

## *O contrato de seguros e os custos de transação*

*Rafael Henrique Ozelame*<sup>1</sup>

*Marcia Carla Pereira Ribeiro*<sup>2</sup>

**Resumo:** O trabalho analisa o contrato de seguros sob o enfoque do tratamento doutrinário e jurisprudencial que lhe é aplicável, fortemente influenciado pela incidência do Código de Defesa do Consumidor, e as consequências econômicas advindas desse tratamento, especialmente no tocante aos custos de transação e eficiência. Parte da discussão doutrinária entre os princípios e normas jurídicas aplicáveis a esse contrato advindos tanto do Direito do Consumidor quanto do Direito Civil/Empresarial. Busca relacionar a regulamentação jurídica aplicável ao contrato e as implicações econômicas decorrentes dessa aplicação, com foco essencialmente no princípio do mutualismo e sua relação com os custos de transação, os quais são diretamente influenciados pelo entendimento consolidado no Poder Judiciário no que se refere à regulação desses contratos. Pretende-se demonstrar que o atual tratamento doutrinário e jurisprudencial aplicável ao contrato de seguros não está cumprindo o fim pretendido pelos operadores do Direito. O entendimento jurisprudencial que invariavelmente defende os direitos do consumidor no caso concreto aumenta os custos de transação do contrato de seguros como consequência da aplicação de normas consumeristas em prol dos consumidores e, por conseguinte, em violação ao princípio do mutualismo.

**Palavras-chave:** Contrato de Seguros. Princípio do mutualismo. Custos de transação. Doutrina. Jurisprudência.

### *The insurance contract and transaction costs*

**Abstract:** The research analyzes the insurance contract under the focus of treatment doctrine and jurisprudence applicable to it, strongly influenced by the incidence of the Consumer's Law, and therefore the economic consequences resulting from this treatment, especially with regard to transaction costs and efficiency. The overall objective of this scientific research is to portray the current stage of doctrinal and jurisprudential treatment developed in relation to the insurance contract. For this, the research starts showing a scenario about the

---

<sup>1</sup> Mestrando pela PUPR. Advogado. Membro da Comissão de Direito Econômico da Seccional Regional da OAB Paraná e da Associação de Direito e Economia do Estado do Paraná – ADEPAR.

<sup>2</sup> Professora Titular de Direito Societário na PUCPR, Professora Associada de Direito Empresarial UFPR. Estágio de Pós-doutorado pela FGVSP (2005-2006). Pós-doutorado pela Universidade de Lisboa (2011/2012). Pesquisadora Convidada da Université de Montréal - CA (2007). Bolsista de Produtividade da Fundação Araucária. Procuradora do Estado do Paraná. Advogada.

discussion between the doctrinal principles and rules of law applicable to this contract arising from both the Consumer Law as the Civil Law. Seeks to relate the legal regulations applicable to the contract and the economic implications arising from this application, focusing primarily on the principle of mutuality and its relation to the transaction costs, which are directly influenced by understanding the Consolidated Judiciary regarding the regulation of these contracts. After the development of scientific research aimed at demonstrating that the current doctrinal and jurisprudential treatment applicable to the insurance contract is not fulfilling the purpose intended by the operators of Law. The jurisprudential understanding invariably defends consumer rights in this case increases the transaction costs of the insurance contract as a result of the application of standards consumeristas on behalf of consumers and, therefore, in violation of the principle of mutuality.

**Keywords:** Contract of Insurance. Principle of mutuality. Transaction costs. Doctrine. Jurisprudence.

Sumário: 1 – Introdução, 2 – Contrato de Seguro e Direito do Consumidor, 3 - Custos de Transação e Contratos de Seguro, 4 - Análise de Jurisprudência, 5 – Conclusão.

