. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=101020>. Acesso em: 23 nov. 2017.

Art. 5º Considerar-se-ão, para efeitos desta Resolução, os conceitos abaixo:

I - acidente pessoal: o evento com data caracterizada, exclusivo e diretamente externo, súbito, involuntário, violento, e causador de lesão física, que, por si só e independente de toda e qualquer outra causa, tenha como consequência direta a morte, ou a invalidez permanente, total ou parcial, do segurado, ou que torne necessário tratamento médico, observando-se que:

a) incluem-se nesse conceito:

a.1) o suicídio, ou a sua tentativa, que será equiparado, para fins de indenização, a acidente pessoal, observada legislação em vigor;

a.2) os acidentes decorrentes de ação da temperatura do ambiente ou influência atmosférica, quando a elas o segurado ficar sujeito, em decorrência de acidente coberto;

a.3) os acidentes decorrentes de escapamento accidental de gases e vapores;

a.4) os acidentes decorrentes de sequestros e tentativas de sequestros; e

a.5) os acidentes decorrentes de alterações anatômicas ou funcionais da coluna vertebral, de origem traumática, causadas exclusivamente por fraturas ou luxações, radiologicamente comprovadas.

Como bem apontado por Adilson Campoy, a norma assinala que suicídio se inclui no conceito de acidente pessoal, embora seja impossível pretender, de acordo com o conceito técnico, que suicídio se caracterize como acidente pessoal. Afastando-se a discussão sobre premeditação do evento, trata-se de fato que jamais poderá ser configurado como um acontecimento causado por fator externo. A origem de um suicídio sempre terá uma causa interna, seja a vontade do segurado, seja a sua inconsciência quanto ao ato que pratica, em razão de algum distúrbio psíquico. Falta, portanto, ao suicídio um dos elementos necessários à sua caracterização como acidente pessoal, tendo em vista o conceito contratual e regulatório estabelecidos e, isso, por si só, bastaria para poder se afirmar que suicídio não se enquadra no conceito de acidente pessoal. Ademais, corrobora também para tal posicionamento o fato de que só se admite prazo de carência para tal sinistro em seguro de vida, sendo vedada sua aplicação, por consequência natural, ao seguro de acidentes pessoais. Ora, se o próprio legislador é quem impõe um prazo de carência para o suicídio, visto que a instituição de carência é vedada no caso de seguro de acidentes pessoais.²⁷⁵

Tal equívoco regulatório, gera impactos no mercado securitário, tendo em vista a obrigação estabelecida pelo órgão regulador da obrigação do agente econômico segurador de assunção de um risco completamente estranho ao contrato

²⁷⁵ CAMPOY, Adilson José. **Contrato de seguro de vida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 156.

de seguro de acidentes pessoais, o que, ao fim e ao cabo, geram impactos também ao segurado/consumidor, que paga um prêmio mais alto, por conta de tal situação, criada em âmbito regulatório, constituindo-se a situação em uma verdadeira falha de governo, pois a função do Estado que deveria ser a de correção de falhas de mercado, ao agir assim, acaba por criar uma nova falha.

Com efeito, como bem coloca Ha-Joon Chang, as falhas de governo são reais e precisam ser levadas a sério. Essa constatação, como lembra o autor, presta um serviço à compreensão da economia, ao lembrar a todos que os governos da vida real não são tão perfeitos quanto aqueles dos livros didáticos.²⁷⁶

Aqui, cabe voltar à lição de Fernando Galiza, eis, que, em se tratando do mercado securitário, as informações não são perfeitamente conhecidas por todos os agentes econômicos, ou seja, não são simétricas. Há o risco de deformação dos contratos, quando surgem alterações de comportamento por parte do segurado, após a assinatura dos instrumentos, sobre as quais o agente segurador terá extrema dificuldade de manter um controle total, pois dependem apenas do segurado e de seu padrão moral. Retoma-se aqui um conceito importante, já referido, qual seja, o de perigo moral.²⁷⁷

Outro aspecto a discutir é a dificuldade da seguradora em definir com acuidade o preço do seguro a partir do perfil do segurado que irá contratar o seguro, pois, enquanto o seguro é calculado pela sinistralidade média de todos os segurados, o cliente que prioritariamente irá comprar o seguro é aquele que possui as maiores taxas de risco e, em consequência, maiores taxas de sinistralidade.

Ao se estabelecer a obrigatoriedade de inclusão de uma cobertura em determinado contrato de seguro, conforme o caso em concreto, se estabelecerá um preço maior ao segurado no prêmio a ser adimplido, correndo-se o risco, inclusive, de incorrer no fenômeno da seleção adversa, pois ao invés de se estimular o consumo com determinada inclusão de cobertura, pode-se provocar o desinteresse por tal modalidade contratual, em razão do tarifamento maior ao consumidor.

Em que pese a ausência de elementos empíricos para tal constatação, ela, acrescida de todos os argumentos aqui colacionados, torna evidente que a regra de precificação do prêmio em seguro, sempre levará em consideração os riscos

²⁷⁶ CHANG, Ha-Joon, **Economia**: modo de usar – Um guia básico dos principais conceitos econômicos. São Paulo: Schwarcz, 2015. p. 355.

assumidos em contrato, por meio da análise do atuário. Quanto maiores os riscos, qualitativa e quantitativamente, maior o preço do prêmio a ser adimplido pelo segurado.

O cálculo atuarial constitui-se em elemento fundamental de gestão, uma vez que fornece os meios de apuração de prêmios de seguros ligados à vida e custos providenciais. A gestão do risco atuarial, por sua vez, deve ser vista como um conjunto de ações e processos que visam reduzir o impacto desses riscos subordinadas a um conjunto de regras que atendam ao interesse da solvência desses riscos.²⁷⁸

No gráfico, a seguir apresentado, são retiradas todas as interferências, devido à obtenção de cálculos biométricos, relativos a seguros de pessoas e previdência, como segue:

Gráfico 1 - Curva de Mortalidade

1724 – De Moivre $\Rightarrow s(x) = e^{-ax}$,
 1825 – Gompertz $\Rightarrow s(x) = g^{e^x - 1}$,
 1860 – Makeham $\Rightarrow s(x) = s^x \cdot g^{e^x - 1}$,
 1939 – Weibull $\Rightarrow s(x) = e^{-\frac{k}{x+1}x^{x+1}}$,

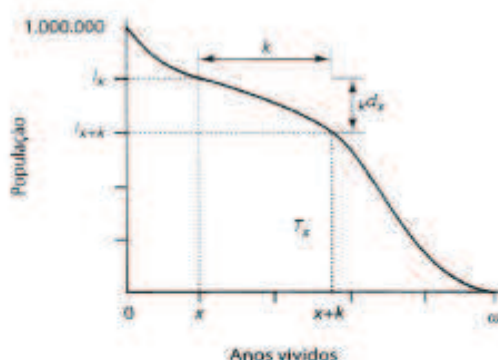


Gráfico 1.1 Curva de mortalidade

Fonte: José Angelo Rodrigues.²⁷⁹

²⁷⁷ GALIZA, Fernando. **A economia do seguro**: uma introdução. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1997. p. 170.

²⁷⁸ RODRIGUES, José Angelo. **Gestão de risco atuarial**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5-6.

²⁷⁹ RODRIGUES, José Angelo. **Gestão de risco atuarial**. São Paulo: Saraiva, 2008.

Frente a tal análise, pode-se constatar a relevância para o mercado da utilização de uma técnica de atuação por parte do órgão regulador, notadamente, no sentido de observar que suas ações devem se dar, única e exclusivamente, com o desiderato de solver falhas de mercado.

3 METODOLOGIA ADOTADA

A pesquisa obedece a três fases de desenvolvimento: a realização do levantamento bibliográfico a respeito das principais obras que tratam do contrato de seguro, bem como de direito regulatório; o levantamento jurisprudencial a respeito do tema, notadamente, nos principais tribunais estaduais e no Superior Tribunal de Justiça como objetivo de verificar o tratamento conferido à matéria pela jurisprudência nacional; interpretação dos dados coletados de acordo com o referencial teórico, em constante confrontação com as hipóteses e objetivos já expostos, no intuito de obter, de forma dedutiva, respostas elucidativas sobre a problemática. O método utilizado, no entanto, não se restringe ao dedutivo, na medida em que se faz necessário o estudo de casos para, de forma hipotético-dedutiva, chegar-se a uma conclusão coerente e compatível com a realidade.

3.1 Método de Abordagem

Os métodos empregados são o dedutivo e o hipotético-dedutivo.

3.2 Métodos de Procedimento

Os métodos de procedimento utilizados são o monográfico, o comparativo e o histórico.

3.3 Método de Interpretação Jurídica

A presente pesquisa recorre a elementos externos ao direito, notadamente, à Análise Econômica do Direito, para que se possa ter uma perfeita compreensão da operação de seguro sob o ponto de vista do direito regulatório, em sua gênese.

3.4 Tipos e Técnicas de Pesquisa

A investigação realizada é fundamentalmente do tipo explicativo, com ênfase no emprego da técnica de análise de conteúdo, com vistas a permitir uma descrição sistemática, objetiva e quantitativa do objeto de pesquisa em estudo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação centrou sua atenção no exame da pertinência e relevância da aplicação da Análise Econômica do Direito na produção de contratos de seguro, especialmente os de vida e de acidentes pessoais.

Essa análise das características dos contratos de seguro de vida e de acidentes pessoais apontadas tiveram por objetivo a realização de um alinhamento de informações, para um exame posterior, mais apurado, do problema proposto pela investigação, qual seja, a análise da possibilidade de inclusão, por parte do órgão regulador, de cobertura de sinistro do tipo suicídio, tanto no contrato de seguro de vida, quanto no de acidentes pessoais.

No caso em concreto, a Resolução CNSP n.º 117/2004, ao estabelecer todas as hipóteses de cobertura do seguro de acidentes pessoais, especifica, de forma explícita, os tipos de sinistros indenizáveis. Torna-se, assim, pertinente a interpretação do referido instrumento normativo sob o prisma da teoria da norma geral exclusiva, visto que tanto as hipóteses passíveis de cobertura, quanto às negativas encontram-se no referido documento positivadas.

Tal teoria encontra dificuldade de aplicação nas hipóteses em que, havendo a norma particular, não existe previsão positivada para as situações ali não enquadradas como proibidas. O intérprete vê-se, então, diante da possibilidade de poder optar entre duas soluções: o enquadramento na hipótese de norma geral exclusiva, dando como permitido o comportamento não previsto abstratamente pela norma; ou, a aplicação da analogia para a composição de eventual conflito, surgido em razão do vácuo, solução essa adotada pelos sistemas jurídicos modernos, especialmente o brasileiro, tal como se pode verificar no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. Mas essa alternativa não se aplica à presente questão, visto que, no caso em estudo, a própria norma apresenta a solução, não cabendo, portanto, a aplicação de analogia, posto que a solução já é apontada pela norma de caráter público, que vincula as companhias seguradoras.

Em relação à sua tipicidade, tanto o Código Civil Brasileiro, quanto a citada Resolução CNSP n.º 117/2004, conferem-lhe tal característica. A propósito, a referida resolução estabelece regras de comercialização, hipóteses de cobertura, atribuindo-lhe, inclusive, uma forma.

No que concerne às demais características, elas não foram examinadas em profundidade, eis que os traços caracterizadores do seguro de vida são

perfeitamente aplicáveis ao do seguro de acidentes pessoais. Todavia, longe se está do esclarecimento do tema, uma vez que, apenas através de suas caracterizações, não se chega a uma conclusão sobre a hipótese de cobertura do sinistro do tipo suicídio pelo contrato de seguro de acidentes pessoais.

Na sequência, quanto à seção 2.3, as premissas ali colocadas serviram de contribuição teórica para se chegar à resposta do problema formulado pela presente pesquisa. Nessa seção, analisaram-se os princípios inerentes aos contratos em exame, princípios esses que servem de supedâneo ao esclarecimento da questão, embora, em momento algum, se tenha pretendido o esgotamento do tema.

Dessa forma, ao se tratar do tema boa-fé, necessária se faz reiterar a distinção entre boa-fé objetiva e subjetiva, posto que ambas são concepções jurídicas abertas ou indeterminadas. A boa-fé subjetiva, ou boa-fé crença refere-se a um estado de ignorância sobre características da situação jurídica que se apresenta, suscetível de conduzir à lesão de direitos de outrem. Nessa situação, uma pessoa acredita ser titular de um direito que, na realidade, não possui, pois ele só existe na aparência²⁸⁰.

No âmbito dessa concepção psicológica, a boa-fé contrapõe-se à má-fé, pois a pessoa ou ignora os fatos reais, desde que sem incorrer em erro crasso, e está de boa-fé, ou não os ignora e está de má-fé. Por este raciocínio, mesmo quando ignore com culpa, continuará de boa-fé, a menos que se trate de ignorância grosseira, caracterizando culpa grave²⁸¹.

Já a boa-fé objetiva, também denominada boa-fé lealdade, caracteriza-se como o dever de agir de acordo com determinados padrões socialmente recomendados de correção, lisura e honestidade, para não frustrar a confiança legítima da outra parte. Pode-se perceber, não obstante, que, tanto na boa-fé subjetiva, quanto na boa-fé objetiva, existe um elemento subjetivo, representado pela confiança de alguém que acreditou em algo; mas, somente na boa-fé objetiva, há um segundo elemento, que é o dever de conduta de outrem²⁸².

Na visão de Menezes Cordeiro, o comportamento das pessoas deve respeitar a um conjunto de deveres, reconduzidos em um prisma juspositivo e em uma ótica histórico-cultural. As questões examinadas anteriormente permitem detectar quais

²⁸⁰ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 132-133.

²⁸¹ Ibid., p. 132-133.

²⁸² Ibid., p. 136.

são esses deveres que, embora nascidos na fase preliminar do negócio jurídico, são exigíveis também em sua fase de execução.²⁸³

Os deveres acessórios de conduta, os mais importantes no que diz respeito à possibilidade de integração dos contratos via recorrência ao princípio da boa-fé, são, usualmente, tripartidos em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade. De acordo com Menezes Cordeiro, pelos primeiros, as partes estão ligadas, enquanto perdure um fenômeno contratual, para evitar que, no âmbito desse fenômeno, sejam infligidos danos mútuos; pelos segundos, as partes relacionam-se para proteger as pessoas envolvidas e seus patrimônios²⁸⁴.

As partes estão obrigadas, na vigência do contrato que as une, a se informarem mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo; de ocorrências que, com ele, tenham certa relação; e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir. Quanto aos deveres acessórios de lealdade, estes obrigam as partes a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado²⁸⁵.

A boa-fé objetiva pressupõe a existência de duas pessoas ligadas por uma determinada relação jurídica, que imponha especiais deveres de conduta às duas, uma em relação à outra, ou, ao menos, de uma em relação à outra. Ao se falar em padrões de conduta socialmente recomendados, pensa-se no comportamento exigível do bom cidadão, do profissional competente, daquele modelo abstrato, o que costuma ser traduzido pela noção de *bonus pater familias*²⁸⁶.

Mais ainda, se a boa-fé objetiva é o dever de agir obedecendo a determinados padrões, nela é necessário que estejam reunidas condições suficientes para despertar, na contraparte, um estado de confiança no negócio celebrado, assim merecendo ser tutelada sua expectativa²⁸⁷.

Em cotejo, enquanto a boa-fé subjetiva atende apenas à situação da pessoa que confiou, na objetiva considera-se, ao mesmo tempo, a posição de ambas as

²⁸³ CORDEIRO, António Manuel da Costa e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 632.

²⁸⁴ Ibid., p. 604 et seq.

²⁸⁵ Ibid., p. 604 et seq.

²⁸⁶ Em Roma, expressão equivalente a “bom cidadão”, já que nem a mulher, nem os filhos, qualquer que fosse a sua idade, com o pai vivo, eram considerados sujeitos de direito. A família em si mesma nada a tinha a ver com a noção.

²⁸⁷ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 138.

partes presentes na relação. Por um lado, é necessário que uma delas, aquela sobre a qual recai o dever de informar, esclarecer, ou agir com lisura, tenha procedido com a correção e lealdade exigíveis no tráfico jurídico; por outro, é preciso que a contraente tenha confiado na estabilidade e segurança do negócio jurídico celebrado, porque pode legitimamente alimentar a expectativa de que a outra parte procederá com igual correção e lealdade²⁸⁸.

Comparando-as, pode-se dizer que a noção subjetiva de boa-fé se opõe à má-fé. Já, em sua acepção objetiva, a boa-fé contrapõe-se à sua ausência, e, não, à má-fé. O importante para a responsabilização de uma pessoa, sob a ótica da boa-fé objetiva, é a presença de situação de desrespeito ao dever de atuar de acordo com os padrões de conduta. Assim, em princípio, a atuação em desconformidade com tais padrões de conduta caracteriza a violação do dever de agir de boa-fé, mesmo que não esteja presente a má-fé (equivalente ao dolo) e a culpa²⁸⁹.

A boa-fé objetiva serve de sustentáculo para a averiguação de circunstâncias contratuais indispensáveis para o controle da própria economia de mercado, tais como a abusividade de cláusulas, a manutenção do preço contratado no caso de relações de longa duração, a conduta pré-contratual desleal do fornecedor, em, e. g., não fazer incluir, em que pese sem culpa, o consumidor em bancos restritivos de crédito, sob pena de exclusão daquele sujeito do processo econômico como um todo, além de prejuízo à intimidade. Este quadro de boa-fé objetiva passa pela regulamentação do Código de Defesa do Consumidor²⁹⁰.

Feita a necessária distinção, cabe, mais uma vez, reiterar que é a boa-fé objetiva que interessa ao presente trabalho, sendo o seu principal ponto de aplicação. A boa-fé contratual, especificamente, traduz-se pelo dever de cada parte, de agir de forma a não fraudar a confiança da contraparte, alcançando, como adverte Karl Larenz, outros participantes da relação jurídica²⁹¹.

Esta consideração é necessária, pois os agentes do Poder Judiciário, algumas vezes, ignoram, em seus debates, a relevância dessa premissa, ao impor ao segurador o ônus da demonstração de má-fé do segurado, o que, além de se configurar na chamada prova diabólica, está em desalinho com a proposta original do ordenamento

²⁸⁸ Ibid., p. 138-139.

²⁸⁹ Ibid., p. 139-140.

²⁹⁰ NALIN, Paulo R. Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 204.

jurídico pátrio, aqui exaustivamente examinado. Ademais, tal comportamento gera acréscimo de custo ao mercado segurador, que, ao fim e ao cabo, será pago pelo próprio segurado/consumidor, por meio da majoração do prêmio.

A respeito da seção 2.4, necessário se fez também recorrer a um arcabouço teórico que possibilitasse um entendimento mais aprofundado da relação contratual, tema do presente trabalho. Procurou-se ali demonstrar a necessidade de convergência das ciências jurídica e econômica, pois, se é verdade que a primeira tem por desiderato a harmonização das relações sociais por meio de um corpo de normas em que estão inscritos os valores eleitos por uma comunidade, também o é que a segunda tem por objeto a escassez dos recursos, que, por sua vez, gera desarmonia, se não solvida. Ora, no decorrer deste trabalho, seus objetos encontram-se e somam-se em nome de um objetivo comum: a paz social por meio da distribuição, de acordo com a norma vigente, dos bens da vida.

Como bem apontado por Douglass C. North, as instituições são constituídas para reduzirem incertezas por meio das interações humanas, o que não significa, implicitamente, que seus resultados sejam, necessariamente, eficientes, lançando mão aqui de conceito puramente econômico.²⁹²

Desse modo, querer aplicar o direito, sem se socorrer de premissas verdadeiras, de conceitos genuínos de economia, parece ser um bom caminho para o insucesso de uma relação contratual.

Também, nessa seção, trouxeram-se à baila alguns recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça, que demonstram a influência exercida pela Análise Econômica do Direito, sobre os magistrados da mais alta Corte de Justiça do país, no exame de matéria infraconstitucional.

No tocante à seção 2.5, ela apresentou-se uma análise de elementos de Direito Regulatório, eis que o objeto deste trabalho é o exame de uma atividade securitária do tipo regulada, sofrendo, portanto, interessantes limitações em sua atuação, fundadas em premissas de interesse social.

²⁹¹ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957. p. 55.

²⁹² NORTH, Douglass C. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998. p. 15: “As instituições são formadas para reduzir incertezas por meio da estruturação das interações humanas, o que não significa implicitamente que os resultados serão eficientes, no sentido dado a esse termos pelos economistas. A questão é tanto o significado da racionalidade como as características das transações, que impedem que os atores atinjam, em conjunto, o resultado idêntico de um modelo de custo de transação zero.”

Para Calixto Salomão Filho, a teoria da regulação pode representar a contribuição mais útil de um Estado que decide reiterar sua intervenção direta na economia e passa a exercer a função de organizador das relações sociais e econômicas, vivenciando o dilema da insuficiência do mero e passivo poder de polícia sobre os mercados.²⁹³

A esse respeito, Alexandre Santos de Aragão afirma ser a regulação estatal da economia um conjunto de medidas legislativas, administrativas, convencionais, materiais ou econômicas, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva à autonomia empresarial ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis²⁹⁴.

O autor ainda assevera, de modo mais enfático e preciso, que a regulação da economia é um fenômeno multifacetário e complexo, ou seja, um complexo de funções, bastante heterogêneo – não apenas no decorrer da história, mas também no interior dos próprios Estados singularmente considerados – que emprega distintas estratégias regulatórias em função das necessidades concretamente identificadas na sociedade e na economia²⁹⁵.

O autor acredita que a regulação implica a integração de diversas funções, pressupondo a imposição de um quadro regulatório das atividades econômicas e devendo respeitar certo equilíbrio entre os interesses das diversas forças sociais presentes. Esse quadro normativo é estabelecido por decisões gerais e abstratas, constantes geralmente de regulamentos; pela aplicação concreta de suas regras; e pelo exame dos conflitos que delas advêm, dando lugar, nessas duas últimas hipóteses, a decisões individuais. Há, portanto, três funções inerentes à regulação: a de editar a regra, a de assegurar a sua aplicação e a de reprimir as infrações, mesmo que tais infrações sejam dirigidas, inclusive, a empresas públicas ou ao próprio Estado, por sua intervenção direta, do ponto de vista econômico, em atividades típicas do setor privado²⁹⁶.

