

## 1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea, como muito propriamente afirma Ulrich Beck, é marcada como a *Sociedade do Risco*<sup>1</sup>. Anthony Giddens destaca que desde o Iluminismo, origem da ciência social atual, acreditava-se que quanto mais viéssemos a conhecer o mundo, enquanto coletividade, mais poderíamos controlá-lo e direcioná-lo de acordo com nossos propósitos. Entretanto, hoje nos encontramos diante de “incertezas fabricadas”, fruto da industrialização e do desenvolvimento tecnológico, e tais riscos e incertezas atualmente são mais intensos, tendo abrangência global<sup>2</sup>. Mas não somente isso, o próprio sistema capitalista é marcado pelo risco de mercado (vejam-se as oscilações, crises etc.).

Nesse contexto, o contrato de seguro apresenta-se como um dos instrumentos mais adequados e justos para diluir os contemporâneos efeitos dos riscos criados pela humanidade.

O presente artigo é um convite à reflexão sobre o contrato de seguro visto como uma atividade mutualista e coletiva, dentro de um contexto regulatório em razão de uma opção do Estado Brasileiro, que a exemplo de outros Estados nacionais, tomou para si a responsabilidade pelo regramento desta atividade econômica, tendo em vista a identificação dos gravosos efeitos, que podem produzir falhas de mercado neste setor.

Também se pretende, tomando-se por base o ambiente regulado da atividade securitária, a análise das consequências de uma eventual intervenção jurisdicional inadequada, sob o prisma econômico de custos de transação, bem como ao entrar em conflito com as diretrizes específicas para o mercado, emanadas do órgão regulador.

Para tanto, há inúmeros métodos disponíveis ao operador do direito para o exercício de uma exegese. Todavia, parece haver uma grande resistência por parte dos juristas em se arrimar em conceitos não próprios da ciência jurídica, talvez por preconceito; talvez por verdadeiro desconhecimento.

Tal, historicamente, não tem sido diferente em relação à utilização de conceitos da ciência econômica na aplicação ordinária do ordenamento jurídico, tanto na sua construção, quanto em sua utilização.

Este fato parece ter sido muito bem apurado por Rafael Bicca Machado, ao mencionar que “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

---

<sup>1</sup> BECK, Ulrich *in* **Modernização Reflexiva**. São Paulo: UNESP, 1995.

<sup>2</sup> GIDDENS, Anthony *in* **Modernização Reflexiva**. São Paulo: UNESP, 1995.

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.”<sup>3</sup>

Afirmativas como a do autor não diminuem a importância do direito como instrumento eficaz de apaziguamento social. Não há dúvidas a respeito de seu importante papel com meio de efetivação do Estado, de acordo com a ideologia própria à comunidade organizada sob tal forma, hodiernamente, preponderante.

Ao contrário, assertivas como a em debate tendem a tornar o direito mais eficaz e factível, ou seja, tenta trazer à ciência jurídica elementos próprios das demais ciências, fazendo com que se construam premissas verdadeiras, ao invés do perigoso atalho do sutil sofisma, muitas vezes não percebido pelo inconsciente coletivo em tempos em que tudo deve observar o “politicamente correto”, ou seja, verdades que passam a permear a sociedade em verdadeira forma de clichês, não se apurando a realidade e a capacidade de perfectibilizar ações que muitas vezes vão de encontro aos interesses do que seria em realidade o de uma “maioria”.

## **2. O SEGURO : VISÃO CONTRATUAL E ANALÍTICA**

O contrato de seguro, na visão de Pontes de Miranda, é contrato de direito privado, salvo na hipótese de “publicização” da companhia de seguros, em que também se submete ao direito público o próprio seguro<sup>4</sup>. Todavia, tal assertiva merece esclarecimentos e uma leitura contemporânea, à primeira vista, chegar-se-ia à conclusão de que, pelo fato de uma seguradora pertencer ao Estado, esta teria suas ofertas de contrato submetidas a regras especiais.

De outra banda, as normas jurídicas que regulam a atividade securitária e que dizem respeito a atos permissivos do Estado e à fiscalização das sociedades seguradoras são de direito público<sup>5</sup>, o que se verifica no Decreto-lei nº 73 de 21 de novembro de 1966, já mencionado, que, entre outras determinações, dá à Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) a atribuição de fiscalização das ações das seguradoras no mercado, bem como a competência para expedição de normas para a regulação das contratações securitárias.

---

<sup>3</sup> 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. TIMM, Luciano Benetti . Direito e Economia. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p 42.

<sup>4</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de direito privado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. p. 271.

<sup>5</sup> PONTES DE MIRANDA, op cit., p. 272.

Aqui, também importante a contextualização, já que o autor produziu sua obra em uma época em que havia uma dicotomia dogmática ente direito público e privado, como se áreas absolutamente estanques o fossem.

Determinada a natureza das normas que regem os contratos securitários, pertinente perquirir sobre a noção de contrato de seguro em sentido *lato*, ainda na visão de Pontes de Miranda, a saber:

[...] 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 patrimônio<sup>6</sup>.

Atualmente, admitindo-se a singularidade e autonomia do contrato de seguro, se chega a sua determinação através de sua finalidade, qual seja, a de dar a alguém a tutela contra os danos produzidos por sinistro, o acontecimento futuro e incerto que, às vezes, apenas tem incerto o momento<sup>7</sup>.

A respeito, Pedro Alvim coloca que o contrato de seguro é aquele em que o segurador assume responsabilidade pelas consequências do risco. O prêmio corresponde à contraprestação do segurado, o preço pago para livrar-se das consequências do risco. O segurador só se responsabiliza pelo risco determinado nas condições do contrato por uma indenização, nos contratos de dano, e uma soma prevista nos contratos de pessoa<sup>8</sup>.

Ainda a título de individualização do contrato de seguro, devem-se abordar os elementos obrigacionais constantes nos contratos de seguro, quais sejam, o prêmio, que deve ser adimplido pelo segurado, e o capital segurado, obrigação do segurador.

A respeito do prêmio, denominação própria da prestação a que se obriga o segurado quando da contratação do seguro, tem-se como a soma em dinheiro, em regra geral, paga de forma una ou periódica, entregue ao segurador em razão da assunção deste do risco daquele<sup>9</sup>.