## **1. Introdução**

O ambiente macroeconômico relativo ao contrato de seguros, compreendido por empresas seguradoras e órgãos estatais responsáveis pela sua regulamentação, está em constante mudança como resultado do desenvolvimento social brasileiro que dá suporte ao crescimento desse segmento econômico.

O aumento do poder de compra do brasileiro possibilita o crescimento do consumo desse nicho de mercado culminando na atração de novas empresas e na consolidação daquelas que já exploram esse segmento em nosso país.

A inevitável importância, representatividade e crescimento desse negócio jurídico justifica que as atenções sejam voltadas à influência das decisões de demandas judiciais, fortemente influenciadas pelo Código de Defesa do Consumidor, na dinâmica econômica do contrato de seguros.

O estudo analisa, por meio de ferramentas da Análise Econômica do Direito, as consequências das decisões judiciais que versam sobre a responsabilidade do ente segurador nos casos em que o sinistro objeto do contrato ocorre em situações nas quais o segurado conduz veículo automotor sob efeito de bebida alcoólica, prática vedada pela Lei 12.760/2012.

Para tanto, iniciar-se-á um diálogo entre fontes, notadamente Direito Civil e

Código de Defesa do Consumidor para situar a modalidade contratual, posteriormente traz-se a lume uma base doutrinária reflexiva teórica fundamentada na Análise Econômica do Direito para, então, apontar as consequências econômicas de uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que decide a responsabilidade da empresa seguradora quando o segurado dirige veículo sob efeito de bebida alcoólica.

## 2. Contrato de Seguro e Direito do Consumidor

A grandeza de um contrato reside no fato de poder regular diferentes relações econômicas considerando as partes que o compõe, ou conforme Claudia Lima Marques:

[...] podem estar presentes várias naturezas, vários sujeitos de direito, iguais ou diferentes na comparação entre si, comparação necessariamente casuística e finalística, comparação no caso, o papel econômico representado por cada um naquele contrato em especial, a constatar o seu status (empresários, civis, consumidores) daí derivado. (Marques, Benjamin, & Miragem, 2010, p 45)

O contrato de seguros possui uma extraordinária amplitude quanto ao bem da vida por ele assegurado, de forma a que uma mesma modalidade contratual pode atender, por exemplo, tanto o consumidor final quanto uma empresa que se utiliza do contrato de seguros como método para securitização do risco empresarial.

Cabe destaque dados da Federação Nacional de Seguros que apontou em estudo do mercado de seguros realizados com números do ano de 2010 movimentação de R\$ 179,3 bilhões correspondendo à 5,05% do PIB brasileiro.

Uma demonstração em relação à importância do contrato de seguros pode partir de considerações sobre os contratos com cobertura contra inadimplemento contratual da parte contrária no comércio exterior. Em um ambiente internacional no qual o cumprimento do contrato de forma coercitiva via Poder Judiciário por vezes se torna inviável, o contrato de seguros fornece tanto ao exportador quanto ao importador a tranquilidade de recebimento do capital segurado para efetivamente dar conta de prejuízos advindos dessas relações econômicas em caso de inadimplemento da outra parte contratante.

Por princípio, conforme demonstra Teixeira (2002), a realização de atividade econômica, objetivando acúmulo de capital inerente ao desenvolvimento de atividade capitalista, implica ao empresário a assunção dos riscos desse empreendimento. Nesse contexto destaca-se a relevância do seguro com objetivo de transferir à uma entidade seguradora que, através de acurada técnica, assume a responsabilidade de indenizar o segurado pelos prejuízos decorrentes dos riscos da atividade desenvolvida.