²⁹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 14-15.

²⁹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 40.

²⁹⁵ Ibid., p. 24.

²⁹⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 26-27.

Mas, se fossem observados tais parâmetros, certamente, não existiria o caso em concreto aqui selecionado como objeto de estudo.

Finalmente, em relação à seção 2.6, lançando mão de todo o supedâneo teórico tratado, chegou-se à conclusão de que o suicídio não deveria ser coberto pelo seguro de acidentes pessoais, em razão de seu não enquadramento ao conceito de acidente, eis que tal evento não apresenta as características concomitantemente exigidas para tal, configuração, a saber: natureza fortuita, violenta e externa, o que obriga ao mercado segurador a um incremento pecuniário no valor do prêmio, possivelmente, indesejado pelo segurado/consumidor.

Tal equívoco regulatório gera impactos no mercado securitário, tendo em vista a determinação estabelecida pelo órgão regulador da obrigação, por parte do agente econômico segurador, de assunção de um risco completamente estranho ao contrato de seguro de acidentes pessoais, o que, ao fim e ao cabo, gera impactos também ao segurado/consumidor, que passa a pagar um prêmio mais alto por conta de tal situação, criada em âmbito regulatório, constituindo-se em uma verdadeira falha de governo. A função do Estado deve ser a correção de falhas de mercado, mas, ao agir de forma incompetente, ele acaba criando novas falhas.

As informações, em se tratando do mercado securitário, não são, como ressalta Galiza, perfeitamente conhecidas por todos os agentes econômicos envolvidos, ou seja, não são simétricas. Há o risco de deformação dos contratos, quando surgem alterações de comportamento do segurado após a assinatura dos instrumentos, e o agente segurador tem extrema dificuldade em controlar perfeitamente essas mudanças, ficando o fato na dependência do segurado e de seu padrão moral. Trata-se aqui da já referida figura do perigo moral.²⁹⁷

A isso se soma a dificuldade da seguradora de definir, com acuidade, o preço do seguro a partir do perfil do possível segurado, pois, enquanto o seguro é calculado pela sinistralidade média de todos os segurados, o cliente que prioritariamente compra o seguro é aquele que possui as maiores taxas de risco e, como consequência, maiores taxas de sinistralidade.

Ao se estabelecer a obrigatoriedade de inclusão de uma cobertura em determinado contrato de seguro, como ocorre no caso em estudo, aumenta-se o preço do prêmio a ser adimplido, correndo-se o risco, inclusive, de incorrer no

fenômeno da seleção adversa, pois, ao invés de estimular o cliente ao consumo com a inclusão de determinada cobertura, pode-se provocar seu desinteresse por tal modalidade contratual, em razão de seu tarifamento a maior.

Em que pese a ausência de elementos empíricos para tal constatação, fica evidente tal resultado, visto que o agente segurador sempre levará em consideração os riscos assumidos em contrato, por meio da análise do atuário: quanto maiores os riscos, qualitativa e quantitativamente, maior o preço do prêmio a ser adimplido pelo segurado.

O cálculo atuarial constitui-se em elemento fundamental para a gestão, eis que fornece os meios de apuração de prêmios de seguros ligados à vida e dos custos providenciais. A gestão do risco atuarial, nessa perspectiva, deve ser vista como um conjunto de ações e processos que visam a reduzir o impacto desses riscos, subordinando-se a um conjunto de regras que atendam ao interesse da solvência desses riscos.²⁹⁸

Diante de tal análise, constata-se a relevância, para o mercado, da utilização de uma técnica atuação por parte do órgão regulador que restrinja suas ações, única e exclusivamente, à correção das falhas de mercado.

²⁹⁷ GALIZA, Fernando. **A economia do seguro**: uma introdução. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1997. p. 170.

²⁹⁸ RODRIGUES, José Angelo. **Gestão de risco atuarial**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5-6.

REFERÊNCIAS

ABECASSIS, Fernando. **Análise económica**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no direito civil brasileiro. Separata. **Revista O Direito**, [S.l.], ano 126, v. 1-2, 1994.

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos: a abordagem econômica e a tutela dos interesses contratuais. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

BARCELOS, Raphael Magalhães; MUELLER, Bernardo Pinheiro Machado. **A nova economia institucional: teoria e aplicações**. Brasília, DF: UNB, 2003.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1994>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso especial nº 1.193.040 - RS (2010/0085543-2)**. Recorrente: MBM Previdência Privada. Recorrido: Eloa Mariana dos Santos Caetano - Sucessão. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, DF, Julgado em 17 de junho de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201000855432&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso especial nº 1.163.283 - RS (2009/0206657-6)**. Recorrente: Banco do Estado do Rio Grande do Sul SA. Recorrido: Ignez Ivone Alovise Galo e outros. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DF, Julgado em 26 de junho de 2011. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200902066576&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Recurso especial nº 1.568.244 - RJ (2015/0297278-0)**. Recorrente: Maria das Gracas As. Recorrido: Samoc S/A Soc Assistencial Medica e odonto-cirurgica. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, DF, Julgado em 5 de maio de 2016. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=606>>.

45693&num_registro=201502972780&data=20160518&formato=PDF>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 105**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1994>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 61**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=3607>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo?** Ulrich Beck conversa com Johannes Willms. São Paulo: UNESP, 2003.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1997.

CAMPOY, Adilson José. **Contrato de seguro de vida**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARLINI, Angélica. Direito, economia e contratos de seguro. In: CARLINI, Angélica; Saraiva Neto, Pery. (Org.). **Aspectos jurídicos dos contratos de seguro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARLINI, Angélica et al. Agências reguladoras: o papel do Estado na economia ao longo da história. In: CARLINI, Angélica; SARAIVA NETO, Pery (Org.). **Aspectos jurídicos dos contratos de seguro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CHANG, Ha-Joon, **Economia**: modo de usar – Um guia básico dos principais conceitos econômicos. São Paulo: Schwarcz, 2015.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, [S.l.], out. 1960.

COLIN, Ambrosio; CAPITANT, Henri. **Curso elemental de derecho civil**. 3. ed. Madrid: Reus, 1951.

CONSELHO NACIONAL DE SEGUROS PRIVADOS (CNSP). **Resolução CNSP nº 117 de 22/12/2004**. Disponível em: <<https://www legisweb.com.br/legislacao/?id=101020>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. 5. ed. São Paulo: Bookmann, 2010.

CORDEIRO, António Manuel da Costa e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 1984.

CORDEIRO, António Manuel da Costa e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

COULON, Fabiano Koff; MATTOS, Ely José. **O efeito distributivo da responsabilidade objetiva no código de defesa do consumidor brasileiro e as elasticidades da demanda**: uma perspectiva de direito e economia. [S.l.], 2009. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/0fg2801r>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. A influência da economia na responsabilidade civil. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

DWORKIN, Ronald. É o direito um sistema de regras? **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, v. 34, n. 92, p. 119-158, set./dez. 2001.

ELESBÃO, Elisita Collor. **Princípios informativos das obrigações contratuais civis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FARIAS, José Fernando de Casto. **A origem do direito de solidariedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: CAMPUS, 2004.

GALIZA, Fernando. **A economia do seguro**: uma introdução. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 1997.

GOLDBERG, Ilan. Confiança, cooperação, máxima boa-fé e o contrato de seguro. **Revista Jurídica de Seguros**, Rio de Janeiro, 6 maio 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

GUERRA, Sérgio. **Agências reguladoras**: da organização administrativa piramidal à governança em rede. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LARENZ, Karl. **Derecho civil, parte general**. 3. ed. Madrid: Derecho Reunidas, 1978.

LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1957.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contrato e mudança social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 722 dez. 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Contratos no código do consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 705, jul. 1994.

LUPION, Ricardo Lupion. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011.

MACHADO, Rafael Bicca. Cada um em seu lugar. Cada um com sua função: apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. 2 ed. Rio de Janeiro: CAMPUS, 2001.

MARENSI, Voltaire Giavarina. **O seguro a vida e sua modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARENSI, Voltaire Giavarina. **O seguro no direito brasileiro**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil, do direito das obrigações**: do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 5.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Heloísa Carpena Vieira de. A boa-fé como parâmetro da abusividade no direito contratual. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Sérgio Ruy Barroso de. **Contrato de resseguro**. Rio de Janeiro: FUNENSEG, 2011.

MESSINA, Patrizio. Le operazioni finanziarie nel diritto dell'economia finanza pubblica e d'impresa. In: MESSINA, Patrizio. **Trattato di diritto dell'economia**. Padova: CEDAM, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

NALIN, Paulo R. Ribeiro. Ética e boa-fé no adimplemento contratual. In: FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORTH, Douglass C. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1998.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NUNES, Edson de Oliveira. **Agências reguladoras e reforma do estado no Brasil**. Brasília, DF: Garamond Universitária, 2007.

PASQUALINI, Alexandre. Sobre a interpretação sistemática do direito. **Revista do TRF**, Brasília, DF, v. 7, n. 4, 1996.

PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972.

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RODRIGUES, José Angelo. **Gestão de risco atuarial**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SIGNORINO, Andrea Barbat. **Estudios de derecho de seguros**. Montevideo: La Ley, 2016.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **O seguro e as sociedades cooperativas: relações jurídicas comunitárias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS (SUSEP). **Circular SUSEP nº 302 de 19/09/2005**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=10561>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS (SUSEP). **Circular SUSEP n.º 438, de 15 de junho de 2012**. Dispõe sobre o sistema de Registro Eletrônico de Produtos aplicável aos mercados de seguros, resseguros, previdência complementar aberta e capitalização, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www2.susep.gov.br/bibliotecaweb/docOriginal.aspx?tipo=1&codigo=29568>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. O código civil, os chamados microssistemas e a constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Problemas de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 65, jul./set. 1993.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2. ed. São Paulo: Atlas. 2015.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva vs eficiência econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 876, p. 11-43, out. 2008.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas: 2012.

TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro**: de acordo com o novo código civil brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VICENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**: ponderação de interesses e solução de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: obrigações e contratos. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969.

WEYERMÜLLER, André Rafael. **Direito ambiental e aquecimento global**. São Paulo: Atlas, 2010.

WILLIAMSON, Oliver. Por que direito, economia e organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel. **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

YASBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Campus. 2007.

ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel. Economia dos contratos. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; STAJN, Rachel. **Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

ANEXO A - RECURSO ESPECIAL Nº 1.193.040 - RS (2010/0085543-2)

*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 1.193.040 - RS (2010/0085543-2)**

RELATOR : **MINISTRO SIDNEI BENETI**
 RECORRENTE : MBM PREVIDÊNCIA PRIVADA
 ADVOGADOS : RENATA BARBOSA FONTES DA FRANCA
 CARLOS AUGUSTO ZIRBES E OUTRO(S)
 MARCONNI CHIANCA TOSCANO DA FRANCA
 RECORRIDO : ELOA MARIANA DOS SANTOS CAETANO - SUCESSÃO
 ADVOGADOS : ALCINDO GOMES BITTENCOURT
 NATÁLIA TRINDADE LACERDA E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REVISÃO DE PENSÃO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. INOCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. PERÍCIA. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO.

I.- Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação.

II.- É inadmissível o recurso especial quanto à questão que não foi apreciada pelo Tribunal de origem.

III.- Impõe-se a realização da perícia requerida, na hipótese em que o Tribunal de origem não se utilizou de fundamentos técnicos suficientes para deferir a revisão do valor do benefício, para que seja possível apurar se realmente ocorreu o desequilíbrio contratual alegado pela autora, bem como se a pretendida revisão afetará o equilíbrio econômico atuarial da entidade de previdência privada.

Recurso Especial provido, com observação e recomendação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a).

Superior Tribunal de Justiça

Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Nancy Andrichi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de junho de 2010(Data do Julgamento)

Ministro SIDNEI BENETI
Relator



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.193.040 - RS (2010/0085543-2)

RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI
RECORRENTE : MBM PREVIDÊNCIA PRIVADA
ADVOGADO : CARLOS AUGUSTO ZIRBES E OUTRO(S)
RECORRIDO : ELOA MARIANA DOS SANTOS CAETANO - SUCESSÃO
ADVOGADO : NATÁLIA TRINDADE LACERDA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI:

1.- MBM PREVIDÊNCIA PRIVADA interpõe Recurso Especial, com fundamento nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Relator Desembargador UMBERTO GUASPARI SUDBRACK), proferido em ação de revisão de pensão ajuizada por ELOA MARIANA DOS SANTOS CAETANO contra a recorrente.

O Acórdão recorrido, está assim ementado (e-STJ fls. 358):

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. REVISÃO DE PENSÃO VITALÍCIA. PLANO ANTIGO DE PENSÃO E NOVO PLANO. CRITÉRIO DE ATUALIZAÇÃO DA PENSÃO. ÍNDICE APLICÁVEL. FAIXA ETÁRIA QUANDO DA FILIAÇÃO.

Do Agravo Retido. A pretendida produção de perícia técnica é totalmente despicienda para o deslinde do feito, porquanto a matéria vertida nos autos, é unicamente de direito, havendo, no processo, os elementos necessários para o convencimento do juízo. Agravo retido desprovido.

Prescrição vintenária. Inocorrência. Em situações como a dos autos, reconhece-se a prescrição quinquenal, porquanto se trata de parcelas devidas em decorrência de plano de benefício de previdência privada. Tal prazo está disposto no art. 75 da Lei Complementar nº 109, de 29.05.01.

Reajuste da pensão. A pensão da autora deve ser calculada com base na faixa etária ocupada pelo falecido associado quando do ingresso no plano original, sob pena de acarretar prejuízo à pensionista e enriquecimento sem causa à entidade de previdência aberta complementar.

É plenamente justificável, hoje, em face da longevidade da

Superior Tribunal de Justiça

população, haja aumento do valor da contribuição ao plano de previdência privada, em virtude da mudança da faixa etária; todavia, para cálculo da pensão vitalícia, deve-se também considerar o tempo de contribuição do associado – 44 anos ininterruptos, configurando abusividade e ilegalidade, após esse longo período, reduzir-se o valor do benefício em manifesta desproporção ao contratado.

Agravo Retido e Apelação desprovidos.

2.- Embargos de Declaração interpostos pela recorrente (e-STJ fls. 373/380) foram rejeitados (e-STJ fls. 382/386).

3.- Nas razões de Recurso Especial, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, alega a recorrente a existência de divergência jurisprudencial e violação dos arts. 131, 333, II, 458, II, e 535, II, do Código de Processo Civil; 177 do Código Civil de 1916; 178 do Código Civil de 2002; 21 da Lei n. 6.435/77; e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, sustentando: a) a ausência de fundamentação do Acórdão; b) a indevida rejeição dos Embargos de Declaração interpostos com fins de prequestionamento; c) a ocorrência de decadência do direito da autora; d) a necessidade de realização da prova técnica atuarial; e e) a violação das normas de cálculo dos benefícios na forma estipulada no plano subscrito.

4.- Contrarrazoado (fls. 435/443), o Recurso Especial foi inadmitido na origem (e-STJ fls. 445/451), o que ensejou a interposição do Agravo de Instrumento (AG 1.210.249/RS), o qual restou provido para determinar a subida do Recurso Especial (fls. 505/506).

Apensou-se Medida Cautela existente, buscando a concessão de efeito suspensivo, diante de início de execução provisória na origem.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.193.040 - RS (2010/0085543-2)

VOTO

RELATOR: MINISTRO SIDNEI BENETI:

5. - Quanto à alegada violação do artigo 458, II, do Código de Processo Civil, que a jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte.

O Tribunal de origem apreciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia nos limites do que lhe foi submetido. Portanto, também não há que se falar em violação do artigo 535 do Código de Processo Civil (CPC) ou negativa de prestação jurisdicional.

Com efeito, não se detecta qualquer omissão, contradição ou obscuridade no Acórdão recorrido, uma vez que a lide foi dirimida com a devida e suficiente fundamentação, apenas não se adotou a tese do recorrente.

6.- Em relação aos arts. 177 do Código Civil de 1916 e 178 do Código Civil de 2002, sustenta a recorrente a impossibilidade de atribuir efeitos a Plano de Previdência Privada extinto há mais de vinte anos e que não foi implementado para o cálculo do benefício em revisão.

Argumenta, nas razões de Recurso Especial, que, *considerando a data da subscrição do novo contrato no ano de 1.983 e o ajuizamento da presente ação no ano de 2.006, o direito de ação em relação à subscrição do novo plano encontra-se prescrito e prejudicado pela decadência, sob qualquer perspectiva de análise da questão, eis que implementados mais de vinte anos do ato e que assim sendo, a pretensão da autora no que se funda na aplicação das regras atinentes ao plano que foi substituído pelo Plano de Pensão – 01/PE-RCC, encontra-se acobertada pela decadência nos termos do art. 177 do CC/1.916, considerada a regra de transição do art. 2.028 do CC/2.002 (e-STJ fls. 401).*

Superior Tribunal de Justiça

O Acórdão recorrido, todavia, não tratou a respeito dos dispositivos legais tidos por violados quanto ao ponto, incidindo à espécie o óbice da Súmula 211 desta Corte no presente recurso.

Note-se, outrossim, que não há que se falar em omissão do Acórdão com relação a esse tema. Isso porque, ao determinar a revisão do valor da pensão, entendeu o Tribunal de origem que *em que pese o falecido cônjuge da autora ter aderido a novo plano, este nada mais significa do que uma continuidade do primeiro, ou seja, trata-se de contratação única* (e-STJ fls. 366).

Assim, tendo o Tribunal a *quo* concluído, a partir da interpretação das cláusulas contratuais, que não houve a subscrição de novo contrato, mas uma única contratação, não há que se perquirir a respeito de eventual decadência do direito da autora à atribuição de efeitos a Plano já extinto.

7.- No que se refere ao indeferimento da perícia requerida, entende a recorrente que, *verbis*:

O pedido e a causa de pedir em que se sustenta a presente ação, remetem, de plano, a questões que não poderiam ser solvidas, no sistema do livre convencimento racional – e persuasivo –, sem se manifestar sobre as seguintes questões:

a - aferir o montante das contribuições vertidas ao plano, de forma a estabelecer, segundo as afirmações da postulante, uma relação entre as contribuições e o benefício;

b - verificação das causas de eventual defasagem do valor do benefício e se o benefício foi prestado de acordo com o plano subscrito, nos termos do art. 21 da Lei 6.435/77;

c - por derradeiro, verificar se o pedido de alteração do Plano de Benefícios se demonstra adequado para promover a recomposição do equilíbrio entre as contribuições vertidas e o valor do benefício (e-STJ fls. 405).

O Tribunal de origem indeferiu o pedido de produção de prova pericial pelos seguintes fundamentos (e-STJ fls. 361/362):

Com efeito, é desnecessária a prova técnica no caso concreto.

Superior Tribunal de Justiça

Indúvidosamente, a discussão travada envolve o direito (ou não) de a apelante revisar o benefício de previdência complementar, renda mensal vitalícia.

Assim, tratando-se de matéria exclusivamente de direito, não se mostra pertinente a elaboração da perícia atuarial pretendida pelo MBM Previdência Privada.

Por conseguinte, se revela totalmente desnecessária a realização de perícia técnica atuarial.

De fato, é de se ter presente que o destinatário final da prova é o juiz, a quem cabe avaliar quanto à sua efetiva conveniência e necessidade, advindo daí a possibilidade de indeferimento das diligências inúteis ou meramente protelatórias, em consonância com o disposto no parte final do artigo 130 do Código de Processo Civil.

Todavia, no caso dos autos, o Tribunal de origem não se utilizou de fundamentos técnicos suficientes para deferir a revisão do valor do benefício pretendida pela autora, mas sim, da constatação de que houve redução do benefício, ao ser traçada uma comparação entre a proporção "valor do benefício esperado/contribuição", em 1983, quando houve a vinculação ao novo plano, e a proporção "valor do benefício/contribuição" quando do óbito do cônjuge da autora.

Assim, a revisão do pensionamento foi feita sem que fossem apuradas questões essenciais ao reconhecimento do direito da autora, tais como: a) a conformidade do cálculo do benefício com o contrato ajustado; b) a adequação do Plano subscrito à legislação vigente sobre a matéria; c) a causa da redução do benefício esperado; e d) os efeitos da revisão do valor do benefício nas reservas da entidade de previdência privada.

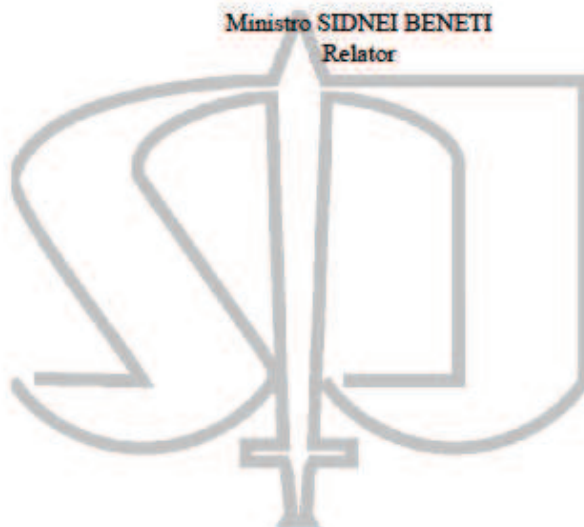
Dessa forma, impõe-se a realização de perícia técnica, com base em cálculos atuariais, para que se apure se realmente ocorreu o alegado desequilíbrio contratual, bem como se a pretendida revisão afetará o equilíbrio econômico atuarial da entidade de previdência privada, de forma a concluir, com base nesses elementos, se, no caso, deve-se proceder à revisão dos benefícios.