A seu turno, o segurador assume o risco mediante o adimplemento do prêmio, obrigando-se a adimplir indenização ou benefício, dependendo da espécie de seguro, ao beneficiário que, por sua vez, pode ser o próprio segurado ou terceiro, indicado por este.

Individualizado o contrato de seguro, adequado tratar de suas características, quais sejam, a tipicidade, a formalidade, onerosidade, bilateralidade, aleatoriedade, entre outras, analisando-se seus detalhes para que se esclareça seu contexto.

Tal contrato é dito típico, porque encontra assento e disciplina em nosso sistema no Código Civil Brasileiro nos arts. 757 seguintes, posto que os contratantes, ao realizarem um

---

<sup>6</sup> PONTES DE MIRANDA, 1972, p. 272-273.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 283.

<sup>8</sup> ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 113-114.

<sup>9</sup> PONTES DE MIRANDA, *op cit.*, p. 312.

ajuste neste tipo contratual, adotam implicitamente as normas legais que compõem a seu arcabouço, sendo certo afirmar que tais normas são de natureza supletiva e não imperativa, mas nem por isso de aplicação menos frequente<sup>10</sup>.

De igual modo, de se considerar a relevância que o Estado em dado momento histórico empresta a determinadas atividades econômicas, especialmente, levando-se em consideração a possibilidade de ocorrência de falhas de mercado, critério científico para a regulação de uma atividade, o que se tratará em capítulo próprio.

Dito contrato é classificado como oneroso, pois existe por parte dos contratantes a perseguição de uma vantagem pessoal em troca da que procura o outro<sup>11</sup>. Ademais, a contraprestação determina a onerosidade<sup>12</sup>. Portanto, conclusão imperiosa é a de inclusão do contrato de seguro de vida neste tipo, pois o segurado, ao aceitar a proposta do segurador, aguarda retorno, ainda que em momento posterior.

Em relação à formalidade, o contrato de seguro se enquadraria nesta classificação pelo fato de haver uma série de instrumentos normativos determinando forma a este tipo contratual, em que pese o Código Civil estabeleça em seu arts. 758, 759 e 760<sup>13</sup> apenas a necessidade de sua redução à forma escrita, há outros instrumentos normativos a regulá-lo a respeito<sup>14</sup>.

Atualmente, os contratos de seguros privados têm sua comercialização regida pela Circular SUSEP n.º 438, de 15 de junho de 2012.

Nestes instrumentos, se estabelecem as normas para a aprovação de apólices, bem como de sua posterior comercialização. Uma das exigências é o esclarecimento das condições de contratação, tanto pela aplicação de princípios gerais de direito, quanto da recente lei consumerista, que traz como ditame basilar a informação ao consumidor. Outra razão que se pode apontar é a necessidade de prova 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.

---

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

<sup>11</sup> “[...] *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).

<sup>12</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 369.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Circular SUSEP n.º 438, de 15 de junho de 2012.

A respeito, o atual Código Civil, notadamente, em seu art. 758<sup>15</sup>, parece adotar a solução dada por Pontes de Miranda, ao dizer que para a cobrança do adimplemento do capital ao segurador pelo beneficiário não é necessária a juntada da apólice de seguro; contudo, imperioso se faz a juntada de documento, *e.g.*, a proposta de subscrição do plano de seguro ou prova do pagamento do prêmio, demonstrando que o extinto segurado possuía relação contratual com a seguradora, ou seja, que o contrato havia se perfectibilizado pelo cumprimento daquele ato.

Em relação às obrigações, o contrato de seguro é do tipo bilateral ou sinalagmático. Sendo assim, ambas as partes assumem obrigações quando da contratação<sup>16</sup>. Desta forma, maiores dificuldades não há em entender-se tal conceituação; entretanto, é no campo pragmático dos efeitos que surge sua importância, pois aqui reside a *exptio non adimplement contractus*, ou seja, neste tipo de contrato as obrigações são recíprocas, se depreendendo que se uma das partes não cumpre sua obrigação, a outra não está obrigada a executar a sua própria<sup>17</sup>. Aliás, este princípio é recepcionado pelo sistema brasileiro de forma positivada em nosso Código Civil em seu art. 476<sup>18</sup>.

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”; todavia, a questão não pode ser tratada de forma atenta e absoluta à literalidade da redação do referida norma.

Em tal contexto, valorosa a contribuição de Judith Martins-Costa ao comentar a limitação de direitos subjetivos e formativos eis que assim como ocorre a criação de deveres, pode ainda verificar-se pela incidência da boa-fé objetiva, a limitação de direitos subjetivos ou de direitos formativos. Isso acontece, por exemplo, quando a boa-fé afasta o exercício do poder formativo extintivo de resolução, em face do adimplemento substancial da obrigação<sup>19</sup>.

De se destacar a existência de interesses coletivos dignos de tutela nas relações contratuais, não ignorada em hipótese alguma pelo paradigma do Direito e Economia. O bem estar-social em uma relação contratual individualizada, somente poder ser identificado na estrutura do mercado subjacente ao contrato que está sendo celebrado. Adiante, citando a

---

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> ALVIM, 1999, p. 65.

<sup>17</sup> “*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; CAPITANT, 1951, p. 604).

<sup>18</sup> Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

<sup>19</sup> 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.

metáfora de José Reinaldo de Lima Lopes, assinala que o contrato individualizado é a árvore e o espaço público do mercado (e o conjunto de interações sociais) é a floresta.