De outra sorte, há contratos de seguros de aparelhos celulares, *tablets* e equipamentos eletrônicos, cada vez mais usuais entre os consumidores de classes sociais C e D fazendo com que as próprias empresas seguradoras pensem em produtos

mais simples para atendimento dessa nascente demanda. (CNSeg, 2010)

Independentemente do bem da vida cuja cobertura se esteja pretendendo e não obstante seus consideráveis aspectos inerentes, o contrato de seguro pode ser entendido, de acordo com Vitalis (2004), como a modalidade contratual na qual há transferência dos efeitos danosos economicamente valorados decorrentes do sinistro ao ente segurador de forma que, caracteristicamente, não se pretende evitar o dano a que o segurado está exposto, mas sim transferir seus reflexos ao ente segurador que, mediante aplicação da mutualidade, preparar-se-á para sua absorção.

O entendimento sintetiza os elementos nodais da definição dessa modalidade contratual, quais sejam, o risco (acaso) aliado ao entendimento à mutualidade, que é a organização da ideia estatística da ocorrência do risco assumido traduzido mediante cálculos atuariais objetivando vislumbrar a probabilidade da ocorrência do sinistro, objeto da cobertura securitária. (Vitalis, 2004)

Não obstante, destaca o referido autor acerca do que se pode apreender do contrato de seguro, sendo:

[...] uma operação pela qual o segurador recebe dos segurados uma prestação, chamada prêmio, para formação de um fundo comum por ele administrado e que tem por objetivo garantir o pagamento de uma soma em dinheiro àqueles que forem afetados por um dos riscos previstos (Vitalis, 2004, p.17)

Também caracterizam o contrato de seguros a bilateralidade, porque gera obrigações à ambas as partes envolvidas, ao segurado a obrigação de pagamento do prêmio e ao seguradora a obrigação de prover a cobertura securitária para os riscos contratados, e a aleatoriedade ante a incerteza que lhe é inerente quanto à ocorrência do dano e conseqüente eventual pagamento do capital segurado. (Vitalis, 2004)

Um aspecto importante da definição do contrato de seguro diz respeito à sua dinâmica, considerando que o ente segurador é de fato o gestor de um fundo formado pelo pagamento dos prêmios pela massa segurada, cujo valor é calculado de acordo com a possibilidade da ocorrência do risco. Assim, quando mais precisa a capacidade do ente segurador em correlacionar risco com o valor do prêmio, melhor será o gerenciamento e conseqüentemente sua performance. (Vitalis, 2004)

O princípio do mutualismo ou mutualidade, propalado como inerente ao contrato de seguro, possibilita uma divisão social dos riscos, que passam a ser suportados por uma coletividade organizada em prol da proteção conjunta contra ocorrência de um sinistro determinado. Proteção esta que se efetiva através da recomposição do patrimônio eventualmente afetado com a concretização do risco (Vitalis, 2004, p.19)

De acordo com o entendimento de Carlini (2012) o contrato de seguros, em que pese firmado individualmente entre segurador e segurado, é contrato que se sustenta em uma mutualidade, ou fundo comum, composto por segurados com riscos semelhantes e

que se comprometem ao pagamento de uma quantia inferior ao valor total do risco, denominada prêmio, com intuito de salvaguarda para eventual ocorrência do risco coberto.

A mutualidade é pedra angular do contrato de seguro ao passo que é através dela que haverá a divisão dos riscos entre uma coletividade determinada com precípuo objetivo de atender aos anseios individuais do segurado quanto à proteção patrimonial do risco objeto do contrato. (Vitalis 2004)

Aliado a noção do mutualismo está a necessária prática técnica estatística que, conforme aduzido por Pedro Alvim:

é através da estatística que se faz o cálculo das probabilidades de ocorrência dos riscos. Ela estabelece a relação entre o número de casos (chances) verificados e o número de chances possíveis. Quando a observação é feita sobre um grande número de casos, a relação acima tende a ser constante, por efeito da predominância das causas regulares sobre as acidentais. Diz-se, então, que a lei dos grandes números domina o azar. (Teixeira, 2002, p.4)

Outro elemento fulcral para designação, caracterização e estudo microeconômico do contrato de seguro é sua relação com o risco, cujas consequências patrimoniais são de fato o objeto dessa modalidade contratual.