8.- Ante o exposto, dá-se provimento ao Recurso Especial, com

Superior Tribunal de Justiça

observação e recomendação, nos seguintes termos: a) dá-se provimento ao Recurso Especial anulando o processo desde a Sentença e determinando a produção da prova pericial requerida; b) observa-se que, em consequência, resta prejudicado fundamento para execução provisória, noticiada na Medida Cautelar em apenso; c) recomenda-se que, em processos sobre a mesma matéria, não se realize execução provisória na origem.

Ministro SIDNEI BENETI
Relator



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.193.040 - RS (2010/0085543-2)

RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI
RECORRENTE : MBM PREVIDÊNCIA PRIVADA
ADVOGADOS : RENATA BARBOSA FONTES DA FRANCA
CARLOS AUGUSTO ZIRBES E OUTRO(S)
MARCONNI CHIANCA TOSCANO DA FRANCA
RECORRIDO : ELOA MARIANA DOS SANTOS CAETANO - SUCESSÃO
ADVOGADOS : ALCINDO GOMES BITTENCOURT
NATÁLIA TRINDADE LACERDA E OUTRO(S)

VOTO

O SR. MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS): Sr. Presidente, inicialmente saúdo os eminentes Advogados, em especial agradeço a saudação do Dr. Alcindo Bittencourt, que foi um grande Magistrado no Sul e, atualmente, é um operoso Advogado, que tem trazido à tribuna a melhor das contribuições.

Quanto ao processo em si, na verdade, no Sul, padecemos de um problema: infelizmente alguns montepios não prosperam. Não sei esse. Vem aqui o Advogado de uma parte e pinta, com cores negras, a situação, e o outro fala, já, em milhões. Na realidade, ficamos entre a cruz e a espada.

Em face a isso, estou plenamente de acordo com o posicionamento do eminente Relator, dando provimento ao recurso especial, a fim de que se esclareça, para termos todas as condições de melhor votar.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0085543-2 **PROCESSO ELETRÔNICO** REsp 1.193.040 / RS

Números Origem: 10700956224 70025843327 70028158657

PAUTA: 17/06/2010

JULGADO: 17/06/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SIDNEI BENETI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MASSAMI UYEDA**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO VIEIRA BRACKS**

Secretária

Bela. **MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MBM PREVIDÊNCIA PRIVADA
ADVOGADOS	: RENATA BARBOSA FONTES DA FRANCA CARLOS AUGUSTO ZIRBES E OUTRO(S) MARCONNI CHIANCA TOSCANO DA FRANCA
RECORRIDO	: ELOA MARIANA DOS SANTOS CAETANO - SUCESSÃO
ADVOGADOS	: ALCINDO GOMES BITTENCOURT NATÁLIA TRINDADE LACERDA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações - Espécies de Contratos - Previdência privada

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). **MARCONNI CHIANCA TOSCANO DA FRANCA**, pela parte RECORRENTE: MBM PREVIDÊNCIA PRIVADA

Dr(a). **ALCINDO GOMES BITTENCOURT**, pela parte RECORRIDA: ELOA MARIANA DOS SANTOS CAETANO

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Superior Tribunal de Justiça

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a) Relator(a). Os Srs. Ministros Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Nancy Andrighi e Massami Uyeda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de junho de 2010

MARIA AUXILIADORA RAMALHO DA ROCHA
Secretária



ANEXO B - RECURSO ESPECIAL Nº 1.163.283 - RS (2009/0206657-6)*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 1.163.283 - RS (2009/0206657-6)**

RECORRENTE : BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A - BANRISUL
ADVOGADO : SÔNIA MICHEL ANTONELLO PEREIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : IGNEZ IVONE ALOVISI GALO E OUTRO
ADVOGADO : ADILSON MACHADO E OUTRO(S)

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:**

1. Ignez Ivone Alovise Galo e Ailton Walter Gauterio Galo ajuizaram ação de revisão de prestações do saldo devedor e repetição de indébito em face do Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. - BANRISUL, ora recorrente, visando ao restabelecimento do equilíbrio contratual de financiamento habitacional, por meio da revisão de cláusulas que consideram abusivas.

O Juízo de piso julgou parcialmente procedente o pedido, afastando a aplicação da Tabela Price como método de amortização da dívida e, em consequência, a capitalização dos juros em período inferior a um ano; deferiu a compensação dos valores referentes às parcelas ainda pendentes com as pagas a maior já liquidadas. Manteve-se, ainda, decisão liminar proferida no sentido de suspender os efeitos da mora até decisão final da ação (e-fls. 171-181).

Inconformados, autores (e-fls. 199-215) e réu (e-fls. 221-236) apelaram.

Julgados os recursos, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul conheceu em parte da apelação do Banco réu, negando-lhe provimento e deu parcial provimento à apelação da autora, nos termos da ementa abaixo reproduzida (e-fls. 286-319):

APELAÇÃO CÍVEL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. PROCESSO CIVIL. REVISIONAL DE CONTRATO HABITACIONAL

INÉPCIA DA INICIAL. O pedido dos mutuários atende às disposições do artigo 282, inciso IV do CPC, em especial ao que respeita à especificação do pedido, tanto assim que oportunizou o oferecimento de defesa pelo mutuante. Inaplicável à espécie o art. 50, da Lei nº 10.931/04, considerando a inexistência de referência expressa aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, o qual é regido por legislação específica.

DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. Tratando-se a matéria de mérito exclusivamente de direito e prescindível de conhecimento especial técnico, incabível a realização de perícia.

FALTA DE INTERESSE RECURSAL. O mutuante carece de interesse processual quanto à repetição do indébito, já que não houve condenação na origem, mas sim decaimento do pedido por parte da mutuária. Recurso

Superior Tribunal de Justiça

não conhecido, no particular, nos termos do art. 499 do CPC. Lições doutrinárias.

APLICAÇÃO DO CDC AOS CONTRATOS DO SFH.

Há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de casa própria, e o mutuário, razão pela qual aplica-se o Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. Súmula 297 do STJ.

TABELA PRICE. A capitalização dos juros é proibida (Súmula 121/STJ), somente aceitável quando expressamente permitida em lei (Súmula 93/STJ), o que não acontece no SFH. Verificada a contratação expressa da tabela *price* e que esta contém fórmula que privilegia a cobrança de juros sobre juros, devido a função exponencial, causando oneração excessiva ao mutuário, deve ser revisada a cláusula para afastar sua incidência e determinar o (re)cálculo das prestações através da contagem de juros simples ou linear. Precedentes da Corte e do STJ.

DA ORDEM DE AMORTIZAÇÃO DO SALDO DEVEDOR. A correção monetária do saldo devedor deve ocorrer antes da amortização das prestações, o que não caracteriza violação do contido no art. 60 da Lei nº 4.380, de 21/8/1964, que, aliás, na jurisprudência do STJ, resultou superada pela edição do Decreto 19/66.

LIMITAÇÃO DE JUROS. Os juros nos contratos do SFH encontram limitação pela normatização do próprio sistema, referendado posteriormente por lei específica (Lei nº 8.692/93), que os limitou em 12%. *In casu*, o contrato prevê taxa de juro pactuado de acordo com o limite legal previsto, devendo, porém, ser observada a taxa de juros nominal contratada, pois em se tratando de contrato de financiamento habitacional, inadmissível a capitalização de juros em qualquer periodicidade.

SEGURO HABITACIONAL. Estando a taxa do seguro integrada ao encargo mensal e restando expressamente acordado no contrato sua regência segundo o PAM, devem ser respeitadas as determinações da SUSEP no reajuste do referido prêmio, mas limitadas ao índice de atualização dos depósitos de poupança.

REPETIÇÃO SIMPLES DAS PARCELAS PAGAS A MAIOR. DEVOLUÇÃO. POSSIBILIDADE. O art. 23 da Lei 8.004/90 prevê expressamente a possibilidade de restituição dos valores eventualmente pagos a maior pelo mutuário, em espécie ou mediante compensação. Precedentes jurisprudenciais.

EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. Resta descaracterizada a mora em virtude da exigência por parte do agente financeiro de encargos abusivos, o que faz com que exista discussão em torno da legalidade desses encargos, e do próprio pacto, o que impõe a suspensão da execução extrajudicial até que o valor do contrato seja readequado aos limites da revisão verificada.

ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA REDIMENSIONADOS.

CONHECERAM PARTE DO RECURSO DA RÉ E NEGARAM PROVIMENTO. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DA AUTORA.

Foram opostos embargos de declaração pelos autores (e-fls. 323-325), rejeitados, conforme ementa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. HIPÓTESES DE CABIMENTO. INOCORRÊNCIA.

Não verificada contradição, omissão ou obscuridade no acórdão

Superior Tribunal de Justiça

embargado, mesmo que para efeito de prequestionamento, não merece guarida a pretensão recursal. O julgador não está adstrito à necessidade de pronunciamento de todos os dispositivos legais aventados pelas partes, sendo suficiente que a decisão exarada aponte os argumentos e razões de seu convencimento (art. 93, IX, CF). Precedentes jurisprudenciais.
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESACOLHIDOS.

Sobreveio recurso especial (e-fls. 449-456), interposto pelo Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. - BANRISUL, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, sob alegação de violação aos arts. 46 e 50 da Lei n. 10.931/2004; art. 2º da Lei n. 8.692/1993.

Afirma o recorrente que o acórdão recorrido negou vigência e afrontou o disposto nos artigos 46 e 50 da Lei n. 10.931/2004, ao entender que a Lei 10.931/2004 não se aplica aos contratos de financiamento de imóveis. Salienta que o art. 46 faz expressa referência a contratos de financiamento imobiliário em geral, devendo incidir os dispositivos daquela lei a todos os pactos de financiamento habitacional.

Argumenta que o mencionado art. 50 da Lei n. 10.931/2004 determina, para fins de ação revisional do Sistema Financeiro Habitacional, o depósito judicial, pelo mutuário, dos valores controvertidos e o pagamento direto ao banco do valor incontroverso.

Pleiteia o reconhecimento da violação aos artigos da lei federal e que seja determinado aos recorridos o depósito judicial dos valores devidos, sob pena de inépcia da ação. Quanto ao ponto, alega divergência jurisprudencial em relação a precedentes do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Foram apresentadas contrarrazões (e-fls. 493-507).

Ignez Ivone Alovisei Galo e Ailton Walter Gauterio Galo também interpuseram recurso especial (e-fls. 442-454), que, no entanto, não foi recebido no tribunal de origem.

O recurso especial do Banco do Estado do Rio Grande do Sul S.A. - BANRISUL, por sua vez, foi admitido (e-fls. 534-542).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.163.283 - RS (2009/0206657-6)

RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
RECORRENTE : BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A - BANRISUL
ADVOGADO : SÔNIA MICHEL ANTONELLO PEREIRA E OUTRO(S)
RECORRIDO : IGNEZ IVONE ALOVISI GALO E OUTRO
ADVOGADO : ADILSON MACHADO E OUTRO(S)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATOS DE FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. LEI N. 10.931/2004. INOVAÇÃO. REQUISITOS PARA PETIÇÃO INICIAL. APLICAÇÃO A TODOS OS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO.

1. A análise econômica da função social do contrato, realizada a partir da doutrina da análise econômica do direito, permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos, por meio de instituições mais sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado.

2. Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito.

3. A Lei n. 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato.

4. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes.

5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004.

6. Recurso especial provido.

*Superior Tribunal de Justiça***VOTO****O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):**

2. A questão principal em discussão é determinar se as disposições da Lei n. 10.931/2004, sobretudo as regras do artigo 50, aplicam-se a todos os contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional.

Confira-se o teor do dispositivo, para melhor compreensão da controvérsia:

Art. 50. Nas ações judiciais que tenham por objeto obrigação decorrente de empréstimo, financiamento ou alienação imobiliários, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso, sob pena de inépcia.

§ 1º O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados.

§ 2º A exigibilidade do valor controvertido poderá ser suspensa mediante depósito do montante correspondente, no tempo e modo contratados.

Ao examinar a questão, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se manifestou pela não incidência dos dispositivos da Lei n. 10.931/2004, afastando a preliminar de inépcia da inicial da ação revisional, nos termos do voto abaixo transcrito:

Não carece de guarida a formulação do mutuante para reconhecimento de inépcia da inicial.

Isso porque o pedido atende às disposições do artigo 282, inciso IV do CPC, em especial ao que respeita à especificação do pedido, tanto assim que oportunizou o oferecimento de defesa pela demandada.

Nem mesmo com fundamento no art. 50 da Lei nº 10.931/2004 prospera a preliminar aventada.

No ponto, a ilustre Desª Iris Helena Medeiros Nogueira bem definiu a

Superior Tribunal de Justiça

questão no julgamento da Apelação Cível nº 70020058129, a qual peço vênia para incorporar às razões de decidir, *verbis*:

Não merece acolhida a preliminar de inépcia da petição inicial em razão da ausência de quantificação e depósito do valor incontroverso previsto no artigo 50 da Lei nº 10.931/04.

Em sentido contrário ao afirmado por parte do demandado, tenho que o artigo 50 da Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004, não se aplica aos casos em que se discute contratos do Sistema Financeiro de Habitação.

Referida lei dispõe sobre "o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 10 de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências".

Por sua vez, enquanto o Decreto-Lei nº 911/69 dispõe sobre a alienação fiduciária, as Leis nº 4.728/65 e 4.591/64 tratam, respectivamente, sobre o mercado de capitais e o condomínio em edificações e incorporações imobiliárias. Não há, portanto, referência expressa ao Sistema Financeiro de Habitação, o qual é regido por legislação específica.

Em sendo assim, apesar de o artigo 50 da Lei nº 10.931/04 estar inserido no Capítulo V, destinado aos Contratos de Financiamento de Imóveis, não se pode simplesmente incluir nestes contratos, sem referência expressa da lei, aqueles regidos pelo Sistema Financeiro da Habitação.

Saliento, inclusive, que a única referência da Lei nº 10.931/04 ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH está no artigo 63, o qual alterou a Lei de Protesto de Títulos e Documentos de Dívida e determinou o seguinte:

Art. 63. Nas operações envolvendo recursos do Sistema Financeiro da Habitação e do Sistema Financeiro Imobiliário, relacionadas com a moradia, é vedado cobrar do mutuário a elaboração de instrumento contratual particular, ainda que com força de escritura pública.

Não bastasse isso, ao aplicar a lei, o julgador tem de atender aos fins sociais a que ela se dirige e ao bem comum, conforme determina o artigo 50 da Lei de Introdução ao Código Civil.

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - SFH. REVISÃO CONTRATUAL. INCIDÊNCIA DO CDC. TABELA PRICE. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. JUROS REMUNERATÓRIOS. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. COEFICIENTE DE EQUIPARAÇÃO SALARIAL. AMORTIZAÇÃO. ATUALIZAÇÃO DAS PRESTAÇÕES É DO SALDO DEVEDOR. TAXA REFERENCIAL. SEGURO. LEGÍTIMO O PLEITO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO NA MODALIDADE SIMPLES. I PRELIMINARES. 1. CERCEAMENTO DE DEFESA. (...). 3. INÉPCIA DA INICIAL. Inaplicável à espécie o art. 50, da Lei nº 10.931/04, considerando a inexistência de referência expressa aos contratos do Sistema Financeiro da Habitação, o qual é regido por legislação específica. (...). À UNANIMIDADE, AFASTARAM AS PRELIMINARES E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DOS AUTORES, E, POR MAIORIA, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DO BANCO, VENCIDO O REVISOR QUE NEGAVA PROVIMENTO.

(Apelação Cível NO 70017187824, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone San guiné, Julgado em 11/04/2007). (grifei).

Superior Tribunal de Justiça

3. A exposição de motivos da Lei n. 10.931/2004, objeto deste recurso, dispõe que a economia brasileira, à época da elaboração de seu projeto, apresentava crescimento inferior em relação ao seu real potencial, refletido pela queda da renda média da população, pela elevada carga tributária e juros, além da baixa performance do mercado imobiliário.

Diante desse contexto, a Lei n. 10.931/2004 foi pensada para contribuir para a retomada do crescimento da economia do País, a partir da previsão de institutos que promoveriam o impulso econômico do mercado e proporcionariam, ao mesmo tempo, maior segurança e credibilidade aos adquirentes de imóveis e aos financiadores dessas aquisições.

A elaboração da lei teve como objetivo maior o fomento do mercado imobiliário, por meio, por exemplo, da instituição de mecanismos que garantissem segurança jurídica às partes nos contratos de comercialização de bens imóveis. A lógica da lei foi a de conferir maiores garantias aos credores para que, diante desta segurança, o crédito fosse mais amplamente oferecido, tornando o mercado imobiliário fértil e o progresso econômico e social do país uma realidade.

Arnoldo Wald, em artigo publicado na Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais - *O Direito a Serviço da Economia*, tratou da importância das reformas legais e institucionais para o desenvolvimento econômico do país, e enumerou suas finalidades, quais sejam: a) o desenvolvimento do crédito; b) a maior eficiência na gestão dos contratos e solução dos conflitos deles decorrentes; c) o aprimoramento do ambiente de negócios e d) a redução do custo do investimento. (WALD, Arnoldo. *O direito a serviço da economia : o novo direito bancário*. In: Revista de direito bancário e do mercado de capitais, v. 8, n. 27, p. 20-25, jan/mar. 2005).

Destarte, a Lei n. 10.931/2004 foi destacada por Wald como uma das conquistas legislativas que serviram de importante catalisador para o aumento do crédito, redução da inadimplência e criação de um consequente clima propício ao investimento. Merece transcrição o trecho abaixo:

Nos países democráticos não se pode impor às empresas e aos bancos, respectivamente, o dever de investir em determinados negócios ou de conceder crédito a certas pessoas ou a grupos ou classes. Por outro lado, o Estado não tem nem os recursos necessários, nem a flexibilidade adequada para se substituir à iniciativa privada, como ocorreu num passado remoto. Assim, o papel básico que lhe cabe é de propiciar um ambiente de segurança e previsibilidade que incentive os detentores do capital a também usá-lo no interesse social. Para tanto, é preciso que haja uma coincidência válida entre a rentabilidade almejada pelo particular e as garantias que lhe são dadas, de um lado, e, de outro, as áreas nas quais são concedidos os financiamentos e são realizadas as obras que correspondem às aspirações da sociedade. Essa parceria entre o capital privado e o exercício da função estatal, pelos seus diversos poderes, abrange desde as concessões de grandes obras e serviços públicos até o

Superior Tribunal de Justiça

financiamento às micro-empresas, passando pelos empréstimos para capital de giro e aquisição de equipamentos ou o crescimento das exportações das empresas industriais e comerciais.

(...)

Voltando às realizações legislativas recentes, podemos afirmar que a sua finalidade ultrapassa o simples crescimento da economia, integrando-se no direito do desenvolvimento, em virtude de serem, em vários casos, medidas que não só permitem o progresso do País, em termos de PIB, mas também têm incontestáveis finalidades sociais, facilitando o acesso ao crédito dos menos afortunados, reduzindo, pois, as desigualdades.

4. Nessa ordem de ideias, doutrinadores da área jurídica e também da área econômica identificaram a Lei 10.931/2004 como um dos instrumentos que caracterizaram a primeira fase da reforma do judiciário, iniciada com EC n. 45/2004 e apontaram ambas, a lei e a emenda constitucional, como realizações das teorias desenvolvidas pela Análise Econômica do Direito – AED, comumente denominada *Escola de Chicago*, que tem como marco importante os estudos de Roland Coase, advogado norte-americano, Prêmio Nobel de Economia no ano de 1991. (MONTEIRO. Renato Leite. *Análise econômica do direito: uma visão didática*. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo. 04 a 07 de novembro de 2009).

Tal doutrina tem como pressuposto o aumento do grau de previsibilidade e eficiência das relações intersubjetivas, próprias do Direito, a partir da utilização de postulados econômicos para aplicação e interpretação de princípios e paradigmas jurídicos.

Com efeito, a análise econômica do direito não pretende, por óbvio, esclarecer seus estudiosos, submeter as normas jurídicas à economia, mesmo porque o Direito não existe para atender exclusivamente aos anseios econômicos. Por outro lado, visa à aproximação das normas jurídicas à realidade econômica, por meio do conhecimento de institutos econômicos e do funcionamento dos mercados. A interação das duas ciências é o mote da Escola, não a exclusão de uma pela outra. A regulamentação jurídica, acreditam os defensores da escola econômica, pode influenciar empreendimentos econômicos e promover o desenvolvimento e a mudança social.

Por outro lado, analisando a função social do contrato, prevista no art. 421 do Código Civil de 2002, normalmente estudada a partir da ideia de justiça social e de justiça distributiva inerentes ao Estado Social, Luciano Benetti Timm apresentou estudo sob a ótica da escola de análise econômica do direito acima referida. (TIMM, Luciano Benetti. *Direito, economia, e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito*. In: Revista de direito bancário e do mercado de capitais, v. 9, n. 33, p. 15-31, jul./set. 2006).

Superior Tribunal de Justiça

O autor aduz que a análise econômica da "função social do contrato" permite reconhecer o papel institucional e social que o direito contratual pode oferecer ao mercado, qual seja a segurança e previsibilidade nas operações econômicas e sociais, capazes de proteger as expectativas dos agentes econômicos.

Explica o professor que a análise econômica do direito permite medir, sob certo aspecto, as externalidades do contrato (impactos econômicos) positivas e negativas, orientando o intérprete para o caminho que gere menos prejuízo à coletividade, ou mais eficiência social. A coletividade deixa de ser encarada apenas como a parte fraca do contrato e passa a ser vista como a totalidade das pessoas que efetivamente ou potencialmente integram um determinado mercado de bens e serviços, como no caso do crédito.

Dessa forma, a análise econômica do direito aposta no efetivo cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis, por exemplo, como pressuposto para o sucesso do sistema como um todo. A satisfação de cada um dos pactos celebrados entre financiadores e financiados, individualmente considerados, é requisito para que o sistema evolua e garanta o beneficiamento de outros tantos sujeitos, de toda coletividade interessada.