Em operações de seguro, é necessário gerar um grande número de contratos análogos a ponto de formar o fundo coletivo que suportará o interesse de todos, cuja satisfação e segurança dependerão, em larga medida, da preservação e do cumprimento dessa rede contratual. Adequada, ainda, a expressão adotada pelo mercado securitário de autoria de Ayrton Pimentel para a mutualidade envolvida no negócio jurídico, nominada por festejado jurista como “consumidor invisível”.<sup>20</sup>

Nesse contexto, também esclarecedor os ensinamentos de Coase, ao desenvolver a “teoria da firma”, dizendo que esta representa uma forma alternativa à organização da produção através das transações de mercado. No interior da firma, as barganhas individuais entre os vários fatores de produção são eliminadas e substituí-se uma transação no mercado por uma decisão administrativa. A realocação da produção ocorre sem que seja necessária barganha entre os proprietários dos fatores de produção, sempre vislumbrando a firma como um “feixe de contratos”.<sup>21</sup>

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

Com, razão Colin e Capitant, em sua obra, colocam que as companhias seguradoras agrupam segurados, organizando-se de forma escorada na mutualidade, pagando com os prêmios entregues por eles os capitais segurados aos beneficiários<sup>22</sup>, pelo que em realidade correm risco de forma racionalizada. Todavia, Ruggiero comenta que, ainda que o acaso determine uma perfeita paridade de vantagens e dos prejuízos para ambas as partes, nem por isso o contrato se transformaria de aleatório em comutativo. O cerne para a caracterização como aleatório é o conceito de risco que cada um incorre e que não pode, no momento da conclusão do contrato, prever-se sobre qual cairá<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> TIMM, Luciano Benetti. **Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva vs Eficiência Econômica..** In: Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, 2008. p. 28 e 29.

<sup>21</sup> COASE, Ronald. **The problem of social cost**, in : *Journal of Law and Economics* (Outubro de 1960 ) p. 14.

<sup>22</sup> “*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; CAPITANT, 1951, p. 613).

<sup>23</sup> RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3, p. 316.

Angélica Carlini, trata do tema ao comentar que a estrutura empresarial de sustentação da atividade do seguro tem início nos cálculos atuariais que determinam os valores necessários para a formação do fundo mutual e para a contribuição do segurado.<sup>24</sup>

Não se pode negar que viver significa estar exposto a riscos, à aleatoriedade. Ainda mais esta característica resta evidente no mundo dos negócios, no qual a insegurança se apresenta como um dos efeitos colaterais da industrialização e a necessidade de segurança é maior com relação ao patrimônio, ao que o sociólogo Ulrich Beck denomina de *Sociedade do Risco*, pois, segundo seu entendimento, vivemos num mundo fora de controle<sup>25</sup>.

Risco é, portanto, o primeiro aspecto que devemos ter em mente quando pensamos o contrato de seguro. Risco de acidentes, de infortúnios, de perdas diante do exercício de uma atividade econômica, enfim, risco de sofrer prejuízos de ordem material. Risco este que não se confunde com incerteza ao passo que o consideramos como estatisticamente mensurável, quantificável. Nas palavras de Ernesto Tzirulnik, risco, ao contrário da incerteza, “um sentimento humano imensurável [...] é um dado social objetivo<sup>26</sup>”.

Há de se ter, conseqüentemente, um instrumento que garanta as pessoas e seu patrimônio frente aos riscos inerentes à vivência em sociedade – riscos estes que não podem ser totalmente afastados, por mais previdentes que as pessoas possam ser e viver – reduzindo principalmente o “ônus imposto pelo risco à atividade econômica<sup>27</sup>”. E este é o papel do contrato de seguro, prevenção do risco de perda patrimonial (princípio indenitário). Beck inclusive afirma que o seguro privado é o “símbolo-chave da prevenção do risco<sup>28</sup>”.<sup>29</sup>

Quando a sociedade entendeu a perda como risco, compreendeu este problema como coletivamente solúvel<sup>30</sup>. E foi através do mutualismo que se operacionalizou essa solução, mediante, principalmente, a justificativa econômica que “parte do pressuposto que é mais

---

<sup>24</sup> CARLINI, Angélica. **Direito, Economia e Contratos de Seguro**. In CARLINI et al (Org.) Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p 137.

<sup>25</sup> BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo? Ulrich Beck conversa com Johannes Willms**. São Paulo: UNESP, 2003. p. 113 – 117.

<sup>26</sup> TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz B.; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 37.

<sup>27</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 125.

<sup>28</sup> BECK, op. cit., p. 114.

<sup>29</sup> Consoante Tatiana Druck (2005) ressalta-se que nem todos os riscos existentes são objetos das operações securitárias, mas sim aqueles que além de mensuráveis, são possíveis, definidos (para esclarecer e limitar o objeto de cobertura), incertos (do contrário estaríamos diante de fraude), futuros (não se segura risco já ocorrido), e que sejam viáveis economicamente. Sobre a viabilidade econômica do risco da operação de seguro levanta três exigências: a) que o risco seja “normal”, isto é, que não apresente alta sinistralidade, ou seja, fora do padrão esperado; b) que quanto ao conjunto da operação exista homogeneidade dos riscos agrupados; e c) que o bem tenha valor significativo, caso contrário o preço para segurá-lo não cobrirá o custo da operação. p. 36.

<sup>30</sup> BECK, op. cit., p. 114.

válido suportar coletivamente as conseqüências individuais danosas dos riscos comuns do que suportá-las isolada e individualmente<sup>31</sup>”.

Tatiana Druck sobre o mutualismo assim assevera:

Na operação de seguro, fala-se em “distribuição” do risco e “pulverização” ou “dispersão” do custo, dando a noção de que o risco individual é diluído entre os outros participantes da operação e o prejuízo patrimonial do dano é rateado, através do mutualismo<sup>32</sup>.

É fundamental deixar claro que as contratações securitárias só têm razão de ser quando o risco é atenuado por intermédio da mutualidade. Senão, inclusive, estaríamos diante de uma situação de jogo ou aposta, na qual em ocorrendo um sinistro, sairia ganhando o segurado, e na ausência do sinistro, ganharia a seguradora.

Borges sobre o mutualismo ainda assevera:

É indispensável destacar que mutualismo – além de implicar, no plano subjetivo, na idéia de solidariedade – induz, de pronto, sob o prisma objetivo, a concepção de um agrupamento sujeito aos mesmos riscos ou perigos, com as mesmas probabilidades de dano, razão da associação e formação de um colegiado aparelhado para o enfrentamento de eventuais prejuízos que possam sofrer<sup>33</sup>.

Outro ponto essencial no seguro é a garantia, através de uma associação de pessoas com riscos semelhantes (administrada por uma companhia seguradora), de que na ocorrência de danos, se recomporá a situação econômica de antes do evento. Não se evita que o dano ocorra, isto é impossível, mas se garante a preservação do *status quo* patrimonial ou do ser humano (acidentes, vida)<sup>34</sup>.