No aspecto securitário risco pode ser definido, na visão de Scwanz (2004), como evento futuro e incerto potencialmente lesivo ao patrimônio do segurado e, inclusive, quanto ao risco que anteriormente entendia-se estar dissociado da vontade do segurado, atualmente entende-se que está sim conectado à manifestação de vontade da parte contratante especialmente em se tratando de contrato de seguro de responsabilidade civil.

A inter-relação entre risco e mutualidade, ou seja, a probabilidade de ocorrência do evento coberto e a dispersão de seus reflexos econômicos perante os segurados em mesmas condições dá ao contrato de seguros seus limites de escopo, de modo que qualquer elemento que porventura interfira nessa relação refletirá nas demais relações entre seguradora e segurados.

É nesse sentido que se justifica a inquietação com relação às consequências do tratamento jurisprudencial em relação aos contratos de seguros, notadamente as decisões cujo resultado é a ampliação da cobertura securitária inicialmente contratada.

Por outro lado, o elemento normativo também deve ser considerado em seus aspectos associados ao binômico risco e mutualidade. São as normas jurídicas que embasam as decisões judiciais, e a escolha do fundamento normativo equivocado pode acarretar decisões cujo impacto seja nocivo para o mercado. A disciplina conferida aos contratos a partir da vigência do Código de Defesa do Consumidor é especialmente significativa.

A Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – não regula especificamente o contrato de seguros, mas sim as relações de consumo como um gênero a ser tutelado sob o ordenamento jurídico brasileiro, sendo inclusive esse o

comando contido no artigo 1º da referida lei.

Esse novo corpo legislativo revolucionou o ordenamento jurídico brasileiro porque ao invés de regular situações específicas ou contratos específicos, trouxe ao ordenamento princípios norteadores que visam a proteção do consumidor e a subjacente relação de consumo, independentemente da forma pela qual se contratou. (Khouri, 2012)

A edição do CDC deriva, dentre outros aspectos, da preocupação do legislador com a paz social relacionada às relações de consumo. (Costa, 2007)

O desenvolvimento do capitalismo, após o advento da Revolução Industrial, pressupõe novas formas de contratar, em substituição aos modelos tradicionais de negociações, mediante a aceitação de formas de contrato previamente delimitadas objetivando agilidade e celeridade. Dentre elas, destaca-se o contrato de adesão, o qual surge, conforme demonstra Costa (2007), conjuntamente à noção de consumidor e como reflexo do poder econômico do fornecedor. Nesta modalidade, o consumidor apenas adere às cláusulas contratuais previamente estabelecidas, sem espaço para a negociação, mas em consonância com os propósitos de celeridade no contratar, essencial ao regime capitalista.

[...] o contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (Camargo e Camargo, 2011, p. 716)

Os contratos de adesão normalmente estão sujeitos a duas ordens de condições, aquelas expressas nos contratos individuais e as cláusulas gerais, produzidas de forma unilateral e antecipadamente à celebração do contrato. As cláusulas gerais estão, portanto, contidas no contrato de adesão. As cláusulas gerais são convalidadas a partir da manifestação de vontade do consumidor, que, por conseguinte, aceitará suas condições. Até então, ou seja, até o aceite do consumidor quanto aos termos obrigacionais do contrato, tem-se apenas uma oferta pública dirigida ao público alvo daquele fornecedor específico, expressa nos termos das cláusulas gerais. (Costa, 2007)

O absolutismo da autonomia da vontade das partes, conforme tradição do liberalismo econômico, cede espaço a preocupações com a função social do contrato que, na relação de consumo, ultrapassa a simples observação quanto à realização de troca de riquezas mediante a celebração de contratos e objetiva evitar o desequilíbrio social resultante do acúmulo de riquezas nas mãos de poucos. (Khouri, 2012)