Confira-se, nesse ponto, as palavras de Luciano Benetti:

Em uma perspectiva de análise econômica do direito, não se rejeita que existam interesses coletivos dignos de tutela nas relações contratuais. Contudo a coletividade é identificável na estrutura do mercado que está por trás do contrato que está sendo celebrado e do processo judicial relacionado ao litígio a ele pertinente (em verdade, a própria Lei 8.884/94 reconhece ser o mercado protegido por ela um interesse difuso ou coletivo digno de tutela). Nesse sentido, o todo em um contrato de financiamento habitacional é representado pela cadeia ou rede de mutuários (e potenciais mutuários), que dependem do cumprimento do contrato daquele indivíduo para alimentar o sistema financeiro habitacional, viabilizando novos financiamentos a quem precisa. Assim, se houver quebra na cadeia, com inadimplementos contratuais, quem sai perdendo é a coletividade (que ficará sem recursos e acabará pagando um juro maior).
(...)

Como os mercados são imperfeitos, existem custos de transação (custos incorridos pelas partes para negociar e para fazer cumprir um contrato) (Coase, 1988, p. 7). É papel do direito diminuir esses custos de transação. O que se pode afirmar, inclusive, é que, pelo menos dentro de uma perspectiva econômica, quanto mais desenvolvidas as instituições, mais propício é o ambiente para seu natural desenvolvimento, pela diminuição dos custos de transação. Quanto mais sólidos os tribunais e as agências reguladoras e quanto mais íntegro e previsível o sistema jurídico de um país (garantindo a concorrência, a propriedade e os contratos empresariais), melhores são suas instituições.

A partir dessas ideias, concluiu o autor que por meio de instituições mais

Superior Tribunal de Justiça

sólidas, que reforcem, ao contrário de minar, a estrutura do mercado, serão preservados os interesses coletivos e difusos presentes nas relações contratuais e que os riscos, as incertezas e os custos de transação serão diminuídos, facilitando-se o crédito, dinamizando a economia e, portanto, favorecendo a posição daqueles agentes econômicos externos ao contrato individual firmado entre as partes.

Na esteira desse entendimento, Diogo Leite Campos, comentando os contratos bancários, ilustrou de forma simples a função social que cumprem:

Digo que o direito bancário é um dos ramos de Direito com mais sentido social: quando alguém deposita num banco, não está numa manifestação de avareza, nem sequer de aforro; na realidade, financia a casa do vizinho ou o emprego do trabalhador da fábrica próxima. (DE CARVALHO, Ernesto Antunes. *A revisão judicial dos contratos bancários e o art. 285-B do código de processo civil (Lei 12.810 de 16.05.2013)*. In: *Revista de direito bancário e do mercado de capitais*, v. 16, n. 60, p. 87-96, abr./jun. 2013).

A interação entre direito e economia preconizada pela escola da análise econômica do direito é tão interessante que estudiosos dessa interdisciplinaridade afirmaram que os sistemas jurídicos repercutem de forma tão significativa nos fatores que determinam o desempenho econômico a ponto de a eficiência de reserva da economia diminuir e sofrer considerável distorção, diante da existência do risco jurídico. (TIMM, Luciano Benetti; Alexandre Bueno Cateb *et al.*. *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014).

Érica Gorga Sztajn informa, ainda, que “pesquisas já assinalaram que os países com sistemas jurídicos decorrentes da *civil law* (tradição de direito romano-germânico) possuem baixo desempenho econômico, pois são países que oferecem menor proteção jurídica aos investidores em razão do conteúdo das normas jurídicas (direito material) e da forma de cumprimento destas (direito processual), o que resulta em mercados de crédito e de capitais com menor desenvolvimento”. (ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel; PINHEIRO, Amando Castelar *et al.*. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005).

5. Nesse ponto, e retomando o raciocínio para o caso concreto, cumpre observar que a Lei n. 10.931/2004, com fundamento no incentivo à economia, se mostrou apta a alcançar esse desiderato. Os institutos nela previstos, e aqui nos interessam as regras processuais dispostas na lei, especificamente as que se encontram no art. 50, apresentam, certamente, potencial para colaboração do desenvolvimento econômico e social almejados.

Todo contrato de financiamento imobiliário, ainda que pactuado nos moldes do Sistema Financeiro da Habitação, é negócio jurídico de cunho eminentemente patrimonial e, por isso, solo fértil para a aplicação da análise econômica do direito.

Superior Tribunal de Justiça

As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes. O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, tanto porque somente o ponto conflitante será discutido, tanto porque a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes.

Nessa linha de raciocínio, ponderou, uma vez mais, Luciano Benetti:

(...) o direito material deve combinar-se com o direito processual, sendo este visto não mais como um fim em si mesmo, mas como um instrumento posto a serviço do direito material. O Poder Judiciário deveria funcionar **agilmente, fazendo cumprir rapidamente as obrigações assumidas pelas partes, e não servir como um incentivo para a parte que busca nele apenas ganhar tempo.** Ele pode também, complementamente ao Cade, fazer atuar a Lei da Concorrência, evitando o abuso do poder econômico e os acordos empresariais que visam a minar a estrutura concorrencial do mercado, comprometendo-se efetivamente com a livre iniciativa e a livre concorrência. Ainda, o Poder Judiciário deve concentrar sua atuação em ações coletivas, que trazem mais impactos à estrutura social, ao invés de focar repetidas ações individuais idênticas, próprias de uma sociedade menos complexa, como as sociedades antigas romanas, nas quais foram forjados princípios de processo civil ainda repetidos em manuais da matéria. (TIMM, *op. cit.*)

Em relação especificamente ao financiamento imobiliário (SFH, SFI, Programa de Arrendamento Residencial – PAR, Consórcio Imobiliário etc.), Leonardo Brandelli analisou a tendência de comportamento dos agentes econômicos diante dos níveis de segurança jurídica ofertados pelo ordenamento jurídico, no que respeita a seus direitos e à possibilidade de recuperação do capital mutuado, bem como da remuneração ajustada, e concluiu que se a legislação financeira pretender fomentar o mercado de financiamento imobiliário, deve atuar na direção de realmente proporcionar segurança por meio de regras claras e estáveis, que protejam, além dos legítimos direitos dos mutuários, também os direitos dos mutuantes.

(...) para que alguém, por exemplo, celebre um contrato de mútuo, de dinheiro com outrem, ou haverá segurança suficiente de que o dinheiro será retomado em caso de inadimplemento (seja através da garantia geral dada pelo próprio patrimônio do devedor, seja por alguma garantia extra, real ou fidejussória), ou haverá a estipulação de juros numa monta que compense o risco gerado pela insegurança. Caso contrário não haverá celebração de contrato.

6. É importante destacar também que o objetivo de colaboração do crescimento econômico desejado pela lei acabou compatibilizando-se com um momento novo do direito processual civil, responsável por significativas inovações no ordenamento

Superior Tribunal de Justiça

jurídico voltadas à eficiência e à celeridade do processo judicial, que contribuem, de certa maneira, para o fortalecimento das instituições jurídicas, dentre elas, e no caso da lei, do contrato.

De fato, o direito processual contemporâneo exige tratamento célere, que ampare as demandas de forma adequada e efetiva, conforme ponderação feita por Márcia Brandão Zollinger:

(...) a doutrina processual civil contemporânea passou a versar sobre questões de acesso à justiça, instrumentalidade do processo e efetividade da tutela jurisdicional, numa verdadeira mudança paradigmática do objetivo do processo que, deixando de constituir um fim em si mesmo, passa a preocupar-se com a concretização, na realidade fática, das aspirações consagradas nas normas de direito material, em especial nas normas jus fundamentais. O objetivo do processo é, pois, tornar efetivo o direito material. Dessa forma, o direito a um procedimento adequado, que possibilite a plena materialização do comando normativo no mundo dos fatos, passa a ser reconhecido como elemento essencial para a realização dos direitos fundamentais, constituindo ele próprio, também, um direito fundamental, como se verá. (ZOLLINGER, Márcia Brandão. *Proteção processual aos direitos fundamentais*. Curitiba, 2005, f. 121. Dissertação de Mestrado em Direito – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005).

O procedimento enquanto exteriorização material do processo é importante instituto do direito processual, e as normas de rito próprias à atuação do Poder Judiciário criadas pelo legislador devem permitir sejam proferidas as mais adequadas soluções aos conflitos apresentados, promovendo-se a paz social.

Nessa onda, importante a referência ao interessante trabalho capitaneado por *Geoff Hazard*, professor de Direito Processual Civil e de Ética Profissional na Faculdade de Direito da Universidade da Pensilvânia, membro da comissão nomeada pela Suprema Corte encarregada da reforma e do aprimoramento do processo civil nos Estados Unidos, e *Michele Taruffo*, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Pavia, que reuniu importantes juristas de todo o mundo, cujo objetivo ambicioso era uniformizar o direito transaccional dos diversos sistemas processuais existentes no mundo.

Durante a realização dos estudos, foram identificados inúmeros obstáculos à uniformização pensada, mas que, no entanto, não impediram a identificação de princípios de processo civil que necessariamente devem estar uniformemente presentes em todos os sistemas estatais. Dentre os princípios eleitos, o dever das partes de agirem de forma cooperada, justa e de estimularem procedimentos eficientes e rápidos ocupou posição de destaque. Uma justiça pronta e célere, o controle do abuso do processo e a imposição às partes do dever de evitar a propositura de ações temerárias ocuparam posição de destaque. (GIDI, Antonio. *Apresentação ao projeto as normas transnacionais de processo civil*. Consulta

Superior Tribunal de Justiça

em: dialnet.unirioja.es).

7. Nessa linha de raciocínio, penso que a Lei n. 10.931/2004, especificamente em seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé proclamados. O dispositivo da lei de 2004 expressa entendimento atual de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico - tendo em vista a necessidade de solução célere e eficaz -, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato.

Destarte, diante de todo raciocínio desenvolvido, tenho por viável a incidência, nos contratos de financiamento do Sistema Financeiro de Habitação, das regras processuais encartadas na Lei 10.931/2004, mormente as referentes à ação revisional e os requisitos de procedibilidade, conclusão alcançada, como visto, a partir de uma interpretação teleológica da norma objeto de controvérsia.

Na mesma linha da fundamentação aqui desenvolvida foi a conclusão do Ministro Ruy Rosado Aguiar, em trabalho no qual analisou exatamente a incidência da Lei n. 10.931/2004 sobre os contratos de financiamentos imobiliários, inclusive os celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI).

A primeira conclusão por ele alcançada foi a de que a nova lei não revogou as disposições legais sobre o Sistema Financeiro da Habitação, nem as relativas ao Sistema de Financiamento Imobiliário, que continuam existindo e se regendo pelas normas que lhes são próprias. Contudo, todos os regimes de financiamento são, ainda, e além do que for específico para cada um, regrados pelos princípios gerais do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, quando reconheça a relação de consumo entre fornecedor e adquirente.

Confira-se:

Na Lei 10.931/2004, existem disposições de diversa natureza: ora a nova lei dispõe sobre a ordem tributária, ora interfere nos negócios privados de direito civil; ora regula os contratos bancários, ora cuida de situações processuais. Entre estas, algumas dizem direta e exclusivamente com certo tipo de ação, como acontece com os preceitos sobre as ações oriundas dos contratos de alienação fiduciária em garantia, e outras estão dispostas para os processos em geral, como se dá com as regras dos arts. 49 e 50.

Acredito que essas disposições de ordem processual, estipuladas com o propósito de garantir a efetividade da prestação jurisdicional, são aplicáveis a todas as ações que versem sobre crédito imobiliário, independentemente do regime jurídico a que pertença o respectivo contrato, seja do SFH, seja do SFI, e mesmo do regime comum regulado pelo Código Civil, quando apenas sob o ditame deste tenha sido celebrado o contrato de mútuo imobiliário. E assim

Superior Tribunal de Justiça

deve ser, porque nenhum desses negócios é incompatível com as normas dos arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004. Todos versam sobre financiamento imobiliário, todos admitem medidas de proteção liminar ou antecipatória, todos ensejam a diferenciação entre parcelas, todos têm questões sobre fatos e matéria jurídica que podem ser controversas e incontroversas, e todos exigem da parte comportamento conforme a boa-fé. As partes, seja o autor ou o réu, devem se comportar com lisura e exação durante o transcorrer do processo, contribuindo para que este atinja o seu fim (a realização da justiça) em tempo útil, de maneira social e de forma econômica. Assim, devem cumprir com as suas obrigações, e, uma vez estabelecida a relação processual, espera-se que mantenham o litígio apenas sobre o que é objeto da controvérsia.

É princípio constitucional que o ordenamento jurídico e a prática judiciária assegurem a efetividade do exercício da jurisdição. Tendo o Estado monopolizado a função de fazer a justiça - somente quebrado em situações excepcionais - exige-se que ele atue e faça com que as partes atuem de modo a garantir esse fim. As normas elaboradas para atender a tal propósito devem ser aplicadas com a extensão que o texto permite. Portanto, os artigos da Lei 10.931/2004 não se aplicam indiscriminadamente a todos e a tudo o que diz com os contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação ou do Sistema de Financiamento Imobiliário, uma vez que ambos têm regras específicas naquilo que é do seu peculiar campo de incidência. Todavia, os arts. 49 e 50 se aplicam sobre as ações que versem sobre financiamento imobiliário em geral, incluindo o Sistema Financeiro da Habitação e o Sistema de Financiamento Imobiliário, porquanto nelas também se exige o cumprimento do princípio da efetividade da prestação jurisdicional. Sendo este o fim perseguido pelas duas normas mencionadas (arts. 49 e 50 da Lei 10.931/2004), nada justifica a exclusão de sua incidência, quando se trata de ação sobre contrato do SFH ou SFI, embora não sejam estes o objeto específico de regulação da Lei 10.931/2004. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Matéria incontroversa na Lei 10.931/04, sobre financiamento imobiliário*. In: Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, v. 32, n. 100, p. 317-328, dez. 2005).

Também Luciano Benetti Timm está entre os que consideram aplicáveis ao Sistema Financeiro de Habitação as normas da Lei 10.931/2004. Referido doutrinador, analisando o art. 285-B do CPC, inserido pela Lei 12.810/2013, assevera:

A redação desse artigo corresponde à do art. 50, *caput* e § 1.º, da Lei 10.931/2004. A grande diferença é que o tema passa a ser tratado no próprio Código de Processo Civil, e não em uma lei especial, o que exige sua aplicação de modo geral e abstrato.

A única crítica que poderia ser levantada é de natureza formal, pois melhor seria a colocação do dispositivo como art. 282-A ou 295-A. A par disso, a regra é boa e de acordo com o princípio da boa-fé processual.

Assim sendo, tendo em vista a validade da norma, em face da não observação do disposto no art. 285-B, *caput*, do CPC, deverá o juiz

Superior Tribunal de Justiça

determinar a emenda da petição inicial, sob pena de indeferimento.
(TIMM, Luciano Benetti, *op. cit.*)

Cabe ressaltar que na própria Lei 10.931/2004 há prova de que suas disposições devem incidir sobre todos os contratos de financiamento de imóveis do Sistema Financeiro da Habitação. O art. 63 prevê: "nas operações envolvendo recursos do Sistema Financeiro da Habitação e do Sistema Financeiro Imobiliário, relacionadas com a moradia, é vedado cobrar do mutuário a elaboração de instrumento contratual particular, ainda que com força de escritura pública".

8. Importante trazer à tona, ainda, inovação recente do Código de Processo Civil, por meio da Lei 12.810/2013, que introduziu artigo com redação idêntica ao art. 50 da Lei 10.931/2004 aqui analisado. Confira-se:

Art. 285-B. Nos litígios que tenham por objeto obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil, o autor deverá discriminar na petição inicial, dentre as obrigações contratuais, aquelas que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso.

§ 1º O valor incontroverso deverá continuar sendo pago no tempo e modo contratados. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.873, de 2013)

Com efeito, a inovação legislativa corrobora o que afirmado neste voto, no tocante aos objetivos buscados pela processo civil moderno, preocupado em ser, acima de tudo, eficaz.

A discriminação do valor incontroverso na petição inicial proporciona melhor compreensão da dimensão do litígio, da lesão ao direito envolvido, além de permitir a demonstração da verossimilhança do direito invocado. Ainda, auxilia na atenuação de naturais mazelas da demora na prestação jurisdicional, contribuindo para a segurança jurídica.

9. Por fim, afirmada a incidência das regras de procedimento expressas no art. 50 da Lei n. 10.931/2004, é preciso que se verifique sua aplicação à ação revisional em trâmite no caso concreto, tendo em vista as regras de direito intertemporal.

O Ministro Ruy Rosado, em artigo aqui referenciado, afirma a incidência do disposto no art. 50 aos processos iniciados após a entrada em vigor da Lei n. 10.931/2004, considerando-se sua natureza processual e tendo em vista o fato de o dispositivo tratar de requisitos da petição inicial.

No caso em exame, cuidando-se de dispositivos processuais inseridos na Lei 10.931/2004, eles incidirão sobre os processos das ações relativas a crédito imobiliário instaurados depois de 2 de agosto de 2004. Sobre os processos pendentes, não serão afetados os atos já praticados. (AGUIAR

Superior Tribunal de Justiça

JÚNIOR, Ruy Rosado de. *op. cit.*).

Com efeito, em relação aos preceitos de ordem processual, em princípio, a lei nova incide direta e imediatamente sobre os processos novos, não se aplicando aos feitos extintos; e sobre os processos pendentes, incidirá também imediatamente, cuidando-se, no entanto, para que sejam preservados os atos já consumados.

No caso dos autos, a ação revisional é posterior à data de vigência da Lei n. 10.931/2004, 2 de agosto de 2004. Conforme protocolo verificado à e-fl. 2, o ajuizamento da ação se deu em 20 de outubro de 2006.

Portanto, as disposições atinentes à petição inicial previstas no art. 50 da lei aplicam-se à ação de revisão de prestações e saldo devedor em debate.

Consta da petição inicial (e-fls. 02-36) alegação de abusividade um tanto quanto genérica, conforme é possível extrair da leitura do seguinte trecho da petição:

O presente contrato de financiamento habitacional é fruto de abusividades contratuais verificadas, por sua vez, na prática da capitalização mensal de juros; taxa ilegal de juros; nos juros compostos e capitalizados mensalmente em razão da aplicação da Tabela Price; na cobrança dos valores seguros em desacordo com a tabela da SUSEP, na prática da forma incorreta de amortização de não abater a prestação paga para após corrigir o saldo devedor e na não correlação entre o reajuste das prestações e a renda da parte mutuária titular do financiamento (e-fl. 02).

Na verdade, o que se vê, na forma em que apresentada a petição inicial, é um descontentamento geral com o contrato em si.

Assim, diante do não cumprimento dos requisitos previstos no art. 50 da Lei n. 10.931/2004 pelo autor da ação, impõe-se a anulação de todos os atos até aqui praticados, inclusive a sentença e o acórdão, abrindo-se prazo legal para emenda à inicial.

10. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial.

É o voto.

ANEXO C - RECURSO ESPECIAL Nº 1.568.244 - RJ (2015/0297278-0)

*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 1.568.244 - RJ (2015/0297278-0)**

RELATOR : MINISTRO RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA
 RECORRENTE : MARIA DAS GRACAS SA
 ADVOGADOS : CECÍLIA MIGNONE MODESTO LEAL - RJ119053
 EDUARDO NOGUEIRA DE OLIVEIRA E SILVA - RJ172596
 RECORRIDO : SAMOC S/A SOC ASSISTENCIAL MEDICA E ODONTO-CIRURGICA
 ADVOGADOS : DANIELLE MIRANDA DE CARVALHO - RJ105616
 ROGÉRIO JESUS DE SOUZA - RJ072720
 ISABEL MARIA S FERREIRA DE SOUZA - RJ084355
 ADRIANA FERREIRA DA SILVA PASSOS - RJ130782
 INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"
 INTERES. : DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
 INTERES. : INSTITUTO DE ESTUDOS EM SAÚDE SUPLEMENTAR - IESS -
 "AMICUS CURIAE"
 ADVOGADO : LUIZ FELIPE CONDE E OUTRO(S) - RJ087690
 INTERES. : FEDERACAO NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR - "AMICUS
 CURIAE"
 ADVOGADOS : SERGIO BERMUDEZ - RJ017587
 MÁRCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA - RJ059384
 ADVOGADA : CAROLINA CARDOSO FRANCISCO MOUTINHO E OUTRO(S) -
 RJ116999
 INTERES. : AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - "AMICUS CURIAE"
 ADVOGADO : PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF - PR000000F
 INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - "AMICUS
 CURIAE"
 ADVOGADOS : CLÁUDIA DE MORAES PONTES ALMEIDA - SP261291
 CHRISTIAN TARIK PRINTES E OUTRO(S) - SP316680
 INTERES. : ASSOCIACAO DE DEFESA DOS USUARIOS S P S DE SAUDE -
 "AMICUS CURIAE"
 ADVOGADO : AMINE D'ANDRADA E OUTRO(S) - PE001426B
 INTERES. : INSTITUTO BRASILEIRO DE POLITICA E DIR. DO CONSUMIDOR -
 "AMICUS CURIAE"
 ADVOGADO : SIMONE MARIA SILVA MAGALHÃES - DF024194
 INTERES. : UNIDAS - UNIAO NACIONAL DAS INSTITUICOES DE AUTOGESTAO
 EM SAUDE - "AMICUS CURIAE"
 ADVOGADOS : JOSE LUIZ TORO DA SILVA E OUTRO(S) - SP076996
 VANIA DE ARAUJO LIMA TORO DA SILVA E OUTRO(S) - SP181164
 INTERES. : UNIMED DO BRASIL CONFEDERACAO NAC DAS COOPERATIVAS
 MED - "AMICUS CURIAE"
 ADVOGADOS : JOSÉ CLÁUDIO RIBEIRO OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP092821
 RAPHAEL CARVALHO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP366173

EMENTA

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

1. A variação das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde em razão da idade do usuário deverá estar prevista no contrato, de forma

Superior Tribunal de Justiça

clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (arts. 15, *caput*, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).

2. A cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária do beneficiário encontra fundamento no mutualismo (regime de repartição simples) e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos.