Cabe, por conseguinte, à seguradora organizar o negócio, reunindo pessoas com riscos homogêneos e angariando provisões, ou seja, formando um fundo mutual, para que estas pessoas tenham seus riscos garantidos. A forma como se dá essa organização parte de uma análise estatística. Tatiana Druck aborda com muita propriedade esta questão:

A operação econômica “pura” do seguro consiste, para a Seguradora, em *agrupar* pessoas/coisas/interesses sujeitos a riscos **equivalentes entre si e homogêneos**, dispostas a acautelarem-se mutuamente contras as conseqüências deste, e avaliar o *perfil* deste risco, ou seja, na análise dos grandes números, como se comporta tal risco. Significa questionar quais as probabilidades de ele ocorrer, qual o percentual de pessoas/coisas/interesses ele atinge, com que freqüência e intensidade ele aparece no curso normal da vida, entre outras questões, a fim de estabelecer uma *probabilidade estatística* de sinistros para o grupo. [...] Estabelecida, enfim, a *chance* (percentual “x”) de tal risco vir efetivamente a se

<sup>31</sup> DRUCK, Tatiana Oliveira. **O contrato de seguro e a fraude do segurado**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2003. p. 18.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>33</sup> BORGES, Nelson. **Os contratos de seguro e sua função social: Revisão Securitária no Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.ibds.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2007. p. 8.

<sup>34</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 3ª ed. São Paulo: RT, 1984, vol. XLV. p. 275.



concretizar, começa-se a calcular qual o *valor* necessário para fazer frente ao prejuízo médio que ocorrerá ao “x%” daquele grupo. [...] Tal probabilidade levará em conta a *intensidade* média dos sinistros. Esta avaliação é feita pela **análise atuarial**. Fixado então um *valor médio* para cobrir o prejuízo total, esse valor é dividido entre os participantes do grupo de risco. Então, na verdade, cada integrante do grupo de risco (100%) paga *parte* do prejuízo de um percentual menor de coisas ou pessoas vitimadas (para um exemplo didático, suposto em 60%)<sup>35</sup>.

O fundamental, enfim, nas palavras de Pinheiro e Saddi, “é que o contrato pode ajudar os agentes econômicos a reduzir o ônus imposto pelo risco à atividade econômica, e, dessa forma, contribuir para que se chegue a uma situação mais eficiente<sup>36</sup>”, ao que acrescentamos estável e segura.

Finalmente, em relação ao contrato de seguro cabe comentar, ainda, o fato de constituir-se em contrato do tipo adesão, ou seja, aquele em que as 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 oblato se dá de forma pura e simples, não comportando em regra geral exceções pessoais<sup>37</sup>.

A propósito, Nelson Nery Júnior, ao comentar tal característica, especificamente o art. 54 do CDC, afirma não se tratar o contrato de adesão de categoria contratual autônoma, nem de tipo contratual, mas de técnica de formação de contrato, que pode ser aplicada a qualquer categoria de contrato, sempre que seja buscada a rapidez na conclusão da relação contratual.<sup>38</sup>

Ao longo do texto, questões como a base principiológica dos contratos e a intervenção estatal na esfera contratual foram mencionadas. Tais análises são fundamentais para estudo de institutos contemporâneos, motivo pelo qual devem ser analisados os princípios inerentes ao contrato em tela.

Fernando Noronha, assim, elege uma tríade de princípios (autonomia privada, boa-fé e justiça contratual) e a denomina ordem pública interna nos contratos<sup>39</sup>. 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 para manterem uma relação de difícil equilíbrio.

Nesta concepção, Larenz, ao dar noção de autonomia privada, afirma ser tal princípio a possibilidade oferecida e assegurada aos particulares de regularem suas relações mútuas dentro de determinados limites por meio de negócios jurídicos, em especial, contratos. O

<sup>35</sup> DRUCK, op. cit., p. 23, grifo no original.

<sup>36</sup> PINHEIRO; SADDI, op. cit., p. 125.

<sup>37</sup> PEREIRA, 1998, p. 43-44.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> Ibid., p. 15.

homem que vive em frequente comunicação com outros necessita deste princípio para poder decidir livremente os assuntos que o afetam diretamente para poder configurá-los sob a própria responsabilidade. A autonomia privada corresponderia a um dos princípios capitais do Direito Privado<sup>40</sup>.

Já 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, significam liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no consenso contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu patrimônio<sup>41</sup>.

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 para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade<sup>42</sup>.

Nessa medida, o princípio da autonomia privada costuma ser tradicionalmente invocado como fundamento dos princípios da liberdade contratual, do consensualismo e do efeito relativo dos contratos. A seu turno, a liberdade contratual, ou melhor, negocial, está subdividida, conforme difundida terminologia encontrada na doutrina, mais precisamente Arnaldo Wald, entre liberdade contratual e liberdade de contratar. Trata-se de expressões que talvez não tenham a diversidade de significados que se lhes atribui, mas que o uso está tornando freqüente. Tal subdivisão, entretanto não fora utilizada, *e. g.*, por 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 da distinção estaria fundamentalmente em enfatizar que 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,

---

<sup>40</sup> “*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, op cit., p. 55).

<sup>41</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988. p. 128.

<sup>42</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 17.

não especificamente regulados pelo direito vigente, dando um conteúdo próprio e autônomo ao instrumento lavrado<sup>43</sup>.

Nesse contexto, quando a solidariedade não brota espontaneamente na sociedade, tem-se a anomia, uma situação a ser corrigida pelo Estado. Assim, o direito contratual identifica-se com a imposição de tal solidariedade, realizada pelo Estado quando ela não se encontrar espontaneamente praticada na ordem social. Não é outra senão esta a razão da existência de direitos sociais no Estado Social, uma vez que nele a cooperação é um dever legal, não moral.