É preciso ter em conta que, ao viabilizar a circulação de riqueza, o contrato não pode aumentar de forma desproporcional a concentração de renda, porque aí o contrato estaria incrementando a desigualdade social, militando assim contra o próprio objetivo do Estado brasileiro, que é a promoção da justiça social. (Khouri, 2012, p. 12)

Não obstante, a utilização da contratação mediante a técnica de adesão representa uma importante evolução econômica tendo em vista possibilitar a redução considerável dos gastos com custos de negociação e diminuição de riscos de contingência. (Porto e Gomes, 2012)

Veja-se que a criação de uma legislação específica para tratamento das relações de consumo pode ser entendida como instrumento de releitura de institutos consagrados de Direito Civil, notadamente os princípios basilares do contrato, bem como a inserção de novos elementos advindos dessa legislação endereçados à proteção dos direitos do consumidor, de forma a coadunar ambas legislações em um sistema legislativo positivo e harmônico. (Costa, 2007)

Um dos pilares do sistema do CDC está no princípio da vulnerabilidade, consagrado no inc. I do artigo 4º da referida lei. Trata-se de pedra angular no sistema de proteção ao consumidor por retirar ou ao menos mitigar o princípio da autonomia da vontade das partes nas relações privadas, em prol do reequilíbrio da relação contratual com fulcro no princípio da função social do contrato aplicado nas relações de consumo.

Sem sombra de dúvidas a constatação da vulnerabilidade do consumidor preparou o terreno para que o Estado pudesse colocar em vigor a legislação mais intervencionista de que se tem notícia em matéria contratual, praticamente arrostando a doutrina clássica que se estabeleceu a respeito dos contratos a partir da mudança de perspectiva legislativa, a começar pela inversão da influência supletiva da lei no particular tal como concebida sob a veste liberal-individualista, incidente apenas naquilo que os contratantes não regulamentassem em atenção a autonomia da vontade. (Costa, 2007, p. 89)

O Estado, pelo CDC, tenta equilibrar as relações de consumo colocando à margem da relação contratual o princípio da autonomia da vontade das partes, em atenção à diretriz da função social que o contrato deve desempenhar.

O contrato deixou de refletir o jogo do mercado conduzido ao sabor da lei da oferta e da procura, a partir do reconhecimento da posição de vulnerabilidade do consumidor; sob o jugo intervencionista essa igualdade formal foi substituída por uma igualdade real centrada no princípio da equidade, de maneira que o valor contrato passasse a refletir o valor justiça comutativa na relação de troca que o contrato encerra, circunstância que passou a balizar o âmbito de livre atuação dos contratantes na ideia de ganho ou perda, impedindo o lucro, a vantagem desarrazoada de um contratante em detrimento do outro, ordinariamente o predisponente em prejuízo do consumidor. (Costa, 2007, p. 96)

Uma das consequências da nova sistemática trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, notadamente quanto à efetividade do princípio da igualdade, foi o combate às cláusulas contratuais tidas como abusivas conforme regulamentação dos artigos 39 e 51 do referido diploma legal.

Esses artigos podem ser entendidos como instrumentos a garantir nas relações de consumo a equidade necessária a remediar a natural desigualdade econômica dessas

trocas, podendo inclusive controlar as cláusulas do contrato que porventura estejam em desacordo com as vontades do consumidor. (Efing, 2007)

A proteção aos consumidores contra práticas abusivas ganha destaque em relação ao contrato de adesão, cuja principal característica é a ausência de ampla liberdade para discussão acerca do conteúdo do contrato e obrigações dele derivadas, de forma que ao consumidor cabe apenas aceitar àquelas cláusulas contratuais. (Efing, 2007)

Destaca-se que a proteção ao consumidor em relação ao contrato de adesão, nos termos do artigo 51 do CDC, é no sentido de declarar a nulidade absoluta da cláusula entendida como abusiva que podem inclusive ser assim declaradas de ofício pelo magistrado, em razão de que essa lei possui *status* de ordem pública.