3. Os gastos de tratamento médico-hospitalar de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade. Com vistas a obter maior equilíbrio financeiro ao plano de saúde, foram estabelecidos preços fracionados em grupos etários a fim de que tanto os jovens quanto os de idade mais avançada paguem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços de atenção à saúde.

4. Para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os de mais tenra idade suportassem parte dos custos gerados pelos mais velhos, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do *community rating* modificado).

5. As mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção).

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

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

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

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

c) Para os contratos (novos) firmados a partir de 1º/1/2004, incidem as regras da RN nº 63/2003 da ANS, que prescreve a observância (i) de 10 (dez) faixas

Superior Tribunal de Justiça

etárias, a última aos 59 anos; (ii) do valor fixado para a última faixa etária não poder ser superior a 6 (seis) vezes o previsto para a primeira; e (iii) da variação acumulada entre a sétima e décima faixas não poder ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

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

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

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

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

12. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Marco Buzzi acompanhando o Sr. Ministro Relator, decide a Segunda Seção, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, aprovadas, em sessão anterior, as teses repetitivas para os efeitos dos artigos 1.038 e 1.039 do CPC/2015. Os Srs. Ministros Marco Buzzi (voto-vista), Marco Aurélio Bellizze, Nancy Andrighi, Luís Felipe Salomão, Paulo de Tarso Sanseverino e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Moura Ribeiro e Maria Isabel Gallotti.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2016(Data do Julgamento)

Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.568.244 - RJ (2015/0297278-0)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por MARIA DAS GRAÇAS SÁ, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Noticiam os autos que a recorrente ajuizou ação de revisão de cláusulas contratuais combinada com pedido de indenização por danos morais contra SAMOC S.A. - SOCIEDADE ASSISTENCIAL MÉDICA E ODONTO-CIRÚRGICA, visto que, após completar a idade de 59 (cinquenta e nove) anos, em julho de 2010, foi informada que em setembro de 2010 o valor das prestações mensais do plano de saúde, modalidade individual, sofreria majoração de 88%, passando de "(...) R\$ 157,80 para R\$ 316,63 em virtude da mudança de faixa etária" (fl. 339). Sustentou, assim, que o reajuste seria ilegal e abusivo e requereu:

"(...) a) seja declarada nula a cláusula nona, parágrafo 1º do contrato firmada e ao agastamento do reajuste abusivo da mensalidade pela faixa etária de 88% (oitenta e oito por cento), aplicado a partir de setembro de 2010; b) a fixação do reajuste pelo índice anual estabelecido pela ANS que em 2010 foi de 6,76 ou a média dos últimos três reajustes por faixa etária previstos no contrato (9%); c) a condenação da ré a devolver os valores pagos indevidamente, em dobro ou ao menos, na forma simples; d) a condenação da ré ao pagamento de danos morais" (fl. 339).

O magistrado de primeiro grau, entendendo que a autora ainda *"não era considerada idosa para fins da Lei nº 10.741/2003"* (fl. 340) bem como tinha ciência prévia de que, quando completasse 59 (cinquenta e nove) anos de idade, o valor da mensalidade sofreria reajuste por alteração de faixa etária, em consonância com a legislação de regência e as cláusulas do contrato, julgou improcedentes os pedidos formulados na petição inicial.

Insignada, a demandante interpôs recurso de apelação no Tribunal de Justiça fluminense, mas o Desembargador relator negou-lhe seguimento em decisão monocrática assim ementada:

"Apelação cível. Decisão monocrática. Direito do Consumidor. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória c/c repetição de indébito. Plano de saúde individual. Autora que se insurge contra os reajustes das mensalidades em decorrência da mudança de faixa etária, aplicados pela Ré, a partir do seu quinquagésimo nono aniversário. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio. Nesse diapasão, parece óbvia a constatação que quanto

Superior Tribunal de Justiça

mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair problema que afete sua saúde. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica. O Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda 'a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade'. Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se repare abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia, o que não se sucedeu no caso em tela ante o teor do laudo pericial atestual realizado nos autos que concluiu não ter havido irregularidades nos reajustes do plano de saúde da Autora realizados pela Ré. O Superior Tribunal de Justiça modificou seu entendimento no sentido da impossibilidade de aplicação de reajustes de faixa etária para idosos. De acordo com o julgamento do REsp 1381606, j. 07.10.2014, DJe de 31.10.2014: 'O aumento da idade do segurado implica a necessidade de maior assistência médica. Em razão disso, a Lei n. 9.656/1998 assegurou a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado. Essa norma não confronta o art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, que veda a discriminação consistente na cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Discriminação traz em si uma conotação negativa, no sentido do injusto, e assim é que deve ser interpretada a vedação estabelecida no referido estatuto. Se o reajuste está previsto contratualmente e guarda proporção com o risco e se foram preenchidos os requisitos estabelecidos na Lei n. 9.656/1998, o aumento é legal'. Logo, conclui-se ser plenamente válida e eficaz a cláusula contratual que prevê o reajuste em razão da alteração da faixa etária, nos termos da regulamentação prevista na Lei nº 9.656/98, bem como nas resoluções da ANS, especial a Resolução CONSU nº 6, inclusive aos beneficiários com idade igual ou superior a 60 anos. Cumpre lembrar que a Autora impugna o reajuste da mensalidade do plano na ordem de 88%, quando realizado em época que ela sequer era considerada idosa para fins de aplicação do Estatuto do Idoso. Se cabe o reajuste do plano para o legalmente idoso, conforme decidido pelo E. STJ, com mais razão pode tal avença sofrer variações em suas mensalidades, desde que não abusivos. Assim, infere-se que os reajustes praticados pela Apelada não são ilegais ou abusivos, visto que foi observado o disposto nas Leis 9.656/98 e 10.741/2003 e Resolução Normativa ANS 63/2004, bem como no contrato firmado entre as partes.

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, caput, do CPC, CONHEÇO DO RECURSO E LHE NEGÓ SEGUIMENTO" (fls. 416/417).

O agravo interno interposto em seguida teve o provimento negado pelo órgão colegiado. O acórdão foi sumariado nos seguintes termos:

"Agravo interno na decisão monocrática em recurso de apelação. Questões trazidas no Agravo já enfrentadas na decisão impugnada. Frise-se mais uma vez que os ajustes foram realizados com base no contrato firmado pelas partes, não tendo a perícia contábil realizada nos autos identificado qualquer irregularidade nos acréscimos das mensalidades efetivadas pela operadora. Indisfarçável propósito de conduzir a causa ao julgamento colegiado. RECURSO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO" (fl. 450).

Superior Tribunal de Justiça

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. Eis a ementa do julgado:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL PLANO DE SAÚDE. AUMENTO EM RAZÃO DE MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. A Embargante se insurge contra a decisão proferida pelo Colegiado alegando ausência de pronunciamento acerca da violação da Resolução Normativa 63/2003, artigos 4º, I e III, 6º, III, 7º, caput, 51, IV, X, XIII, § 1º, todos do CDC. A Resolução Normativa 63/2003 não deve ser aplicada isoladamente, mas sim em conjunto com as demais circunstâncias que envolvem o caso. Resta claro nos autos que a Embargante tomou conhecimento prévio de que seu plano de saúde iria sofrer aumento quando ela completasse 59 anos de idade, sendo-lhe informado inclusive os percentuais do reajuste, anuindo com o acréscimo. Ademais, o laudo pericial realizado nos autos confirma que não houve abusividade no aumento. Diante dessas circunstâncias não se pode afirmar que houve violação à Resolução Normativa 63/2003 e artigos do CDC mencionados, visto que não provada cobrança excessiva tendo sido a Embargante previamente informada do reajuste. **RECURSO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO"** (fl. 478).

No especial, a recorrente alega, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 535 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) e 4º, I e III, 6º, III, 7º, caput, e 51, IV, X, XIII e § 1º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Sustenta, inicialmente, a nulidade do acórdão proferido em embargos declaratórios por negativa de prestação jurisdicional, pois o Tribunal de origem deixou de se manifestar acerca de aspectos relevantes da demanda suscitados na petição recursal.

Aduz também que o reajuste aplicado na mensalidade do plano de saúde por alcançar nova faixa de risco, ao completar a idade de 59 (cinquenta e nove) anos, no percentual de 88%, tornou a prestação excessivamente onerosa, desequilibrando o contrato e impossibilitando a sua permanência.

Acrescenta não ser razoável e ser abusivo o aumento da contraprestação pecuniária praticado pela recorrida, mostrando-se nula "(...) a cláusula contratual que permitiu o reajuste de 110% (mas na prática, foi de 88%)" (fl. 513), já que coloca o consumidor em desvantagem exagerada, incompatível com os princípios da boa-fé objetiva e da equidade.

Após o decurso do prazo para a apresentação de contrarrazões (fl. 537), o recurso foi admitido na origem, tendo sido indicado como representativo de controvérsia (fls. 545/546).

Diante da multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica tese de direito (validade da cláusula contratual de plano de saúde que prevê o aumento da mensalidade conforme a mudança de faixa etária do usuário), o julgamento do presente recurso especial foi submetido à Segunda Seção desta Corte, conforme o rito dos arts. 1.036 e 1.037 do Código de Processo Civil de 2015 - CPC/2015 (fls. 561/562).

Foram expedidos ofícios aos Presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais

Superior Tribunal de Justiça

Regionais Federais e foi facultada a manifestação, na qualidade de *amicus curiae*, dos seguintes entes ou órgãos: Defensoria Pública da União - DPU, Instituto de Estudos de Saúde Suplementar - IESS, Federação Nacional de Saúde Suplementar - FENASAÚDE, Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS e Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC, que apresentaram petições (fls. 576/588, 590/700, 703/724, 762/784 e 786/804, respectivamente).

O Ministério Público Federal, em parecer, opinou pela "validade da cláusula contratual de plano de saúde que prevê o aumento da mensalidade conforme a mudança da faixa etária do usuário, desde que observados o limite de 60 (sessenta) anos de idade, bem como as disposições da Agência Nacional de Saúde Suplementar" (fl. 890) e pelo "desprovemento do recurso especial, pois não demonstrada a abusividade da cláusula contratual" (fl. 890).

A recorrente apresentou memoriais às fls. 893/900.

Após, diante de diversas solicitações de esclarecimentos sobre o alcance da decisão de sobrestamento, foram feitas as seguintes delimitações no Tema 952:

- "- (i) os planos de saúde abrangidos são apenas os da modalidade individual ou familiar;
- (ii) a determinação de suspensão não impede a concessão de tutelas provisórias de urgência, desde que verificada a efetiva necessidade e a presença de seus requisitos legais, a exemplo da aferição da concreta abusividade do aumento da mensalidade" (fl. 997).

Por fim, foram admitidas também as seguintes entidades como *amici curiae*: Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON; União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - UNIDAS; Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde - ADUSEPS; e Confederação Nacional das Cooperativas Médicas - UNIMED DO BRASIL (fls. 1.257/1.259).

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.568.244 - RJ (2015/0297278-0)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA (Relator):

As questões controvertidas nestes autos são: a) se houve negativa de prestação jurisdicional pela Corte de origem quando do julgamento dos embargos de declaração e b) se é válida a cláusula contratual de plano de saúde da modalidade individual ou familiar que prevê o aumento da mensalidade conforme a mudança de faixa etária do usuário.

No caso dos autos, as prestações mensais da recorrente sofreram majoração no percentual de 88% após ela ter completado a idade de 59 (cinquenta e nove) anos, o que, segundo alega, configuraria abuso e onerosidade excessiva, visto que desequilibraria o contrato e impossibilitaria a sua permanência no plano de saúde, em afronta aos direitos do consumidor.

Cumprе destacar, preliminarmente, que a matéria a ser apreciada no Supremo Tribunal Federal (STF) em repercussão geral (RE nº 630.852 RG/RS), qual seja, o tema 381 - aplicação do Estatuto do Idoso a contrato de plano de saúde firmado anteriormente a sua vigência, com ênfase no controle do aumento da contribuição em razão de ingresso em faixa etária diferenciada, não influencia no julgamento da presente hipótese, porquanto a autora aderiu ao plano de assistência à saúde em 6/9/2005, data posterior à vigência da Lei nº 10.741/2003, portanto.

A despeito disso, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que o reconhecimento de repercussão geral não impede o trâmite normal do recurso especial que verse sobre o mesmo tema, assegurando, apenas, o sobrestamento do recurso extraordinário a ser eventualmente interposto. Isso porque não há invasão de competências, já que cabe ao Superior Tribunal de Justiça aplicar o Direito ao caso concreto conforme a melhor interpretação da legislação federal infraconstitucional, ao passo que ao Supremo Tribunal Federal cumpre apreciar hipóteses de afronta à norma da Constituição Federal.

A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO MANTIDA.

1. Segundo a jurisprudência desta Corte, o reconhecimento da repercussão geral de matéria submetida a apreciação do STF não enseja, por si só, a suspensão de processos que tramitam no STJ. Precedentes.

2. Não cabe ao STJ conhecer de violação de norma constitucional, sob pena de invadir a competência do STF.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no REsp nº 1.328.548/GO, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe 1º/12/2015)

Superior Tribunal de Justiça

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL REPERCUSSÃO GERAL DECLARADA PELO STF. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO RECURSO ESPECIAL AUSÊNCIA DE AMPARO LEGAL. ACUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS. AUXÍLIO-ACIDENTE CONCEDIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 9.528/97 E APOSENTADORIA CONCEDIDA APÓS A SUA VIGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL 1.296.673/MG, SUBMETIDO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 507/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

(...)

II. O pedido de suspensão do julgamento do Recurso Especial, em razão do reconhecimento de repercussão geral da matéria, pela Suprema Corte, não encontra amparo legal. A verificação da necessidade de sobrestamento do feito terá lugar quando do exame de admissibilidade de eventual recurso extraordinário a ser interposto, a teor do art. 1.036 do Código de Processo Civil de 2015.

(...)

VI. Agravo interno improvido." (AgInt no REsp nº 1.591.844/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, DJe 16/6/2016)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ARTIGO 544 DO CPC) - DEMANDA POSTULANDO A EQUIPARAÇÃO, ENTRE HOMENS E MULHERES, DO PERCENTUAL DO CÁLCULO DO SALÁRIO DE BENEFÍCIO PARA FINS DE SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - DECISÃO MONOCRÁTICA CONHECENDO DO AGRAVO DA ASSISTIDA PARA, DE PRONTO, DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL, AFASTADA A PRESCRIÇÃO PRONUNCIADA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA.

(...)

2. Pedido de suspensão do feito. O fato de a matéria ter sido reconhecida como de repercussão geral perante o Supremo Tribunal Federal não impede o julgamento do recurso especial, apenas assegurando o sobrestamento do recurso extraordinário interposto" (EDcl no AREsp 161.703/RN, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgada em 05.11.2013, DJe 12.11.2013).

Ademais, no caso, a insurgência especial sequer chegou a abrangar a questão de fundo (cujas repercussão geral foi reconhecida), ante o acolhimento, na origem, da preliminar de prescrição.

3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp nº 252.777/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, DJe 25/5/2015)

Feitos os esclarecimentos acima, passa-se ao exame das alegações recursais.

1. Da negativa de prestação jurisdicional

Não há falar em negativa de prestação jurisdicional nos embargos declaratórios, a qual somente se configura quando, na apreciação do recurso, o Tribunal local insiste em omitir pronunciamento a respeito de questão que deveria ser decidida, e não foi.

Concretamente, verifica-se que as instâncias ordinárias enfrentaram a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia. É cediço que a escolha de uma tese refuta, ainda que implicitamente, outras que sejam incompatíveis.

Registre-se, por oportuno, que o órgão julgador não está obrigado a se pronunciar

Superior Tribunal de Justiça

acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre aqueles considerados suficientes para fundamentar sua decisão, o que foi feito.

Nesse sentido:

"RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. DANO MORAL NÃO CARACTERIZADO. INSCRIÇÃO INDEVIDA COMANDADA PELO SUPOSTO CREDOR. ANOTAÇÕES ANTERIORES. SÚMULA 385/STJ.

1. O acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, não se configurando omissão alguma ou negativa de prestação jurisdicional.

(...)

5. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp nº 1.386.424/MG, Rel. p/ acórdão Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Segunda Seção, DJe 16/5/2016 - grifou-se)

2. Da origem do reajuste da mensalidade do plano de saúde fundado em mudança de faixa etária

De início, impende asseverar que o modelo financeiro mais adotado pelas operadoras de plano de saúde no Brasil é o de diluição das despesas entre os diversos beneficiários, havendo a formação de um fundo mútuo, a tornar viável a solvência do plano e o custeio de consultas, cirurgias, internações e outros serviços de assistência à saúde quando utilizados pelo consumidor (regime de repartição simples).

Nesse contexto, o mutualismo, base econômica desse tipo contratual, por definição,

"[...] é a associação entre membros de um grupo no qual suas contribuições são utilizadas para propor e garantir benefícios aos seus participantes, portanto está relacionado à união de esforços de muitos em favor aleatório de alguns elementos do grupo, constituindo-se, portanto, como princípio fundamental que constitui a base de toda operação de seguro, e por decorrência, dos planos de saúde (Instituto Brasileiro de Atuação, 2014).

Nos planos de saúde, uma população voluntariamente paga contraprestação pecuniária (mensalidade, prêmio) para um fundo solidário do qual saem os recursos para custeio de eventos segurados (consultas, exames, terapias, internações e outros itens de despesa assistencial).

(...)

O conceito dos planos de saúde baseia-se, portanto, na existência de eventos futuros e incertos - não se sabe se e quando ocorrerá a assistência médica contratada (evento segurado) e quem será afetado pelo evento - na previsibilidade coletiva para que a operadora possa quantificar o risco assumido, baseada no mutualismo e solidariedade, e na boa fé objetiva" (fls. 774/775 - manifestação da ANS).

Por outro lado, como cediço, os gastos de tratamento de pessoas idosas são geralmente mais altos do que os de pessoas mais jovens, isto é, o risco assistencial varia consideravelmente em função da idade.

Superior Tribunal de Justiça

alterações na legislação previdenciária, ocorridas em 2015, houve redução de até 50% (cinquenta por cento) no valor dos benefícios previdenciários (Lei 13.135/2015 altera o Regime Geral de Previdência Social - RGPS)" (fl. 579).

Dessa forma, em virtude desse subsídio, não se inviabiliza o ingresso ou a permanência de pessoas idosas no plano privado de assistência à saúde, evitando, assim, qualquer onerosidade excessiva ou discriminação etária.

Em contrapartida, cumpre frisar que as mensalidades dos mais jovens, apesar de proporcionalmente mais caras, não podem ser majoradas demasiadamente, sob pena de o negócio perder a atratividade para eles, o que colocaria em colapso todo o sistema de saúde suplementar em virtude do fenômeno da seleção adversa (ou antisseleção):

"[...] no caso dos seguros em geral e dos planos e seguros de saúde em particular, consiste na auto-exclusão dos consumidores que têm gastos com saúde esperados inferiores ao prêmio cobrado no mercado. A exclusão desses consumidores eleva o custo médio do atendimento, levando a um aumento do prêmio e nova exclusão dos consumidores." (CECHIN, 2008, p. 35)" (fls. 627/628 - manifestação do IESS, parecer FIPECAFI).

Em outros termos,

"[...] a transferência do elevado custo dos beneficiários mais velhos não pode onerar, demasiadamente, os beneficiários mais jovens, sob pena de estes últimos perderem o interesse na contratação do plano, arcando com o próprio custo de seus tratamentos médicos ou simplesmente, juntando o dinheiro que gastariam como plano para o caso de necessidade de assistência médica. Esse cenário, obviamente, levaria o setor de saúde suplementar à ruína, pois é justamente por conta do mutualismo, ou seja, da diluição de riscos entre beneficiários de idades (rectius: riscos) diferentes é que os planos de saúde são economicamente viáveis" (fl. 715 - manifestação da FENASAÚDE).

Conclui-se que a cláusula de aumento de mensalidade de plano de saúde conforme a mudança de faixa etária encontra fundamento no mutualismo e na solidariedade intergeracional, além de ser regra atuarial e asseguradora de riscos, o que concorre para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do próprio plano.

Resta apreciar a regulamentação normativa de tal cláusula contratual, que deve ter balizas sólidas, de forma a não comprometer o direito de usuários e idosos.

3. Da base legal para o reajuste por alteração da faixa etária nos planos privados de assistência à saúde

Nos planos de saúde da modalidade individual ou familiar existem, atualmente, dois tipos possíveis de aumentos nas contraprestações pecuniárias: (i) Reajustes Financeiros Anuais, calculados com fundamento nas variações dos custos médico-hospitalares e inflacionários e

Superior Tribunal de Justiça

limitados à periodicidade mínima de 12 (doze) meses e (ii) Reajustes por Variação de Faixa Etária do beneficiário, que ocorre cada vez que o titular ou o dependente atinge uma idade que represente o início de uma nova faixa etária predefinida em contrato. Ambos podem incidir coincidentemente no mesmo mês.

Cumpra asseverar que o índice de reajuste anual divulgado pela ANS não é um índice geral de preço (ou índice de inflação). Na realidade, ele é composto pela variação da frequência de utilização de serviços, pela incorporação de novas tecnologias e pela variação dos custos de saúde, caracterizando-se como um índice de valor.

Por seu turno, no percentual de reajuste por mudança de faixa etária, é levado em consideração, nos cálculos, o perfil médio e atuarial de utilização dos serviços de saúde de cada estrato de idade. É dizer, pela mudança de perfil de utilização do plano, há alterações no risco transferido à operadora (aumento atuarial).

Com efeito,

"[...] para a organização de um plano de saúde, um grupo contendo beneficiários de diversas idades não apresenta homogeneidade em relação ao risco de saúde. Para a correta tarifação dos planos de saúde (assim como de todos seguros), é necessária a estratificação dos indivíduos em grupos de risco homogêneos. Após esta estratificação, é possível mensurar o risco em cada um dos grupos e calcular os respectivos valores de prêmio de seguro ou de contraprestação pecuniária.