O espaço público do mercado, de acordo com este pensamento, é a anarquia, e não a coordenação dos comportamentos sociais.<sup>44</sup> Forte em uma noção ultrapassada da interação entre sociedade e mercado (corrigida posteriormente pela obra de economistas e sociólogos como Parsons<sup>45</sup>, Swedberg<sup>46</sup>, Granoveter<sup>47</sup>, etc.), tal paradigma paternalista entende a função social do direito contratual de modo a colocar o contrato e o mercado em rota de colisão (como se o contrato fosse diferente do mercado; o contrato como um ato de solidariedade e o mercado como a sobrevivência do mais apto). Nesse modelo paternalista, portanto, a função social do contrato significaria promover a solidariedade, *i.e.*, corrigir o desequilíbrio de poder no espaço do contrato e distribuir o resultado econômico do relacionamento entre as partes, que não lograra êxito através da livre barganha, processo em que a parte mais fraca sucumbe diante do mais forte (“justiça social”).

Esta é a função típica do Estado Social, isto é, atenuar a linha limítrofe existente entre o Direito Público e o Privado, com o intuito de promover justiça redistributiva, até mesmo no espaço do contrato. Na esteira do paradigma “solidarista” – tendo em vista sua desconfiança no processo de barganha – substitui-se a regulação do contrato feita pelos próprios sujeitos contratuais (autonomia) pela regulação interventiva do Estado (heteronomia), reformulando a divisão do benefício econômico criado pelo pacto. A intervenção estatal na vontade das partes se dá pela via de normas cogentes e pela revisão judicial dos contratos.<sup>48</sup>

Em uma perspectiva de direito e economia, o contrato, de fato (ou como um fato), não é um elo solidário entre pessoas vivendo em sociedade, mas sim uma transação de mercado na qual cada parte se comporta de acordo com os seus interesses, como se estivessem em um

---

<sup>43</sup> WALD, Arnaldo. *Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos*. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969. p. 155.

<sup>44</sup> LUKES, Steven. *Bases para a interpretação de Durkheim*. In *Sociologia: para ler os clássicos*. Organizado por COHN, Gabriel. São Paulo, Editora Livros Técnicos e Científicos S.A., 1977, p. 38.

<sup>45</sup> PARSONS, Talcott. *O sistema das sociedades modernas*. São Paulo, Editora Pioneira, p. 15 e ss. Cf. ROCHER, Guy. *Talcott Parsons e a Sociologia Americana*. São Paulo, Editora Francisco Alves, s/d, p. 30.

<sup>46</sup> SWEDBERG, Richard. *Economics and Sociology*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

<sup>47</sup> GRANOVETTER, Mark. *Economic action and social structure: the problem of social embeddedness*. In *American Journal of Sociology*. Vol. 91, nº 03, 1985, p. 481.

<sup>48</sup> CAPELETTI, M. *Giudici legislatori?* Milano: Giuffrè, 1984.

jogo armando as suas estratégias (individualismo). Dessa forma, como evidenciado pela teoria dos jogos, uma parte somente irá cooperar com a outra na medida em que puder desfrutar de algum benefício proporcionado pelo jogo (a menos que o direito contratual ou a moral ditem as regras e estabeleçam o contrário). Esta é uma tradição que começa com o desbravador estudo de Adam Smith, sobre a riqueza das nações.<sup>49</sup>

A existência de interesses coletivos dignos de tutela nas relações contratuais não é desconsiderada pelo paradigma do Direito e Economia. No entanto, o bem-estar social, em uma relação contratual individualizada, somente pode ser identificado na estrutura do mercado subjacente ao contrato que está sendo celebrado e ao processo judicial relacionado ao litígio a ele pertinente. Vale dizer, a sociedade ou a “igualdade” não são representadas pela parte mais fraca de uma específica relação contratual ou por um demandante no litígio, mas sim pelo grupo ou cadeia de pessoas integrante de um específico mercado. Como diz o Professor Cooter, comentando o *leading case* nos EUA sobre abusividade:<sup>50</sup> “os advogados preocupam-se com o caso individualizado, ao passo que os economistas preocupam-se com as estatísticas. Estatisticamente, a proteção paternalista da Mrs. Williams (consumidora autora da demanda), pela imposição de restrições legais ao mercado de crédito, inflige elevados custos aos consumidores pobres, vistos enquanto classe”.<sup>51</sup>

Como se vê, o contrato de seguro envolve não apenas *players* de mercado atuando em relações individualizadas, pois todas, ao fim e ao cabo, comunicam-se entre si, gerando efeitos múltiplos e recíprocos, o que explica a intervenção estatal por meio de regulação, com fito de correção e prevenção de eventuais falhas de mercado, tendo em vista se tratar de um cenário muito suscetível a este fenômeno econômico.

### **3. Ambiente de Direito Regulatório e sua Pertinência:**

A partir do Decreto Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, é instituído o Sistema Nacional de Seguros Privados, criando-se o Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), responsável pela regulação propriamente dita do setor, e a Superintendência de Seguros

---

<sup>49</sup> SMITH, Adam. *Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2 v., 1989.

<sup>50</sup> Williams v. Walker-Thomas Furniture Co., 350 F2d 445 (DC Cir. 1965). *In casu*, a Corte decidiu que é abusiva a cláusula permitindo a utilização de garantia cruzada em diferentes contratos de execução diferida, firmados entre o consumidor e o fornecedor, significando que diferentes produtos comprados em períodos distintos, parceladamente, serviriam de garantia para qualquer descumprimento de qualquer prestação de qualquer contrato firmado com o fornecedor. Ver o *Uniform Commercial Code*, p.2-302 e o *Restatement (Second) of Contracts*, par. 208.

<sup>51</sup> COOTER & ULEN, “Law and Economics”, p. 282. Tradução livre de “lawyers focus on individual cases, whereas economists focus upon statistics. Statistically, the paternalistic protection of Mrs. Williams by legal restrictions on the credit market imposes high costs on poor consumers as a class”.

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 fortalecer as seguradoras. Tem 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.

O contexto de reforma administrativa do país dá seus primeiros sinais a partir da década de 1970, quando se opera a revisão do papel do Estado como motor do desenvolvimento econômico dos países, mediante intervenção direta sobre o mercado, na qualidade de promotor de atividades econômicas ou em razão de sua forte presença na regulamentação das atividades privadas<sup>52</sup>.