Da constatação de que a nulidade do art. 51 trata-se de nulidade absoluta, e não de nulidade relativa, decorre a conclusão de que o magistrado está autorizado, em qualquer demanda envolvendo relação de consumo, independentemente de pedido do consumidor, a afastar a cláusula viciada do contrato, impedindo-lhe qualquer produção de efeitos. (Khoury, 2012, p. 109)

Portanto, as cláusulas contratuais devem ser justas, não implicando vantagens exacerbadas aos fornecedores de bens e serviços e, conseqüentemente, lucros exacerbados ou desmedidos, sob pena de intervenção judicial para equilibrar a equação econômica, restabelecendo o sinalagma funcional do contrato. (Costa, 2007)

É importante lembrar que a função elementar trazida à baila mediante promulgação do CDC é justamente a busca de um critério equitativo de distribuição de obrigações contratuais entre as partes tendo em vista que, conforme demonstrado por Sandel (2013), a formulação de um contrato, por si só, não implica um acordo justo.

Muito embora a intervenção mais direta do Estado, por meio de normas que buscam equilibrar situações jurídicas desiguais, esteja justificada no papel ordenador do desenvolvimento social por ele exercido, quer seja quando esta reordenação se processa pela via legislativa ou de aplicação do Direito ao caso concreto, não se pode desconsiderar a potencialidade de efeitos econômicos decorrentes desta intervenção que podem se projetar na sociedade. É o que ocorre, por exemplo, no campo dos contratos de seguro, quando algumas de suas cláusulas consideradas nulas estão diretamente relacionadas ao escopo do contrato e cujo afastamento acaba por comprometer o próprio sistema do contrato de seguros.

O que se pode temer, na observação do caso concreto, é que os reflexos econômicos da utilização do CPC extrapole a finalidade de promoção da equidade contratual e passe a ser vista como mecanismo de efetivação de justiça social.

Nesta hipótese, está-se diante do fenômeno da politização das decisões judiciais, apresentado por Pinheiro e Saddi (2006) como sendo caracterizado pela tentativa dos magistrados de proteger certos grupos sociais, normalmente vistos como parte mais fraca nas disputas a eles levadas, sem considerações mais aprofundadas sobre os impactos extra-parte provocados por tal posicionamento.

É clara esta propensão nos temas levados ao Poder Judiciário relacionados aos contratos de seguro. É bastante comum que ao dirimir conflitos sobre tais contratos, decisões sejam proferidas em flagrante protecionismo ao segurado, utilizando-se para tanto o pálio protetivo do Código de Defesa do Consumidor.

Antes, contudo, de verificar uma dessas decisões, o que se dará pela análise de um aresto proferido pelo STJ, cabem aqui algumas considerações sobre o instrumental da Análise Econômica do Direito, especialmente quando aborda os custos de transação relativos à microeconomia das relações contratuais e como estes são influenciados pelas decisões judiciais.

### **3. Custos de Transação e Contratos de Seguro**

Conforme exposto, a proteção ao consumidor trazida pelo Código de Defesa do Consumidor implica a possibilidade de alteração substancial das relações obrigacionais contidas nos contratos sujeitos a esse corpo legislativo, com o objetivo de oferecer paridade entre as partes.

Não obstante, o que se pretende demonstrar são as potenciais consequências econômicas das intervenções que não são vislumbradas pelo CDC e, para tanto, utilizar-se-á de estudos retirados da doutrina da Análise Econômica do Direito.

Mercato Pacheco, (in Ribeiro e Galeski Junior, 2009) entende que a Análise Econômica do Direito é uma reformulação econômica do Direito que coloca no centro do problema o estudo da sua eficiência, o custo dos seus instrumentos e as consequências econômicas de suas intervenções.