É por este motivo que as contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos dos planos privados de assistência à saúde variam de acordo com a idade do beneficiário. Quanto mais idoso o consumidor, maiores os gastos que ele acarreta ao grupo segurado, portanto maior deverá ser o prêmio que ele paga. Todos os indivíduos situados na mesma faixa etária, que a princípio representam o mesmo risco ao plano, pagam a mesma mensalidade. A organização de grupos homogêneos, de acordo com as idades dos beneficiários, é benéfica para o conjunto dos consumidores, pois cada um pagará prêmios adequados a seu perfil" (fl. 639 - grifou-se - manifestação do IESS, parecer FIPECAFI).

Logo, percebe-se que o tema é complexo e para melhor elucidação, faz-se necessário examinar os diversos regramentos que influenciam e influenciaram, ao longo do tempo, a validade da cláusula contratual de plano de saúde que prevê o aumento da mensalidade conforme a alteração de faixa etária do usuário, merecendo destaque o marco regulatório da saúde suplementar no Brasil, qual seja, a promulgação da Lei nº 9.656/1998, vigente a partir de 2/1/1999.

3.1 Planos Anteriores à Lei nº 9.656/1998 (planos antigos, não regulamentados ou não adaptados)

Superior Tribunal de Justiça

Assim, diante do mutualismo e para trazer maior equilíbrio financeiro ao plano, foram estabelecidos preços fracionados em faixas etárias para que tanto os jovens quanto os idosos pagassem um valor compatível com os seus perfis de utilização dos serviços médico-hospitalares.

Em virtude desse cenário, de necessário

"(...) mútuo dos riscos a serem suportados pela operadora de planos torna-se de fundamental relevância o estabelecimento do fator de agrupamento dos beneficiários que permitirá à operadora, dentro da aleatoriedade do risco a que estes estejam sujeitos, arcar com as despesas médicas a partir da receita oriunda do prêmio mensal pago pela massa de beneficiários.

Referida categorização em grupos de riscos homogêneos é essencial para a correta precificação do plano de saúde e justa aos beneficiários, pois todos os indivíduos naquela categoria pagarão prêmios iguais, que corresponderão adequadamente aos riscos que cada um gera ao grupo segregado.

*Impende ressaltar que o único fator permitido pela legislação brasileira para a categorização dos consumidores de planos de saúde é a idade, mediante a classificação em faixas etárias. É o que se denomina *community rating* modificado, pois outros fatores de diferenciação que influenciam o risco (p.ex. gênero, local de residência, hábitos de vida, ocupação profissional) são vedados" (fl. 595 - grifou-se - manifestação do IESS).*

Sobre o tema, vale ainda conferir a seguinte lição de Leonardo Vizeu Figueiredo:

"(...) Tal reajuste é decorrente da conjugação de fatores de ordem pessoal do consumidor, aliada ao fator tempo. Isto porque o corpo humano, à medida em que envelhece, fica mais sujeito a doenças e enfermidades, majorando, por demais, os gastos que se fazem necessários com a manutenção de sua incolumidade física e psíquica. Por tais razões, quando mudamos a faixa etária, aumentamos o risco atuarial de sinistroidade, inerente ao nosso perfil pessoal" (FIGUEIREDO, LEONARDO VIZEU. Curso de Direito de Saúde Suplementar, 2ª ed., Forense: Rio de Janeiro, 2012, pág. 252).

Além disso, para que as contraprestações financeiras dos idosos não ficassem extremamente dispendiosas, o ordenamento jurídico pátrio acolheu o princípio da solidariedade intergeracional, a forçar que os mais jovens suportassem parte dos custos gerados pelos de idade mais avançada, originando, assim, subsídios cruzados (mecanismo do *community rating* modificado).

Conforme assinalado pela Defensoria Pública da União,

"(...) Existem dois fatores que agravam a situação de vulnerabilidade da pessoa idosa quando confrontada com o reajuste de mensalidade de plano de saúde em razão da mudança de faixa etária, quais sejam, a pessoa idosa requer gastos adicionais para o tratamento com a própria saúde e a inevitável diminuição de renda da pessoa quando esta se aposenta. Vale ressaltar que com as

Superior Tribunal de Justiça

O art. 35-E e parágrafos da Lei nº 9.656/1998, na redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001, estipulava que os reajustes dos planos individuais contratados anteriormente à data de sua vigência deveriam ser previamente autorizados pelo órgão regulador competente à época.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a ADI 1.931 MC/DF (DJ de 28/5/2004), decisão complementada pela ADI 1.931 MC-ED/DF (DJe 20/11/2014), determinou a suspensão da eficácia do mencionado dispositivo legal, porquanto a legislação superveniente não poderia alcançar os efeitos decorrentes de regras estabelecidas em ato jurídico perfeito. Em outras palavras, a lei nova não poderia retroagir para atingir os efeitos futuros dos negócios jurídicos implementados em data anterior à sua vigência.

Assim, com tal decisão, passou a valer, quanto aos reajustes das mensalidades dos planos de saúde contratados anteriormente à Lei nº 9.656/1998, apenas o que estivesse estabelecido em cada contrato, ressalvada a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de modo a proteger a parte hipossuficiente da relação jurídica.

É por isso que a ANS, no que tange aos reajustes financeiros anuais desses contratos, passou a adotar a seguinte orientação:

"(...)

A partir da vigência desta decisão no que se refere aos reajustes por variação de custos, a operadora deveria aplicar o que constasse da cláusula contratual, sendo certo que o percentual de variação divulgado pela ANS somente deveria ser aplicado caso a cláusula não indicasse expressamente o índice de preços a ser utilizado para reajustes das contraprestações pecuniárias, ou fosse omissa quanto ao critério de apuração e demonstração das variações consideradas no cálculo do reajuste, de acordo com a Súmula Normativa ANS nº 05/03.

Porém, algumas operadoras entenderam que a decisão do STF permitia-lhes aplicar o cálculo de reajuste de forma indiscriminada com base na variação dos custos médico-hospitalares (VCMH), ocasionando reajustes abusivos. Diante desta realidade, a Agência requisiu dessas operadoras os documentos necessários à verificação da regularidade dos reajustes aplicados às mensalidades de seus beneficiários.

Assim, a ANS, objetivando estabelecer clareza de forma permanente nas regras contratuais (até então obscuras) e trazer de volta para a Agência o processo regulatório do reajuste, iniciou um processo de negociação junto às operadoras para assinatura de Termos de Compromisso de Ajuste de Conduta.

Os Termos de Compromisso visaram, então, estabelecer para os contratos que não tinham regras claras que o reajuste destes contratos seguiria então a variação dos custos médico-hospitalares (VCMH), apresentados anualmente, sem inclusão das despesas administrativas, com as informações sendo anualmente checadas pela ANS, sendo que os índices não seriam feitos para cada operadora, e sim por porte e modalidade, através de critérios de eficiência definidos pela ANS.

Assim, para evitar a aplicação de reajustes aos contratos que não indicavam expressamente o índice a ser utilizado ou eram omissos quanto ao critério de apuração do reajuste, sem autorização da Agência, como ocorreu no

Superior Tribunal de Justiça

ano anterior, a ANS comprometeu-se a analisar e avaliar a situação dos planos privados de assistência à saúde firmados individualmente até 1º de janeiro de 1999, e não adaptados à Lei 9.656/98, através do Termo de Compromisso Supracitado" (fls. 766/767).

No tocante aos reajustes por faixa etária, por sua vez, a disciplina também ficou restrita ao estabelecido em cada contrato, observadas, quanto à abusividade dos percentuais de aumento, as normas da legislação consumerista e, quanto à validade formal da cláusula, as diretrizes da Súmula Normativa nº 3/2001 da ANS, de seguinte teor:

"Súmula Normativa nº 3, de 21 de setembro de 2001

A Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS, no uso das atribuições que lhe confere o caput do art. 9º do regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.327, de 5 de janeiro de 2000, de acordo com o disposto na Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, e com as competências deferidas na Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, nos termos do art. 51, inciso I, alínea 'c' da Resolução de Diretoria Colegiada - RDC nº 30, de 19 de julho de 2000;

Considerando o disposto no art. 35-E da Lei nº 9.656, de 1998, que prevê o enquadramento à ANS dos contratos com cláusulas de aumento por faixa etária ainda não aprovadas, no caso de consumidores com sessenta anos de idade ou mais;

Considerando que nos contratos anteriores à lei, por total ausência de regras para sua formalização, tem sido constatada uma grande diversidade tanto com relação à forma dos instrumentos contratuais quanto às etapas de celebração, alteração e atualização desses contratos;

Considerando, ainda, que em virtude das constantes alterações de conjuntura econômica nas últimas duas décadas, o país atravessou períodos de instabilidade em que foram adotados mecanismos de atualização monetária mensal de preços, exigindo a adoção de instrumentos contratuais referenciados a tabelas de preços por faixa etária externas ou sob forma de anexo, o que chegou a constituir uma praxe nos mais diversos tipos de contratos de prestação continuada de serviços;

Considerando, também, o Parecer PROGE nº 119/2000 em que a Procuradoria da ANS entende não haver restrição legal à adoção, na formalização de contratos, de indexação externa ou vinculação a tabelas de vendas externas ao contrato para fins de autorização de aplicação de variação de valor da contraprestação pecuniária;

Considerando, por fim, os Pareceres PROGE nºs 144/2000, 154 e 200 de 2001, a respeito da validade das autorizações de reajuste técnico por mudança de faixa etária profenidas pela SUSEP, antes da vigência da Medida Provisória nº 1.908-18, de 27 de setembro de 1999;

RESOLVE adotar, por interpretação unânime da Diretoria Colegiada, o seguinte entendimento, registrando-se que a análise prévia pela ANS restringe-se à validade formal da cláusula e não quanto ao percentual de reajuste do contrato:

1. Desde que esteja prevista a futura variação de preço por faixa etária nos instrumentos contratuais, serão consideradas pela ANS as tabelas de venda e tabelas de preço anexas ou referidas nos textos contratuais informadas pelas operadoras, para fins verificação da previsão de variação por faixa etária prevista no inciso IV do § 1º do art. 35-E, da Lei nº 9.656, de 1998;

2. A manifestação da ANS em resposta à operadora fará referência às tabelas

Superior Tribunal de Justiça

apresentadas, e a aplicação da repactuação deverá se limitar aos contratos vinculados aos planos que as adotaram;

3. Uma vez analisado o contrato, a ANS divulgará o resultado e os percentuais a serem aplicados;

4. Considerando a legislação específica para as sociedades seguradoras, nos casos em que as cláusulas de variação de faixa etária dos contratos já tenham sido submetidas à SUSEP antes da edição da Medida Provisória nº 1.908-18, de 1999, a ANS dispensará o seguinte tratamento:

a. Seguradoras: Serão consideradas previamente aprovadas desde que não tenha havido restrição da SUSEP quanto às condições contratuais e Notas Técnicas;

b. Operadoras: Serão consideradas previamente aprovadas desde que tenha havido aprovação expressa pela SUSEP."

3.2 Planos Posteriores à Lei nº 9.656/1998 (planos novos, regulamentados ou adaptados)

Com a edição da Lei nº 9.656/1998, houve uma reorganização da Saúde Suplementar.

Assim, para os reajustes anuais nos planos privados individuais ou familiares de assistência suplementar à saúde, condicionou-se a sua aplicação à prévia aprovação pela ANS, que divulga, também anualmente, os percentuais máximos de reajuste da contraprestação pecuniária. Nos planos coletivos, ao contrário, a atuação da Agência Reguladora restringe-se, nesse aspecto, a monitorar o mercado, de modo que os parâmetros para a majoração são decorrentes da livre negociação entre a operadora e a pessoa jurídica estipulante, possuidora de maior poder de negociação, a resultar, comumente, na obtenção de valores mais vantajosos para si e seus beneficiários.

Já a variação das contraprestações pecuniárias em razão da idade do usuário, segundo as determinações legais, deverá estar prevista no contrato, de forma clara, bem como todos os grupos etários e os percentuais de reajuste correspondentes, sob pena de não ser aplicada (vide arts. 15, *caput*, e 16, IV, da Lei nº 9.656/1998).

Ademais, os beneficiários com mais de 60 anos de idade foram isentos desses reajustes por faixa etária, mas desde que participassem do plano há mais de 10 (dez) anos.

Eis a redação do parágrafo único do art. 15 da Lei nº 9.656/1998:

"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.

Parágrafo único. É vedada a variação a que alude o caput para consumidores com mais de sessenta anos de idade, que participarem dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º, ou sucessores, há mais de dez anos."

Superior Tribunal de Justiça

Regulamentando o tema, e antes da entrada em vigor da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) editou a Resolução CONSU nº 6/1998 fixando a observância, pelas operadoras, de 7 (sete) faixas etárias, além de determinar que o valor estabelecido para a última delas (70 anos) não superasse a 6 (seis) vezes o valor da faixa inicial (0 a 17 anos).

Confira-se, no que interessa ao ponto:

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

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

Art. 2º - As operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde poderão adotar por critérios próprios os valores e fatores de acréscimos das contraprestações entre as faixas etárias, desde que o valor fixado para a última faixa etária, não seja superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária, obedecidos os parâmetros definidos no Art. 1º desta Resolução.

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

§ 2º A contagem do prazo estabelecido no parágrafo anterior deverá considerar cumulativamente os períodos de dois ou mais planos ou seguros, quando sucessivos e ininterruptos, numa mesma operadora, independentemente de eventual alteração em sua denominação social, controle empresarial, ou na sua administração, desde que caracterizada a sucessão.

§ 3º As operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde podem oferecer produtos que tenham valores iguais em faixas etárias diferentes."

Com a vigência da Lei nº 10.741/2003 a partir de 1º/1/2004, e ante o disposto em seu art 15, § 3º, que vedou "a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade", foi editada nova resolução regulamentadora, desta vez pela ANS, ampliando as faixas etárias para 10 (dez), o que permitiu o aumento mais suave nos valores entre cada grupo etário, sendo o último para quem completar 59 (cinquenta e nove) anos, a obedecer, assim, os direitos do idoso - pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

Consoante o parecer da Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras - FIPECAFI, "(...) a limitação prevista na regulamentação brasileira cria um

Superior Tribunal de Justiça

mecanismo de subsídio de algumas faixas etárias a outras: as faixas de menor risco (no caso, os jovens) pagam mensalidades proporcionalmente mais elevadas que as faixas de maior risco (no caso, os idosos). E mesmo dentre os idosos, os 'jovens idosos' (60 a 74 anos) subsidiam os 'mais idosos' (a partir de 75 anos), pois todos pagam o mesmo valor (*community rating puro*), só que os 'mais idosos' geram custos bastantes mais elevados" (fl. 653).

A propósito, cumpre transcrever os arts. 2º e 3º da RN nº 63/2003 da ANS:

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

- I - 0 (zero) a 18 (dezoito) anos;*
- II - 19 (dezenove) a 23 (vinte e três) anos;*
- III - 24 (vinte e quatro) a 28 (vinte e oito) anos;*
- IV - 29 (vinte e nove) a 33 (trinta e três) anos;*
- V - 34 (trinta e quatro) a 38 (trinta e oito) anos;*
- VI - 39 (trinta e nove) a 43 (quarenta e três) anos;*
- VII - 44 (quarenta e quatro) a 48 (quarenta e oito) anos;*
- VIII - 49 (quarenta e nove) a 53 (cinqüenta e três) anos;*
- IX - 54 (cinqüenta e quatro) a 58 (cinqüenta e oito) anos;*
- X - 59 (cinqüenta e nove) anos ou mais.*

Art. 3º Os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, observadas as seguintes condições:

- I - o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária;*
- II - a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.*
- III - as variações por mudança de faixa etária não podem apresentar percentuais negativos."*

Extraí-se, assim, que os percentuais de variação entre as faixas etárias ficaram sob a responsabilidade da operadora de plano de saúde, que tem liberdade para impor os preços no produto oferecido, com amparo em estudos atuariais.

Apesar disso, o órgão regulador, ainda embasado nos conceitos de prevenção da antisseletividade e de solidariedade intergeracional - os beneficiários das faixas mais jovens subsidiam os de faixa etária mais avançada -, ainda dispôs que (i) "o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária" (variação de 500% ou 6 vezes) e (ii) "a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas [145% ou 2,45 vezes] não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas" (145% ou 2,45 vezes). Esta última regra "(...) visa reduzir os percentuais de variação nas últimas faixas etárias (acima de 49 anos), obrigando que parte da variação que poderia ser alocada a tais idades seja diluída pelas primeiras sete faixas" (fl. 649).

Com efeito, segundo a própria ANS, essas limitações foram feitas para proteger justamente o usuário idoso:

Superior Tribunal de Justiça

"(...)

Apesar da adoção do princípio do mutualismo por faixa etária, a legislação da ANS, com o intuito de proteger os idosos, limitou a fixação da contraprestação pecuniária cobrada deste grupo a 6 (seis) vezes do preço cobrado dos mais jovens.

Com esta limitação, os mais jovens acabam assumindo parte do custo gerado pelos mais idosos, já que os gastos destes últimos superam, em regra, essa relação de 6 (seis) vezes. No entanto, esta parte do custo dos mais idosos imputada aos mais jovens não é tão significativa que provoque a evasão destes últimos.

Na inexistência desta limitação os mais jovens não seriam onerados, mas os mais idosos pagariam um preço ainda mais alto. Por outro lado se a limitação imposta fosse mais restritiva (por exemplo, uma relação de menos de 6 vezes), para manter o equilíbrio financeiro dos planos as operadoras teriam que elevar todos os preços e a evasão dos mais jovens seria inevitável. Ou seja, a situação hoje evidenciada nas últimas faixas seria apenas antecipada para faixas anteriores, podendo gerar um desequilíbrio nos planos" (fl. 774 - grifou-se).

Cabe ressaltar também que a mencionada Agência Reguladora monitora a evolução dos preços dos planos privados de assistência à saúde, incluídos os percentuais de reajuste por faixa etária, como se depreende do seguinte trecho de sua manifestação:

"(...)

a.2.1) Nota Técnica de Registro de Produtos - NTRP

Os parâmetros para a determinação do preço do plano de saúde, bem dos percentuais de aumento por mudança de faixa etária, são de responsabilidade do atuário. Através de um documento específico, são apresentados os cálculos e parâmetros atuariais que embasam a formação dos preços.

Tal documento, conhecido como Nota Técnica de Registro de Produtos - NTRP, é a justificativa da formação inicial dos preços dos planos de saúde, e contém todas as premissas técnicas de cálculo. De acordo com a Lei 9.961/2000, Art. 4º, Inciso XXI, compete à ANS monitorar a evolução dos preços de planos de assistência à saúde.

A NTRP foi estabelecida pela Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 28/2000, com vistas ao acompanhamento das práticas de formação de preços, dada a necessidade de equilíbrio econômico-financeiro dos planos e prevenção contra práticas comerciais abusivas.

Conforme esclarece a Instrução Normativa - IN nº 08/2002 da DIPRO, desde 30/12/2002 os percentuais de reajuste por mudança de faixa etária estabelecidos nos contratos devem manter perfeita relação com a coluna 'Valor Comercial da Mensalidade', constante no Anexo II-B (Coluna I) da NTRP vigente na data da sua contratação" (fls. 765/766).

Dessa forma, o órgão regulador da área faz um acompanhamento das práticas atuariais de formação de preços, que não é aleatória, com vistas a prevenir os atos comerciais abusivos e o desequilíbrio econômico-financeiro do plano de saúde.

Enfim, a cláusula de reajuste da mensalidade por mudança de faixa etária do

Superior Tribunal de Justiça

usuário não é inidônea, se devidamente respeitados os normativos do setor, podendo, inclusive, os percentuais de majoração ser revistos acaso abusivos.

4. Da interpretação jurisprudencial sobre a legalidade do reajuste por alteração da faixa etária do usuário nos contratos de plano de saúde

A Segunda Seção deste Tribunal Superior, quando do julgamento do REsp nº 1.280.211/SP (Rel. Ministro Marco Buzi, DJe 4/9/2014), firmou o entendimento de ser válido o reajuste de mensalidade de plano de saúde em razão da mudança de faixa etária do beneficiário, pois com o incremento da idade há o aumento do risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica.

Com efeito, *"tal fato não é discriminatório, pois não se está onerando uma pessoa pelo simples fato de ser idosa, mas por demandar mais do serviço ofertado"* (AgRg no REsp nº 1.315.668/SP, Rel. para acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJe 14/4/2015).

É que a norma do art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas inibe o reajuste que consubstanciar discriminação desproporcional ao idoso, ou seja, o reajuste baseado no simples fato de a pessoa ser idosa, sem pertinência alguma com o incremento do risco assistencial acobertado pelo contrato.

Consoante asseverado pelo Ministro João Otávio de Noronha, quando do julgamento, na Terceira Turma, do REsp nº 1.381.606/DF:

"(...) O aumento da idade do segurado implica a necessidade de maior assistência médica. Em razão disso, a Lei n. 9.656/1998 assegurou a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado.

Essa norma não confronta o art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, que veda a discriminação consistente na cobrança de valores diferenciados em razão da idade. Discriminação traz em si uma conotação negativa, no sentido do injusto, e assim é que deve ser interpretada a vedação estabelecida no referido estatuto.

Na hipótese dos autos, o aumento do valor do prêmio decorreu do maior risco, ou seja, da maior necessidade de utilização dos serviços segurados, e não do simples advento da mudança de faixa etária" (REsp nº 1.381.606/DF, Rel. p/ acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 31/10/2014 - grifou-se)

Todavia, constituirá reajuste abusivo *"o segurado ou administrador do plano aproveitar-se do advento da idade do segurado para aumentar lucros, e não simplesmente para cobrir despesas ou riscos maiores"* (REsp nº 1.381.606/DF, Rel. p/ acórdão Ministro João Otávio de Noronha, DJe 31/10/2014).