A crise do então modelo de Estado-Providência pode se creditar a vários fatores, entre eles, talvez o mais importante, a insuficiência de recursos financeiros estatais para fazer frente as atividades que assumiu para si e a consequente ineficiência na prestação de serviços públicos<sup>53</sup>.

No Brasil, pode-se afirmar que na década de 1990, o país foi fortemente influenciado, política e economicamente, pela ideia de reforma do Estado, diante do contexto de estagnação econômica e crise fiscal em que se encontravam inúmeros países. Tornou-se praticamente um consenso o prognóstico de redução da intervenção do Estado na economia, a necessidade de liberalização dos mercados através da privatização de empresas estatais e a redefinição dos papéis do Estado<sup>54</sup>.

Nesse contexto, alguns passos foram dados no sentido da redefinição do papel do Estado no Brasil nos idos de 1990, durante o governo Collor de Melo, com a criação do Programa Nacional de Desestatização (PND), através da Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990, e pelo 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 em um amplo programa de privatização como as principais metas da política do governo<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 25.

<sup>53</sup> MIRAGEM, op cit., p. 25.

<sup>54</sup> NUNES, Edson de Oliveira. **Agências reguladoras e reforma do estado no Brasil**. Brasília: Garamond Universitária, 2007. p. 33.

<sup>55</sup> Ibid., p. 33.

Mais tarde, no governo Fernando Henrique Cardoso, entendendo-se a crise brasileira como uma “crise de Estado”, nascem os pressupostos para a afirmação de um Direito Regulatório no país, ou seja, o papel do Estado-Administração, por intermédio da previsão em sua estrutura, de órgãos reguladores independentes, visando estabilidade, legitimidade e eficiência de suas decisões. Trata-se, no modelo brasileiro, das agências reguladoras, cuja figura desenvolveu-se sobretudo na regulação dos serviços públicos delegados (ANATEL, ANEEL, ANTT, ANTAQ), mas que a partir de uma melhor contextualização do conceito de regulação econômica passa também a caracterizar 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 73/66<sup>56</sup>.

A propósito, importante destacar que as agências reguladoras são autarquias de regime especial, possuindo autonomia em relação ao Poder Público. O regime especial diferenciado significa que à entidade autárquica são conferidos privilégios específicos, visando aumentar sua autonomia comparativamente com as autarquias comuns, sem infringir os preceitos constitucionais pertinentes a essas entidades de personalidade pública. Além das distribuições de competência regulatória com a ampliação das funções normativas e judicantes da Administração Pública indireta, pode-se congregiar os seguintes elementos confirmadores da autonomia das Agências Reguladoras: organização colegiada, impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, autonomia financeira e orçamentária, e, por último, a independência decisória<sup>57</sup>. Infelizmente, como já mencionado, este não é o caso do órgão regulador do mercado de seguros, a Superintendência de Seguros e Previdência – SUSEP, eis que permanece em modelo clássico de autarquia, vinculada ao Ministério da Fazenda, portanto ao Poder Executivo.

Uma das questões mais sensíveis e que recorrentemente chega aos tribunais tem a ver com a indefinição dos limites entre a lei e as normas editadas pelas entidades reguladoras. A dificuldade está no fato de que no campo da regulação de atividades econômicas e serviços públicos delegados pelo Estado, a atuação regulatória, salvo no campo do Direito Administrativo Sancionador, não se basta naquilo que está editado na leis editadas pelo Poder Legislativo. Nos casos difíceis (*hard cases*), submetidos à escolha regulatória, as leis

---

<sup>56</sup> MIRAGEM, 2011, p. 74.

<sup>57</sup> GUERRA, 2012, p. 118.

têm apenas linhas mestras da política econômica e social, fazendo com que tenha de haver uma flexibilidade para o regulador executar os comandos gerais da norma<sup>58</sup>.

O caráter técnico da atuação das agências reguladoras se revela 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 achar que a tecnicidade é sempre acompanhada de imparcialidade, já que, salvo em casos limites, o saber técnico pode perfeitamente ser instrumentalizado em favor de diversos fins políticos<sup>59</sup>.

Para além da lei, Sérgio Guerra, propõe um modelo de avaliação decisório, devendo levar em consideração o seguinte: os dados empíricos decorrentes das avaliações das técnicas possíveis e testadas; a circunstância fática em que a norma está sendo aplicada, e os impactos prospectivos multilaterais decorrentes do ato. O Poder Judiciário somente poderia invalidar uma decisão de uma agência reguladora quando evidentemente ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência<sup>60</sup>.

Nesse contexto, o papel do órgão regulador se torna essencial ao sucesso deste segmento de mercado, pois precisa agir apenas e tão somente com o fito de correção e prevenção de falhas de mercado, devendo o Poder Judiciário agir com extrema cautela ao intervir neste tipo de contratação, sob pena de tornar uma externalidade negativa ao mercado o desorganizando com o incremento desnecessário de custos de transação não previstos originalmente.

#### **4. Instituições, Custos de Transação e as Consequências de uma Intervenção Jurisdicional Inadequada**

Como comentado, o contrato de seguro visto como atividade coletiva e cooperativa, traz em seu bojo uma racionalidade econômica por meio do mutualismo, que viabiliza sua aleatoriedade por meio de uma construção atuarial. Daí, a importância de uma regulação correta e a importância das instituições neste mercado, muito bem definido por Fernando Abecassis, como segue:

Com efeito, por “mercado” entendemos uma situação de livre actuação dos agentes económicos tal que, funcionando em qualquer das suas qualidades de produtor, acumulador ou consumidor, se compram e vendem mutuamente bens e serviços, por oposição a uma situação da sua afectação entre os agentes económicos. O mercado pode, assim, definir-se como o campo de jogos em que a actividade económica, o jogo económico, se desenvolve, não importando os constrangimentos que os agentes

---

<sup>58</sup> Ibid., p. 131.

<sup>59</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 343-344.

<sup>60</sup> GUERRA, op cit., p. 131.

exercem uns sobre os outros, ou que o Estado exerce sobre todos, importando apenas que a acção de vender e de comprar por parte dum agente económico é livre no quadro e no limite dos graus de liberdade em que ele pode se mover. Este quadro inclui certos constrangimentos e condicionalismos dos mais diversos tipos e das mais diversas ordens, designadamente morais, éticos, psicológicos, administrativos, geográficos-climáticos, políticos e, se bem que em último lugar, certamente não os de menor importância, económicos.<sup>61</sup>

Fala-se das Instituições com base no estudo de Douglass North (1990) e de Custos de Transação com o primado do estudo de Ronald Coase (1960)<sup>62</sup>. Estes dois autores foram responsáveis por grandes avanços e quebras de paradigmas que resultaram num melhor entendimento do ambiente econômico e das conseqüências que o universo jurídico, com toda sua dinâmica particular, traz a este ambiente.

North, historiador econômico, inova ao apreciar de forma coesa o papel das instituições, sua estrutura e funcionamento, no desenvolvimento histórico da performance econômica. Diz ele sobre as instituições:

Instituições são as regras do jogo na sociedade ou, mais formalmente, são as coações criadas pelo homem que moldam a interação humana. Conseqüentemente elas estruturam os incentivos das trocas humanas, quer políticas, sociais ou econômicas. As mudanças institucionais moldam a forma que as sociedades evoluem pelo tempo e, portanto, são a chave no entendimento das mudanças históricas [...] Elas reduzem incertezas ao prover estrutura para a vida do dia a dia. São um guia para a interação humana [...] No jargão dos economistas, instituições definem e limitam o leque de escolhas dos indivíduos [...] Instituições incluem qualquer forma de coação que seres humanos criam para moldar a interação humana<sup>63</sup>.

Partindo dessa premissa, podemos concluir que o Direito é uma das instituições criadas pelo homem que mais relevância tem nesse processo, assim como o Judiciário, que também podemos considerar o árbitro do jogo. De fato, o modelo democrático de *checks and balances* relevou o Direito, e conseqüentemente o Judiciário, a uma posição de destaque enquanto Instituições. O Judiciário, apesar de vinculado às regras, define quais serão aplicadas, quando podem ou não ser violadas, abrindo exceções para a sua quebra por determinados agentes, e criando incentivos – tanto positivos quanto negativos – às pessoas seguirem ou não as determinações desse jogo.

Dessa forma o Direito, bem como o Judiciário, afetam de forma clara a *performance econômica* e são imprescindíveis na análise econômica do direito. Ademais, o judiciário cumpre sua função social de operacionalização das relações de mercado se estiver

---

<sup>61</sup> ABECASSIS, Fernando. **Análise Económica**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010. p. 193.

<sup>62</sup> Ambos ganhadores do Nobel de Economia. Ronald Coase em 1991, e Douglass North em 1993.

<sup>63</sup> NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. 1 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1990. p. 3 e 4, tradução nossa.



comprometido com aquelas instituições jurídicas que instrumentalizam o seu funcionamento, como livre iniciativa e autonomia privada<sup>64</sup>.

O problema reside quando no processo de elaboração das regras – seja no plano legislativo, no plano das disputas judiciais ou mesmo nas regras sociais de convivência conhecidas como costume – são deixadas de lado as questões econômicas, devido à baixa qualidade e pouca afirmação das instituições, as quais não desenvolvem corretamente todo o procedimento necessário para determinar e fazer cumprir as regras do jogo de forma eficiente.

E é nesse momento que maiores distorções começam a aparecer, e, conseqüentemente, surgem os chamados Custos de Transação.

Alguns teóricos partem do pressuposto da concorrência perfeita, num ambiente em que não exista assimetria de informações, no qual os agentes atuem de forma a maximizar o bem-estar social com escolhas hiper-rationais baseadas no seu próprio interesse, mas respeitando as regras do jogo. Entretanto, essas hipóteses simplificadoras<sup>65</sup> não condizem com a realidade das interações humanas, devido à racionalidade limitada dos agentes atuantes no mercado, de seu oportunismo ao negociar e do custo existente na alocação de recursos de uma atividade para outra.

Coase em 1937 foi o primeiro a alertar sobre a importância desses custos no estudo das transações econômicas<sup>66</sup>. Referia que o mercado corrigiria nas transações por ele operadas as distorções do ambiente econômico redistribuindo os direitos, e, com o tempo, traria eficiência alocativa aos recursos utilizados. Entretanto, tal redistribuição de direitos somente será realizada quando o aumento no valor de produção, conseqüente da redistribuição, for maior que os custos envolvidos em não realizar tal arranjo<sup>67</sup>.

Mas o que são custos de transação? Pinheiro e Saddi muito propriamente afirmam:

Os custos de transação compreendem, portanto, os custos com a realização de cinco atividades que tendem a ser necessárias para viabilizar a concretização de uma transação. Primeiro, a atividade pela *busca pela informação* sobre regras de distribuição de preço e qualidade de mercadorias; sobre insumos de trabalho e a busca por potenciais compradores e vendedores, assim como de informação relevante sobre o comportamento desses agentes e a circunstância em que operam. Segundo, a atividade de *negociação*, que será necessária para determinar as verdadeiras intenções e os limites de compradores e vendedores na hipótese de a determinação dos preços ser endógena. Terceiro, a *realização e a formalização dos contratos* inclusive o registro nos órgãos competentes, de acordo com as normas legais, atividade fundamental do ponto de vista do direito privado, já que é o que reveste o ato das garantias legais. Quarto, o *monitoramento* dos parceiros contratuais com o intuito de verificar se aquelas formas contratuais estão sendo

---

<sup>64</sup> TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Direito, mercado e função social**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, ano XXXIII, n° 103, set. 2006, p. 205.

<sup>65</sup> PINHEIRO, Armando C; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 61.

<sup>66</sup> Referimo-nos ao artigo “*The nature of the firm*”.

<sup>67</sup> COASE, Ronald H. **The problem of social cost in Journal of Law and Economics**, Chicago, 1960. p. 10.

devidamente cumpridas, e a proteção dos direitos de propriedade contra a expropriação por particulares ou o próprio setor público. Finalmente, a **correta aplicação do contrato**, bem como a cobrança de indenização por prejuízos às partes faltantes ou que não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais, e os esforços para recuperar controle de direitos de propriedade que tenham sido parcial ou totalmente expropriados<sup>68</sup>.