Assim, em virtude da aplicação da legislação consumerista (Súmula nº 469/STJ:

Superior Tribunal de Justiça

"*Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde*") e para evitar abusividades, alguns parâmetros devem ser observados, tais como (i) a expressa previsão contratual; (ii) não serem aplicados índices de reajuste desarrazados ou aleatórios, que onerem em demasia o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e a cláusula geral da boa-fé objetiva e da especial proteção do idoso, dado que aumentos excessivamente elevados, sobretudo para esta última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano; e (iii) serem respeitadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais:

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

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

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

Logo, infere-se que a abusividade dos aumentos das mensalidades de plano de saúde por inserção do usuário em nova faixa de risco, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto.

E tal reajuste será adequado e razoável sempre que o percentual de majoração for justificado atenualmente, a permitir a continuidade contratual tanto de jovens quanto de idosos, bem como a sobrevivência do próprio fundo mútuo e da operadora, que visa comumente o lucro, o qual não pode ser predatório, ante a natureza da atividade econômica explorada: serviço público impróprio ou atividade privada regulamentada, complementar, no caso, ao Serviço Único de Saúde (SUS), de responsabilidade do Estado.

Efetivamente, "a eficácia horizontal dos direitos fundamentais reclama a proteção do direito social à saúde do idoso em face dos poderes privados, trazendo limitação à

Superior Tribunal de Justiça

autonomia da vontade, sem olvidar, contudo, a natural busca do lucro pelo desempenho de atividade econômica, desde que não represente demasiada oneração ao consumidor" (REsp nº 1.280.211/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Segunda Seção, DJe 4/9/2014).

Por elucidativa, cabe transcrever a seguinte passagem do voto vencedor proferido pelo Ministro Raul Araújo, na Quarta Turma, quando da apreciação do REsp nº 866.840/SP (DJe 17/8/2011):

"(...)

Da leitura dos mencionados preceitos, vê-se que o próprio ordenamento jurídico permite expressamente o reajuste das mensalidades em razão do ingresso do segurado em faixa etária mais avançada em que os riscos de saúde são abstratamente elevados, buscando, assim, manter o equilíbrio atuarial do sistema.

(...)

Ora, não se extrai de tal norma [art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso] interpretação que determine, abstratamente, que se repute abusivo todo e qualquer reajuste que se baseie em mudança de faixa etária, como pretende o promovente desta ação civil pública, mas tão somente o reajuste discriminante, desarrazoado, que, em concreto, traduza verdadeiro fator de discriminação do idoso, justamente por visar dificultar ou impedir sua permanência no plano.

A cláusula contratual que preveja aumento de mensalidade com base exclusivamente em mudança de idade, visando forçar a saída do segurado idoso do plano, é que deve ser afastada. Esse vício se percebe pela ausência de justificativa para o nível do aumento aplicado, o que se torna perceptível sobretudo pela demasia da majoração do valor da mensalidade do contrato de seguro de vida do idoso, comparada com os percentuais de reajustes anteriormente postos durante a vigência do pacto. Isso é que compromete a validade da norma contratual por ser ilegal, discriminatória.

(...)

Na esteira do ensinamento acima, não há como se considerar violador do princípio da isonomia o reajuste, autorizado em lei, decorrente de mudança de faixa etária, baseado no já mencionado natural incremento do elemento risco, pois caracterizada a pertinência lógica que justifica tal diferenciação, máxime quando já idoso o segurado.

O que não se mostra possível, de acordo com as regras do art. 15, § 3º, da Lei Federal nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e do art. 14 da Lei Federal nº 9.656/98, transcritos *supra*, por afrontar nitidamente o princípio da igualdade, repise-se, é que a seguradora, em flagrante abuso do exercício de direito e divorciada da boa-fé contratual, aumenta sobremaneira a mensalidade dos planos de saúde, aplicando percentuais desarrazoados, que constituam verdadeira barreira à permanência do idoso no plano de saúde. Procedendo de tal forma, a seguradora cria, em verdade, fator de discriminação do idoso, com o objetivo escuso e ilegal de usar a majoração para desencorajar o segurado a permanecer no plano, o que, evidentemente, não pode ser tolerado" (grifou-se).

A jurisprudência desta Corte Superior sobre a matéria encontra-se pacificada no mesmo sentido, como se observa dos seguintes precedentes:

Superior Tribunal de Justiça

(i) Segunda Seção

"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DO CONTRATO DE SEGURO SAÚDE QUE PREVÊ A VARIAÇÃO DOS PRÊMIOS POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA PELO ACÓRDÃO ESTADUAL, AFASTADA A ABUSIVIDADE DA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL INSURGÊNCIA DA SEGURADA.

Ação ajuizada por beneficiária de plano de saúde, insurgindo-se contra cláusula de reajuste em razão da mudança de faixa etária.

Contrato de seguro de assistência médica e hospitalar celebrado em 10.09.2001 (fls. e-STJ 204/205), época em que a segurada contava com 54 (cinquenta e quatro) anos de idade. Majoração em 93% (noventa e três por cento) ocorrida 6 (seis) anos depois, quando completados 60 (sessenta) anos pela consumidora.

Sentença de procedência reformada pelo acórdão estadual, segundo o qual possível o reajuste por faixa etária nas relações contratuais inferiores a 10 (dez) anos de duração, máxime quando firmadas antes da vigência da Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso).

1. Incidência do Estatuto do Idoso aos contratos anteriores à sua vigência. O direito à vida, à dignidade e ao bem-estar das pessoas idosas encontra especial proteção na Constituição da República de 1988 (artigo 230), tendo culminado na edição do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), norma cogente (imperativa e de ordem pública), cujo interesse social subjacente exige sua aplicação imediata sobre todas as relações jurídicas de trato sucessivo, a exemplo do plano de assistência à saúde. Precedente.

2. Inexistência de continência entre o Estatuto do Idoso e a Lei 9.656/98 (que autoriza, nos contratos de planos de saúde, a fixação de reajuste etário aplicável aos consumidores com mais de sessenta anos, em se tratando de relações jurídicas mantidas há menos de dez anos). Necessária interpretação das normas de modo a propiciar um diálogo coerente entre as fontes, à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da equidade, sem desamparar a parte vulnerável da contratação.

2.1. Da análise do artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, depreende-se que resta vedada a cobrança de valores diferenciados com base em critério etário, pelas pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, quando caracterizar discriminação ao idoso, ou seja, a prática de ato tendente a impedir ou dificultar o seu acesso ao direito de contratar por motivo de idade.

2.2. Ao revés, a variação das mensalidades ou prêmios dos planos ou seguros saúde em razão da mudança de faixa etária não configurará ofensa ao princípio constitucional da isonomia, quando baseada em legítimo fator distintivo, a exemplo do incremento do elemento risco nas relações jurídicas de natureza securitária, desde que não evidenciada a aplicação de percentuais desrazoáveis, com o condão de compelir o idoso à quebra do vínculo contratual, hipótese em que restará inobservada a cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual impõe a adoção de comportamento ético, leal e de cooperação nas fases pré e pós pactual.

2.3. Consequentemente, a previsão de reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso não configura, por si só, cláusula abusiva, devendo sua compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade ser aferida em cada caso concreto. Precedente: REsp 866.840/SP, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 07.06.2011, DJe 17.08.2011.

3. Em se tratando de contratos firmados entre 02 de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 2003, observadas as regras dispostas na Resolução CONSU 6/98, o

Superior Tribunal de Justiça

reconhecimento da validade da cláusula de reajuste etário (aplicável aos idosos, que não participem de um plano ou seguro há mais de dez anos) dependerá: (i) da existência de previsão expressa no instrumento contratual; (ii) da observância das sete faixas etárias e do limite de variação entre a primeira e a última (o reajuste dos maiores de setenta anos não poderá ser superior a seis vezes o previsto para os usuários entre zero e dezessete anos); e (iii) da inexistência de índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem excessivamente o consumidor, em manifesto confronto com a cláusula geral da boa-fé objetiva e da especial proteção do idoso conferida pela Lei 10.741/2003.

4. Na espécie, a partir dos contornos fáticos delineados na origem, a segurada idosa participava do plano há menos de dez anos, tendo seu plano de saúde sido reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos. A celebração inicial do contrato de trato sucessivo data do ano de 2001, caindo-se, portanto, de relação jurídica submetida à Lei 9.656/98 e às regras constantes da Resolução CONSU 6/98.

4.1. No que atue ao atendimento aos critérios objetivamente delimitados, a fim de se verificar a validade do reajuste, constata-se: (i) existir expressa previsão do reajuste etário na cláusula 14.2 do contrato; e (ii) os percentuais da primeira e da última faixa etária restarem estipulados em zero, o que evidencia uma considerável concentração de reajustes nas faixas intermediárias, em dissidência com a regulamentação exarada pela ANS que prevê a diluição dos aumentos em sete faixas etárias. A aludida estipulação contratual pode ocasionar - tal como se deu na hipótese sob comento -, expressiva majoração da mensalidade do plano de saúde por ocasião do implemento dos sessenta anos de idade do consumidor, impondo-lhe excessivo ônus em sua contraprestação, a tornar inviável o prosseguimento do vínculo jurídico.

5. De acordo com o entendimento exarado pela Quarta Turma, quando do julgamento do Recurso Especial 866.840/SP, acerca da exegese a ser conferida ao § 3º do artigo 15 da Lei 10.741/2003, 'a cláusula contratual que preveja aumento de mensalidade com base exclusivamente em mudança de idade, visando forçar a saída do segurado idoso do plano, é que deve ser afastada'.

5.1. Conforme decidido, 'esse vício se percebe pela ausência de justificativa para o nível do aumento aplicado, o que se torna perceptível sobretudo pela demasia da majoração do valor da mensalidade do contrato de seguro de vida do idoso, comparada com os percentuais de reajustes anteriormente postos durante a vigência do pacto. Isso é que compromete a validade da norma contratual, por ser ilegal, discriminatória'.

5.2. Na hipótese em foco, o plano de saúde foi reajustado no percentual de 93% (noventa e três por cento) de variação da contraprestação mensal, quando do implemento da idade de 60 (sessenta) anos, majoração que, nas circunstâncias do presente caso, destoa significativamente dos aumentos previstos contratualmente para as faixas etárias precedentes, a possibilitar o reconhecimento, de plano, da abusividade da respectiva cláusula.

6. Recurso especial provido, para reconhecer a abusividade do percentual de reajuste estipulado para a consumidora maior de sessenta anos, determinando-se, para efeito de integração do contrato, a apuração, na fase de cumprimento de sentença, do adequado aumento a ser computado na mensalidade do plano de saúde, à luz de cálculos atuariais voltados à aferição do efetivo incremento do risco contratado" (REsp nº 1.280.211/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, DJe 4/9/2014).

(ii) Terceira Turma

Superior Tribunal de Justiça

"AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL PLANO DE SAÚDE. ALTERAÇÃO DE MENSALIDADE. FAIXA ETÁRIA. ESTATUTO DO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. INEXISTÊNCIA. LEGALIDADE. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS FIRMADOS NA JURISPRUDÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. REAJUSTE CONSIDERADO ABUSIVO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 7 E 83/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso não pode, por si só, ser considerado ilegal ou abusivo, devendo ser examinado em cada caso concreto se houve a devida previsão contratual da alteração, se foram aplicados percentuais razoáveis, que não visem, ao final, a impossibilitar a permanência da filiação do idoso, se houve observância do princípio da boa-fé objetiva, assim como se foram preenchidos os requisitos estabelecidos na Lei 9.656/1998.

2. A jurisprudência pacificada desta Corte se firmou no sentido de que o Estatuto do Idoso, por ser norma cogente, exige sua aplicação imediata sobre todas as relações jurídicas de trato sucessivo e incide, inclusive, nos contratos de plano de saúde firmados anteriores à sua vigência.

3. Revela-se inviável alterar o entendimento da Corte estadual que, analisando o conjunto fático-probatório dos autos, concluiu pela abusividade no aumento da mensalidade do plano de saúde, tendo em vista o óbice da Súmula 7 do STJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento." (AgInt no REsp nº 1.588.848/DF, Rel. Ministro MARCO AURELIO BELLIZZE, DJe 22/6/2016)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. COMPROVAÇÃO DA TEMPESTIVIDADE DO RECURSO ESPECIAL EM AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DO EXPEDIENTE FORENSE. POSSIBILIDADE. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. MUDANÇA DA FAIXA ETÁRIA. ESTATUTO DO IDOSO. APLICABILIDADE.

(...)

2. O reajuste de mensalidade de plano de saúde em decorrência exclusiva de mudança de faixa etária do segurado não é ato discriminatório, porquanto a maior onerosidade da mensalidade não decorre de suposto preconceito contra o idoso, e sim de mais cuidados e serviços por ele demandados. Contudo, visando afastar qualquer abusividade, na cláusula contratual de previsão, esse reajuste deve estar expresso e ser proporcional ao aumento da demanda do serviço, além de respeitar as normas expedidas pelos órgãos governamentais, em especial, a Resolução CONSU n. 6/1998.

3. Agravo regimental provido." (AgRg no REsp nº 1.557.172/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJe 1º/6/2016)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AÇÃO REVISIONAL PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE EM RAZÃO DA IDADE. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO. PRETENSÃO DE REVISÃO DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIAIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N.º 5 E 7/STJ.

1. A cláusula que determina o aumento por implemento de idade não é, por si só, abusiva devendo ser analisados vários elementos a fim de verificar a licitude, ou não, do reajuste aplicado.

Superior Tribunal de Justiça

2. Rever as conclusões do tribunal recorrido demandaria o reexame de matéria fático-probatória e de interpretação de cláusulas contratuais, o que é inviável em recurso especial, nos termos das Súmulas n.º 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.

4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (AgRg no REsp nº 1.563.131/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe 11/4/2016)

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE APÓS A AUTORA COMPLETAR 60 ANOS DE IDADE. ÚNICO CRITÉRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 83 DO STJ. REFORMA DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO E DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. ÔBICES DAS SÚMULAS NºS 5 E 7 DO STJ DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO DE MATÉRIA FÁTICA. DECISÃO MANTIDA.

1. A operadora do plano de saúde não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado, de que, em respeito aos princípios da equidade e da boa-fé, a mensalidade do plano de saúde não pode ser abruptamente modificada em razão exclusiva da mudança de faixa etária (AgRg no AREsp nº 370.646/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Turma, DJe 16/6/2014). Incidência da Súmula nº 83 do STJ.

2. Para infirmar a conclusão a que chegou o Tribunal de origem acerca da validade da cláusula contratual (que prevê contraprestação exagerada e desproporcional em razão da mudança de faixa etária) e da licitude do reajuste (considerado ilegal ante a falta de critério legítimo para os reajustes anuais das contraprestações da seguradora), seria inevitável o revolvimento do arcabouço fático-probatório carreado aos autos e a interpretação do contrato de plano de saúde, procedimento sabidamente inviável na instância especial.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp nº 599.346/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, DJe 29/5/2015)

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA DE REAJUSTE DE MENSALIDADE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. LEGALIDADE. CONSUMIDOR IDOSO. INOBSERVÂNCIA DOS PARÂMETROS LEGAIS. ABUSIVIDADE DO AUMENTO. RESTAURAÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL.

1. A Segunda Seção deste Tribunal Superior, quando do julgamento do REsp nº 1.280.211/SP, firmou o entendimento de ser, a princípio, idôneo o reajuste de mensalidade de plano de saúde em razão da mudança de faixa etária do participante, pois com o incremento da idade há o aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica. Todavia, para evitar abusividades, devem ser observados alguns parâmetros, como a expressa previsão contratual, não serem aplicados índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem excessivamente o consumidor, em manifesto confronto com a equidade e a cláusula geral da boa-fé objetiva e da especial proteção do idoso, dado que aumentos elevados, sobretudo para essa última categoria, poderão, de forma discriminatória, impossibilitar a sua permanência no plano, e serem respeitadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais (Resolução CONSU nº 6/98 ou Resolução Normativa nº 63/2003 da ANS). Logo, a abusividade dos aumentos das

Superior Tribunal de Justiça

mensalidades de plano de saúde, sobretudo de participantes idosos, deverá ser aferida em cada caso concreto.

2. Após o reconhecimento da abusividade do acerto praticado pela operadora de plano de saúde em virtude da alteração de faixa etária, e para não haver desequilíbrio contratual, faz-se necessária, nos termos do art. 51, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, a aplicação de percentual adequado e razoável de majoração da mensalidade em razão da inserção do consumidor na nova faixa de risco, o que deverá ser feito por meio de cálculos atuariais na fase de cumprimento de sentença.

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp nº 563.555/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, DJe 31/3/2015)

(iii) Quarta Turma

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. FAIXA ETÁRIA ABUSIVIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO. REVISÃO. INVIAIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO. SÚMULA 7/STJ. NÃO PROVIMENTO.

1. A cláusula que determina o acerto por implemento de idade não é, por si só, abusiva devendo ser analisados vários elementos a fim de verificar a licitude, ou não, do reajuste aplicado.

2. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ).

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp nº 232.798/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, DJe 23/11/2015)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE PELA FAIXA ETÁRIA. ABUSIVIDADE. SÚMULA N. 83 DO STJ. REEXAME DO CONTRATO E DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. O reajuste de mensalidade de plano de saúde em razão da mudança de faixa é admitido, desde que esteja previsto no contrato, não sejam aplicados percentuais desrazoáveis, com a finalidade de impossibilitar a permanência da filiação do idoso, e seja observado o princípio da boa-fé objetiva (EDcl no AREsp 194.601/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 26/08/2014, DJe 09/09/2014).

2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento dos fatos e das provas dos autos nem a revisão de cláusulas contratuais, a teor do que dispõem as Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem, examinando os elementos probatórios dos autos, concluiu que o reajuste aplicado foi desarrazoado e desproporcional. Alterar tal conclusão é inviável em recurso especial, ante o óbice das mencionadas súmulas.

4. Não se conhece de questão jurídica ventilada tão somente em sede de agravo interno, por ser inadmissível inovação recursal.

5. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp nº 669.264/RJ, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, DJe 4/9/2015)

"AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE SEGURO SAÚDE. MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. POSSIBILIDADE DE ELEVAÇÃO DO

Superior Tribunal de Justiça

VALOR DA MENSALIDADE. CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE FATOS, PROVAS E TERMOS CONTRATUAIS. SÚMULAS 5 E 7/STJ. INCIDÊNCIA ART. 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. COBRANÇA EM DOBRO. DEMONSTRAÇÃO DE MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROCEDENTE.

(...)

2. Deve-se admitir a validade de reajustes em razão de mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desproporcionais ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado. 4. Tanto os contratos individuais/familiares denominados antigos, isto é, firmados antes de 2 de janeiro de 1999 e não adaptados à Lei 9.656/98, quanto os contratos firmados após referida data e os adaptados à novel legislação, deverão prever expressamente as faixas etárias nas quais serão realizados os reajustes. Nos contratos novos, o valor atribuído a cada prestação de acordo com a faixa etária deve ser previamente informado ao usuário e constar expressamente do instrumento contratual (REsp 646.677/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 18/09/2014).

3. No caso, verificar a existência dos requisitos autorizadores da validade da elevação da mensalidade do seguro saúde demandaria a incursão na seara fático-probatória e de termos contratuais, providência vedada em sede de recurso especial, nos termos das Súmulas 5 e 7/STJ. Ademais, não opostos embargos aclaratórios, pelo que inviável o conhecimento do recurso por violação ao art. 535 do CPC.

4. 'Somente a cobrança de valores indevidos por inequívoca má-fé enseja a repetição em dobro do indébito' (AgRg no REsp 1127566/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 23/03/2012).

5.- Agravo regimental parcialmente provido." (AgRg no AREsp nº 590.529/PB, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 26/11/2014)

"RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA. POSSIBILIDADE. SEGURADO IDOSO. DISCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONDIÇÕES OBSERVADAS PARA VALIDADE DO REAJUSTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio.

2. É de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair doença. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica.

3. Deve-se admitir a validade de reajustes em razão de mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/98; e c) observância do princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desproporcionais ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado.

4. Tanto os contratos individuais/familiares denominados antigos, isto é, firmados antes de 2 de janeiro de 1999 e não adaptados à Lei 9.656/98, quanto os contratos firmados após referida data e os adaptados à novel legislação, deverão prever

Superior Tribunal de Justiça

expressamente as faixas etárias nas quais serão realizados os reajustes. Nos contratos novos, o valor atribuído a cada prestação de acordo com a faixa etária deve ser previamente informado ao usuário e constar expressamente do instrumento contratual.

5. Em relação aos contratos novos, a Lei 9.656/98, em seu art. 15, determina que caberá à ANS estabelecer as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas. Assim, para os contratos firmados entre 2 de janeiro de 1999 e 31 de dezembro de 2003, valem as regras da Resolução do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU nº 6, de 3 de novembro de 1998, que determina observância de sete faixas etárias, de modo que o valor fixado para a última faixa etária não pode ser superior a seis vezes o previsto para a primeira; a variação de valor na contraprestação não poderá atingir o usuário com mais de 60 anos que participe de um plano ou seguro há mais de dez anos. Já para os ajustes firmados a partir de 1º de janeiro de 2004, incidem as regras da Resolução Normativa - RN nº 63, de 22 de dezembro de 2003, que prescreve: observância de dez faixas etárias, a última aos 59 anos; o valor fixado para a última faixa etária não pode ser superior a seis vezes o previsto para a primeira; a variação acumulada entre a sétima e décima faixas não pode ser superior à variação cumulada entre a primeira e sétima faixas.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, desprovido" (REsp nº 646.677/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, DJe 18/9/2014).

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

Isso porque

"(...) o valor contratualmente estabelecido para cada faixa etária já considera a expectativa de vida de cada beneficiário e a possibilidade do mesmo atingir a faixa subsequente prevendo, então, um reajuste da contraprestação em função desta alteração do risco.

Entende-se, portanto, que a cláusula de faixa etária produz seu efeito no momento da precificação do plano onde os custos previstos são repartidos entre os beneficiários esperados.

Assim sendo, a inaplicabilidade do reajuste previsto para uma determinada faixa implicaria que os preços estabelecidos seriam ainda mais altos nas faixas anteriores, de forma a dar conta da mudança do perfil do risco.