Portanto “existem problemas futuros potenciais nos contratos, problemas esses que são antecipados pelos agentes que desenham os arranjos institucionais no presente<sup>69</sup>”. Dessa forma, o papel das instituições seria o de minimizar esses custos, permitindo a transação de direitos de propriedade e o arranjo organizacional ao menor custo possível.

Ocorre, todavia, que na realidade nacional deparamo-nos com uma ineficiência da *Instituição Judiciário* e da legislação que ela deve aplicar. Em outras palavras, percebe-se que os incentivos que advém da atividade jurisdicional são negativos para o ambiente econômico, quando desrespeitam o ambiente de negócios previamente regulado pelo próprio Estado na sus veste de Poder Executivo, observando-se, nesse sentido, uma esquizofrenia do Estado, que ora determina ao players de mercado uma determinada atitude, para a qual se preparam e se organizam em termos de custos, mas que em um segundo momento se contradiz, ao ignorar a regras de mercado, modificando-as no caso em concreto, mas gerando uma série de efeitos colaterais aos demais integrantes da carteira mutual.

## 5. CONCLUSÃO

Cada vez mais se queda claro a dificuldade de segmentação do Direito. O contrato de seguro é um grande exemplo, tendo em vista sua complexa e sofisticada regulação aqui tratada.

É necessário ponderar o impacto das decisões judiciais tanto no ambiente social quanto no ambiente econômico, tendo em vista se tratar de um ambiente de negócios regulado. A ideia de revisão judicial dos contratos parece ser pertinente apenas quando há desvio do modelo negócio por parte dos *players* (prestadores e consumidores), ou, em momento de rara ocorrência, quando o órgão regulador não identificou no momento apropriado uma falha de mercado. Há de se preservar a idéia da função social do contrato, mas esta sendo a função do contrato em determinado ambiente coletivo e não individual avaliando o impacto no bem estar da coletividade de uma determinada revisão do contrato,

---

<sup>68</sup> PINHEIRO; SADDI, op. cit., p. 62, grifo nosso.

<sup>69</sup> ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 8.

sob pena de em o fazendo em excesso se cometer uma falha de governo, ou seja, o excesso de regulação ou regulação inapropriada.

Existe, portanto, a necessidade de se buscar um equilíbrio nas visões e decisões estabelecendo-se uma debate a partir de premissas verdadeiras, sob pena de construção de sofismas carregados de uma retórica sedutora em um momento em que a sociedade vive escrava dos clichês do politicamente correto, olvidando-se do exame profundo, sem o qual, necessariamente, criar-se-ão perigosas distorções completamente carregadas da mais pura boa-fé.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABECASSIS, Fernando. **Análise Econômica**. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbennkian, 2010. p. 193.
- ALVIM, Pedro. **O contrato de seguro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BECK, Ulrich. **Liberdade ou capitalismo? Ulrich Beck conversa com Johannes Willms**. São Paulo: UNESP, 2003.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1997.
- BORGES, Nelson. **Os contratos de seguro e sua função social: Revisão Securitária no Novo Código Civil**. Disponível em: <<http://www.ibds.com.br>>. Acesso em: 10 abr. 2007.
- CARLINI, Angélica. **Direito, Economia e Contratos de Seguro**. In CARLINI et al (Org.) Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- CAPELETTI, M. **Giudici legislatori?** Milano: Giuffré, 1984.
- COASE, Ronald H. COASE, Ronald H. **The nature of the firm** in *Economica*, v. 4, nº 16, 1937.
- \_\_\_\_\_. **The problem of social cost** in *Journal of Law and Economics*, Chicago, 1960.
- COLIN, Ambrosio; CAPITANT, H. **Curso elemental de derecho civil**. 3. ed. Madrid: Reus, 1951.
- COOTER & ULEN, “**Law and Economics**”, p. 282. Tradução livre de “lawyers focus on individual cases, whereas economists focus upon statistics. Statistically, the paternalistic protection of Mrs. Williams by legal restrictions on the credit market imposes high costs on poor consumers as a class”.
- DRUCK, Tatiana Oliveira. **O contrato de seguro e a fraude do segurado**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2003.
- GRANOVETTER, Mark. **Economic action and social structure: the problem of social embeddedness**. In *American Journal of Sociology*. Vol. 91, nº 03, 1985, p. 481.
- LUKES, Steven. **Bases para a interpretação de Durkheim**. In **Sociologia: para ler os clássicos**. Organizado por COHN, Gabriel. São Paulo, Editora Livros Técnicos e Científicos S.A., 1977.
- 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. TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia**.
- 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.
- MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado: parte especial**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, vol. XLV.
- 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.
- NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. 1 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- NUNES, Edson de Oliveira. **Agências reguladoras e reforma do estado no Brasil**. Brasília: Garamond Universitária, 2007.
- PARSONS, Talcott. **O sistema das sociedades modernas**. São Paulo, Editora Pioneira, p. 15 e ss. Cf. ROCHER, Guy. Talcott Parsons e a Sociologia Americana. São Paulo, Editora Francisco Alves, s/d.
- PEREIRA, Caio Mário da S. **Instituições de direito civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3.
- PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- ROSA, Cássio Augusto Vione da. **Validade ou invalidade da cláusula de exclusão de cobertura? Um exame dos contratos privados de assistência à saúde**. Dissertação de especialização. Porto Alegre: Faculdade de Direito da UFRGS, 2005.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988.
- RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. Campinas: Bookseller, 1999. v. 3.
- SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e Silva. **A obrigação como processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976
- SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbennkian, 2 v., 1989.
- SWEDBERG, Richard. **Economics and Sociology**. Princeton: Princeton University Press, 1990.
- TIMM, Luciano Benetti. **Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva vs Eficiência Econômica**. In: Revista dos Tribunais: Revista dos Tribunais, 2008.
- TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. **Direito, Mercado e função social**. Revista da Ajuris, Porto Alegre, ano XXXIII, n. 1003, p. 197-209, set. 2006.
- TZIRULNIK, Ernesto; CAVALCANTI, Flávio de Queiroz; PIMENTEL, Ayrton. **O contrato de seguro: de acordo com o novo código civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003.
- WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos**. 2. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1969
- ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. 315 p.