Outrossim, a inexistência de reajustes por mudança de faixa etária, ou seja, a adoção do princípio do mutualismo sem a ponderação dos diferentes perfis de utilização prejudicaria a viabilidade da comercialização dos planos de saúde individuais e familiares, bem como traria impacto relevante para os planos coletivos.

Nesta hipotética situação, os planos não seriam financeiramente atraentes aos mais jovens e, por sua vez, sem a participação desse público, o subsídio necessário para os gastos dos mais idosos tomar-se-ia cada vez mais oneroso" (fl. 776 - grifou-se - manifestação da ANS).

Superior Tribunal de Justiça

Efetivamente, a fim de reequilibrar o fundo mútuo utilizado para o custeio das despesas de todos os beneficiários, que poderá ficar deficitário diante da declaração de nulidade de um reajuste considerado para a constituição de reservas na atuação do plano, e para que os mais jovens não arquem com valores ainda mais desproporcionais quando da contratação do serviço (pacto intergeracional), o que redundaria, por sua vez, em barreira à permanência deles no contrato (seleção adversa), deve-se não apenas afastar a cláusula considerada abusiva, mas substituir o percentual comprovadamente inadequado por outro, segundo a dinâmica da faixa etária que o usuário adentrou, conjugada com as peculiaridades de seu próprio plano de assistência médico-hospitalar.

É por isso que o Ministro Marco Buzzi, Relator do REsp nº 1.280.211/SP (Segunda Seção, DJe 4/9/2014), consignou que *"dever-se-á aferir a integridade dos cálculos atuariais, com base no efetivo incremento do risco pactuado, comparados com os aumentos relativos às demais faixas etárias e com os critérios estipulados pela Agência Nacional de Saúde, sempre afastado o lucro predatório"*.

Enfim, para a manutenção da higidez da Saúde Suplementar, deve-se sempre buscar um ponto de equilíbrio, sem onerar, por um lado, injustificadamente, os jovens e, por outro, os idosos, de forma a adequar, com equidade, a relação havida entre os riscos assistenciais e as mensalidades cobradas.

5. Da tese jurídica

Diante do exposto, fixa-se a seguinte tese para efeitos dos arts. 1.038 e 1.039 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.

6. Da resolução do caso concreto

No caso dos autos, a autora contratou o plano de saúde da modalidade individual em 6/9/2005, ou seja, é um plano novo e há previsão expressa na avença do reajuste da contraprestação pecuniária por mudança de faixa etária.

Além disso, foram especificadas as 10 (dez) faixas etárias e os percentuais de reajuste.

Superior Tribunal de Justiça

Para a última faixa de risco, foi estabelecido o percentual de 110% quando o usuário completasse a idade de 59 (cinquenta e nove) anos.

É certo que tal percentual não respeitava as diretrizes da RN nº 63/2003 da ANS, mas a operadora, ao aplicar concretamente o reajuste, fez incidir o percentual de 88%, corrigindo, assim, a distorção e o abuso.

Desse modo, conforme consta no acórdão estadual, embasado em prova pericial não há ilegalidade ou inobservância de normas legais, mesmo porque os cálculos realizados pela autora não encontraram respaldo matemático e atuarial.

Confira-se:

"(...) No presente caso, não há qualquer prova nos autos de que o aumento de preço por mudança de faixa etária tenha sido abusivo, pelo contrário, de acordo com o laudo de fls. 294-302 (indexador 00328), o perito concluiu que não houve ilegalidade ou inobservância de cláusulas contratuais quando do reajuste das mensalidades do plano de saúde.

À fl. 301, o expert chega à seguinte conclusão:

CONCLUSÕES MATEMÁTICAS ALCANÇADAS:

Com base em tudo o que foi dado a analisar pode este signatário perito informar que o aumento praticado pela Operadora ré, em 09/2010, no nível de 88%, elevando a mensalidade de custeio do plano de saúde onde participa autora para R\$ 316,63, teve como fato gerador a idade da mesma, ao completar, em 06/07/2010, 59 anos de idade e assim justificando a sua Mudança de Faixa Etária e consequente acréscimo previsto no Plano de Saúde. Vale dizer que o aumento praticado pela ré foi realizado em sintonia com o que pactuaram as partes e sem irregularidade matemática" (fls. 455/456 - grifou-se).

De fato, tanto a previsão de que "a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas" quanto a de que o "valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária" foram observadas, havendo diluição dos custos entre as faixas de risco a impedir forte concentração na faixa final.

A variação entre a primeira e a última faixa etária não foi superior a 500% (máximo de 6 vezes), pois a regra do art. 3º, I, da RN nº 63/2003 da ANS, ao contrário do que sustenta a recorrente, aplica-se aos valores absolutos das contraprestações pecuniárias e não aos percentuais em si de reajuste.

Assim, por exemplo, se a mensalidade inicial, como a cobrada de um adolescente, for de R\$ 100,00 (cem reais), o valor para o idoso não poderá exceder a R\$ 600,00 (seiscentos reais) - 6 vezes o montante de piso -, quantia esta que incide independentemente de ele possuir a idade de 59, 72, 85 ou acima, ou seja, independentemente do risco que efetivamente represente, visto que é a última faixa etária.

Superior Tribunal de Justiça

Como visto, essas limitações normativas prestigiam e garantem a preservação dos dois pilares que sustentam o contrato de plano de saúde: o pacto intergeracional e a prevenção da antisseletividade.

Por meio delas os usuários de maior idade não são surpreendidos com percentuais de reajuste muito elevados, havendo distribuição entre os beneficiários mais jovens de parte da despesa que tornaria a mensalidade dos mais velhos excessivamente onerosa, mas essa diluição deve ser razoável, para que não haja abandono ou exclusão dos de mais terra idade do sistema por falta de atratividade econômica (seleção adversa), o que levaria, com o tempo, à insolvência e à ruína do próprio plano.

Não se nega que o reajuste a incidir sobre o usuário quando atinge a idade de 59 anos é considerável se comparado aos demais, mas é o último reajuste por grupo etário, não sofrendo mais esse tipo de ônus pelo resto de sua vida, por maior que seja a sua idade e o índice de utilização do plano daí decorrente.

Efetivamente, há "(...) uma grande heterogeneidade no segmento populacional considerado idoso, e estudos técnicos costumam distinguir dois grupos: os 'jovens idosos' e os 'mais idosos' (CAMARANO, 2002). Uma pessoa com 85 anos de idade tende a ter gastos com sua saúde muito superiores ao de uma pessoa com 60 anos" (fl. 643).

Em outros termos, "ainda que o consumidor tenha 90 anos, e fique integralmente dependente de assistência médica, ele pagará o mesmo valor pago pelos beneficiários que têm 59 anos, que representam um custo (rectius: risco assistencial) infinitamente menor para o fundo mútuo do plano" (fls. 716/717).

Pode ser um aumento relevante para os que acabaram de completar 59 (cinquenta e nove) anos, necessário, contudo, "para custear as despesas dos outros membros dessa última faixa etária, e para garantir que esse mesmo beneficiário que acabou de sofrer o aumento não tenha de pagar mais no futuro, quando mais precisará do plano" (fl. 717).

Com efeito, dados empíricos, inclusive no Brasil,

"(...) mostram que as despesas médicas com a assistência à saúde dos beneficiários da última faixa etária (59 anos em diante) é 7 vezes, ou mais, maior que as despesas com beneficiários da primeira faixa etária.

Assim, para os beneficiários acima de 59 anos de idade, considerando a vedação legal ao estabelecimento de faixas etárias acima dessa idade, há o chamado *community rating* puro - todos os indivíduos segurados pagam o mesmo prêmio, independentemente do risco que eles geram ao plano de saúde.

Referidas limitações legais por si só criam um mecanismo de subsídio cruzado entre os consumidores de modo que os beneficiários das faixas etárias iniciais, de menor risco, respondem por prêmios mensais proporcionalmente mais elevados que os de maior risco, alocados nas últimas faixas etárias.

Superior Tribunal de Justiça

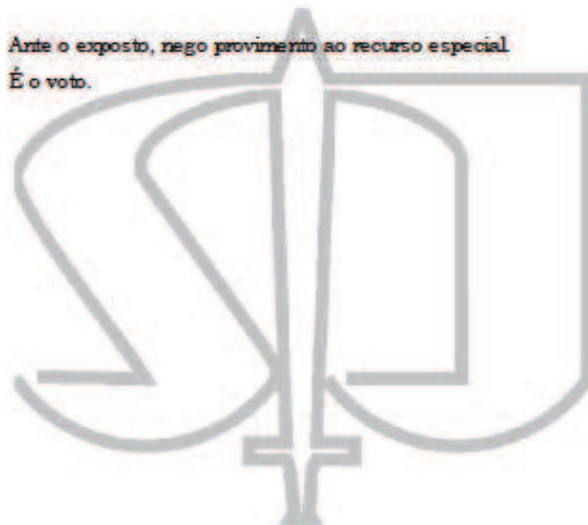
(...)

Conforme demonstrado no parecer da FIPECAFI, no extremo esse mecanismo pode levar à extinção do mercado. A experiência de oito estados dos EUA constatou esse efeito" (fls. 596/597 - grifou-se - manifestação do IESS).

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

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.



Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Número Registro: 2015/0297278-0 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.568.244 / RJ

Números Origem: 03683276220138190001 201525163890

PAUTA: 23/11/2016

JULGADO: 23/11/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **PEDRO HENRIQUE TÁVORA NIESS**

Secretária

Bela. **ANA ELISA DE ALMEIDA KIRNER**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MARIA DAS GRACAS SA
ADVOGADOS	: CECÍLIA MIGNONE MODESTO LEAL - RJ119053 EDUARDO NOGUEIRA DE OLIVEIRA E SILVA - RJ172598
RECORRIDO	: SAMOC S/A SOC ASSISTENCIAL MEDICA E ODONTO-CIRURGICA
ADVOGADOS	: DANIELLE MIRANDA DE CARVALHO - RJ105616 ROGÉRIO JESUS DE SOUZA - RJ072720 ISABEL MARIA S FERREIRA DE SOUZA - RJ084355 ADRIANA FERREIRA DA SILVA PASSOS - RJ130782
INTERES.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
INTERES.	: INSTITUTO DE ESTUDOS EM SAÚDE SUPLEMENTAR - IESS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: LUIZ FELIPE CONDE E OUTRO(S) - RJ087690
INTERES.	: FEDERACAO NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS	: SERGIO BERMUDEZ - RJ017587 MÁRCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA - RJ059384
ADVOGADA	: CAROLINA CARDOSO FRANCISCO MOUTINHO E OUTRO(S) - RJ116999
INTERES.	: AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF - PR000000F
INTERES.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS	: CLÁUDIA DE MORAES PONTES ALMEIDA - SP261291 CHRISTIAN TARIK PRINTES E OUTRO(S) - SP316680
INTERES.	: ASSOCIACAO DE DEFESA DOS USUARIOS S P S DE SAUDE - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: AMINE D'ANDRADA E OUTRO(S) - PE001426B
INTERES.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE POLITICA E DIR. DO CONSUMIDOR - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: SIMONE MARIA SILVA MAGALHÃES - DF024194

Superior Tribunal de Justiça

INTERES. : UNIDAS - UNIAO NACIONAL DAS INSTITUICOES DE AUTOGESTAO EM SAUDE - "AMICUS CURIAE"
 ADVOGADOS : JOSE LUIZ TORO DA SILVA E OUTRO(S) - SP076996
 : VANIA DE ARAUJO LIMA TORO DA SILVA E OUTRO(S) - SP181164
 INTERES. : UNIMED DO BRASIL CONFEDERACAO NAC DAS COOPERATIVAS MED - "AMICUS CURIAE"
 ADVOGADOS : JOSÉ CLAUDIO RIBEIRO OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP092821
 : RAPHAEL CARVALHO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP366173

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou oralmente, pela Recorrente Maria das Graças Sá, o Dr. Diogo José Nolasco Dominguez.

Pelos amicus curiae, sustentaram oralmente o Dr. Walter José Faiad de Moura, pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, e a Dra. Claudia Lima Marques, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor.

Pelos amicus curiae, sustentaram oralmente o Dr. Otávio Augusto Lima de Pilla, Procurador Federal, pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, o Dr. José Luiz Toro da Silva, pela União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde - Unidas, o Dr. Guilherme Valdetaro Mathias, pela Federação Nacional de Saúde Suplementar, o Dr. José Cláudio Ribeiro Oliveira, pela Unimed do Brasil Confederação Nacional das Cooperativas Médicas, e o Dr. Luiz Felipe Conde, pelo Instituto de Estudos em Saúde Suplementar - IESS.

Consignada a presença do Dr. Cristiano Plate, pela interessada Associação Brasileira de Medicina de Grupo - Abrange.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, aprovou, para os efeitos dos artigos 1.038 e 1.039 do CPC/2015, as seguintes teses: "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".

No caso concreto, após o voto do Sr. Ministro Relator negando provimento ao recurso especial, pediu VISTA o Sr. Ministro Marco Buzzi.

Aguardam os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão, Paulo de Tarso Sanseverino e Antonio Carlos Ferreira.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti e Moura Ribeiro.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.568.244 - RJ (2015/0297278-0)

VOTO-VISTA

EXMO. SR. MINISTRO MARCO BUZZI:

Trata-se de recurso especial, interposto por MARIA DAS GRAÇAS SÁ, com amparo nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no intuito de reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado (fls. 449/458, e-STJ):

Agravo interno na decisão monocrática em recurso de apelação. Questões trazidas no Agravo já enfrentadas na decisão impugnada. Frise-se mais uma vez que os ajustes foram realizados com base no contrato firmado pelas partes, não tendo a perícia contábil realizada nos autos identificado qualquer irregularidade nos acréscimos das mensalidades efetivadas pela operadora. Indisfarçável propósito de conduzir a causa ao julgamento colegiado. RECURSO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO.

Depreende-se dos autos, em apertada síntese, que a recorrente ajuizou ação de revisão de cláusulas contratuais cumulada com pedido de indenização por danos morais em face de SAMOC S/A - SOCIEDADE ASSISTENCIAL MÉDICA E ODONTO-CIRÚRGICA, sustentando a ilegalidade do reajuste por implemento de faixa etária. A demanda foi julgada improcedente, com fundamento na perícia técnica a qual constatou a observância dos índices ajustados à Resolução Normativa n.º 63/2003 da Agência Nacional de Saúde Suplementar, tendo sido a sentença, posteriormente, mantida em sede de apelação pela Corte Estadual.

Nas razões do recurso especial (fls. 504/524, e-STJ), a recorrente aponta, além de dissídio jurisprudencial, violação, pelo aresto estadual, aos artigos 535 do CPC/1973 e 4º, 6º, 7º e 51 todos do CDC, defendendo, para tanto, a negativa de prestação jurisdicional e que o reajuste aplicado na mensalidade do plano de saúde, no percentual de 88% (oitenta e oito por cento) ao completar a idade de 59 (cinquenta e nove) anos, tornou a prestação excessivamente onerosa, desequilibrando a relação contratual.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do apelo nobre.

O ilustre relator, na assentada do dia 23 de novembro de 2016, após fixar a tese repetitiva, negou provimento ao recurso especial, razão pela qual, pediu-se vistas dos autos para melhor apreciar o presente caso concreto.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

VOTO

1. O pedido de vista foi feito para examinar se, no caso em concreto, o índice de reajuste, por incremento de faixa etária pela beneficiária, aplicado pela seguradora, teria sido abusivo.

Observa-se, todavia, que o voto proferido pelo ilustre Ministro RICARDO VILLAS BOAS CUEVA foi minudente ao detalhar a inexistência da suscitada ilegalidade porquanto, embasada na prova pericial nos autos, a variação acumulada entre a primeira e a última faixa etária respeitou a regra inserta no art. 3º, inc. I, da RN n.º 63/2003 da ANS.

É, aliás, o que se extrai do voto do eminente relator:

"Para a última faixa de risco, foi estabelecido o percentual de 110% quando o usuário completasse a idade de 59 (cinquenta e nove) anos. É certo que tal percentual não respeitava as diretrizes da RN n.º 63/2003 da ANS, mas a operadora, ao aplicar concretamente o reajuste, fez incidir o percentual de 88%, corrigindo, assim, a distorção e o abuso. Desse modo, conforme consta no acórdão estadual, embasado em prova pericial, não há ilegalidade ou inobservância de normas legais, mesmo porque os cálculos realizados pela autora não encontram respaldo matemático e atuarial.

Confira-se:

(...)

No presente caso, não há qualquer prova nos autos de que o aumento de preço por mudança de faixa etária tenha sido abusivo, pelo contrário, de acordo com o laudo de fls. 294-302 (indexador 00328), o perito concluiu que não houve ilegalidade ou inobservância de cláusulas contratuais quando do reajuste das mensalidades do plano de saúde.

À fl. 301, o expert chega à seguinte conclusão:

CONCLUSÕES MATEMÁTICAS ALCANÇADAS:

Com base em tudo o que foi dado a analisar pode este signatário perito informar que o aumento praticado pela Operadora ré, em 09/2010, no nível de 88%, elevando a mensalidade de custeio do plano de saúde onde participa a autora para R\$ 316,63 teve como fato gerador a idade da mesma, ao completar, em 06/07/2010, 59 anos de idade e assim justificando a sua mudança de faixa etária e consequente acréscimo previsto no Plano de Saúde. Vale dizer que o aumento praticado pela ré foi realizado em sintonia com o que pactuaram as partes e sem irregularidade matemática' (fls. 455/456 - grifou-se)

De fato, tanto a previsão de que 'a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas' quanto a de que o 'valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária' foram observadas, havendo diluição dos custos entre as faixas de risco a impedir forte concentração na faixa final.

Superior Tribunal de Justiça

A variação entre a primeira e a última faixa etária não foi superior a 500% (máximo de 6 vezes), pois a regra do art. 3º, I, da RN nº 63/2003 da ANS, ao contrário do que sustenta a recorrente, aplica-se aos valores absolutos das contraprestações pecuniárias e não aos percentuais em si de reajuste." (grifos no original)

Logo, para derruir o silogismo decisório utilizado pela instância ordinária, seria imprescindível o reexame das cláusulas contratuais e do conjunto fático-probatório sedimentado nestes autos, atraindo, por conseguinte, na hipótese, os óbices insculpidos nas Súmulas 05 e 07 do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, quanto à tese repetitiva, verifica-se que o enunciado adotado no presente recurso repetitivo está em consonância com *leading case* firmado, recentemente, pela Colenda Segunda Seção desta Corte Superior no julgamento do REsp n.º 1.280.211/SP (rel. Min. MARCO BUZZI, DJe 04/09/2014), inexistindo, portanto, qualquer reparo a ser declinado.

2. Ante o exposto, acompanho integralmente o voto do ilustre relator.
É como voto.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO

Número Registro: 2015/0297278-0 PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.568.244 / RJ

Números Origem: 03683276220138190001 201525163890

PAUTA: 14/12/2016

JULGADO: 14/12/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MAURÍCIO VIEIRA BRACKS**

Secretária

Bela. **ANA ELISA DE ALMEIDA KIRNER**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: MARIA DAS GRACAS SA
ADVOGADOS	: CECÍLIA MIGNONE MODESTO LEAL - RJ119053
	: EDUARDO NOGUEIRA DE OLIVEIRA E SILVA - RJ172598
RECORRIDO	: SAMOC S/A SOC ASSISTENCIAL MEDICA E ODONTO-CIRURGICA
ADVOGADOS	: DANIELLE MIRANDA DE CARVALHO - RJ105616
	: ROGÉRIO JESUS DE SOUZA - RJ072720
	: ISABEL MARIA S FERREIRA DE SOUZA - RJ084355
	: ADRIANA FERREIRA DA SILVA PASSOS - RJ130782
INTERES.	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
INTERES.	: INSTITUTO DE ESTUDOS EM SAÚDE SUPLEMENTAR - IESS - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: LUIZ FELIPE CONDE E OUTRO(S) - RJ087690
INTERES.	: FEDERACAO NACIONAL DE SAUDE SUPLEMENTAR - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS	: SERGIO BERMUDEZ - RJ017587
	: MÁRCIO VIEIRA SOUTO COSTA FERREIRA - RJ059384
ADVOGADA	: CAROLINA CARDOSO FRANCISCO MOUTINHO E OUTRO(S) - RJ116999
INTERES.	: AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL - PGF - PR000000F
INTERES.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADOS	: CLÁUDIA DE MORAES PONTES ALMEIDA - SP261291
	: CHRISTIAN TARIK PRINTES E OUTRO(S) - SP316680
INTERES.	: ASSOCIACAO DE DEFESA DOS USUARIOS S P S DE SAUDE - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: AMINE D'ANDRADA E OUTRO(S) - PE001426B
INTERES.	: INSTITUTO BRASILEIRO DE POLITICA E DIR. DO CONSUMIDOR - "AMICUS CURIAE"
ADVOGADO	: SIMONE MARIA SILVA MAGALHÃES - DF024194

Superior Tribunal de Justiça

INTERES. : UNIDAS - UNIAO NACIONAL DAS INSTITUICOES DE AUTOGESTAO EM SAUDE - "AMICUS CURIAE"
 ADVOGADOS : JOSE LUIZ TORO DA SILVA E OUTRO(S) - SP076996
 : VANIA DE ARAUJO LIMA TORO DA SILVA E OUTRO(S) - SP181164
 INTERES. : UNIMED DO BRASIL CONFEDERACAO NAC DAS COOPERATIVAS MED - "AMICUS CURIAE"
 ADVOGADOS : JOSÉ CLAUDIO RIBEIRO OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP092821
 : RAPHAEL CARVALHO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - SP366173

ASSUNTO: DIREITO DO CONSUMIDOR - Contratos de Consumo - Planos de Saúde

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Marco Buzzi acompanhando o Sr. Ministro Relator, a Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, aprovadas, em sessão anterior, as teses repetitivas para os efeitos dos artigos 1.038 e 1.039 do CPC/2015.

Os Srs. Ministros Marco Buzzi (voto-vista), Marco Aurélio Bellizze, Nancy Andrighi, Luis Felipe Salomão, Paulo de Tarso Sanseverino e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Moura Ribeiro e Maria Isabel Gallotti.