Não obstante, a relação entre Direito e Economia, conforme demonstrado por Pinheiro e Saddi (2006, p. 14), “[...] afeta de forma dramática a economia em face do desenho da política econômica, da determinação dos direitos de propriedade, do direito dos contratos e de sua aplicação pelo Poder Judiciário”.

Evoluem os autores no sentido de que as consequências das decisões judiciais são percebidas pelos mercados que, invariavelmente, entendem o Direito e suas decisões como indutores de conduta, de forma a criarem um sistema de incentivos que, na lógica econômica, buscará sempre a eficiência das trocas econômicas. (Pinheiro e Saddi, 2006)

Um dos aspectos estudados na Análise Econômica do Direito e objeto do presente trabalho é o custo de transação, o qual é entendido como sendo o custo de busca, arranjo, acordo e execução de determinado contrato. (Ribeiro e Galeski Junior, 2009)

Williamson (1945) dedica o primeiro capítulo de seu livro *The Economic Institution of Capitalism* à construção e explicação dos elementos que constituem os custos de transação bem como relaciona sua importância perante a Economia. Nesse sentido, Williamson parte do pressuposto que qualquer elemento investigativo que possa ser analisado sob a perspectiva contratual pode ser analisado sob o viés dos custos de transação.

Comparativamente, o referido autor destaca que a abordagem dos custos de transação possui um caráter micro analítico, com alto grau de autoconhecimento acerca de seus pressupostos comportamentais, destaca a importância das especificações de ativos, traz a lume uma análise comparativa das instituições ao considerar empresas como estruturas de governança e não simplesmente sua função produtiva, o que permite maior ênfase às relações contratuais essenciais à prática econômica.

Para Williamson (1945) há um custo que sempre incidirá no sistema econômico para que seja possível a realização de trocas comerciais. Este custo aparece tanto na fase pré-contratual, como na contratual e na pós-contratual.

Na fase pré-contratual, os custos dizem respeito a elaboração e negociação dos acordos. Nesse sentido, as partes tentam prever inúmeras situações em que o contrato possa sofrer algum problema, por vezes de forma eficiente e por vezes não, deixando uma quantidade considerável de elementos sem qualquer regulamentação, tendo em vista a impossibilidade decorrente do alto custo para essa tarefa (busca do contrato perfeito) ou da racionalidade limitada dos agentes.

Os custos posteriores à contratação são identificáveis quando a transação foge ao escopo inicialmente pensado e conseqüentemente há esforço das partes para retomar a questão nos limites do contrato, são os custos inerentes a estruturas de solução de conflitos e os custos de contratos de seguro e garantias de inadimplemento.

Um importante aspecto relativo a fase pós contratual é o paralelo existente entre a jurisdição privada, ou auto-solução das controvérsias, e a jurisdição governamental, demonstrando que socorrer àquela em detrimento dessa é preferível tendo em vista que naquele caso a solução se dará mais satisfatoriamente tendo em vista que as partes possuem maior conhecimento do contrato e possibilitarão, em princípio, uma solução que atenda de forma mais concreta aos anseios dos envolvidos do que àquela advinda de jurisdição governamental, que se limitará a aplicar regras gerais com conhecimento limitado da questão posta a lume. (Williamson, 1945).

Nesse sentido, a teoria do custo de transação defende que os custos da contratação em qualquer modalidade contratual deve ser acordados entre as partes, e não imposto a elas. (Williamson, 1945)

O ponto nodal é justamente àquele no qual a execução do contrato foge ao previamente previsto, ou seja, nasce da relação contratual o conflito de interesses que demandará uma solução, a qual pode ser, ao estilo de Coase, pela barganha ou oriunda do Poder Judiciário. Coase (1960), demonstra em *The Problem os Social Cost* que as decisões judiciais por vezes desconsideram atributos econômicos para fundamentá-las e conseqüentemente impingem às partes soluções que invariavelmente são tão onerosas quanto o problema em si.

Nesse sentido e comparando casos reais cujas decisões judiciais foram tomadas desconsiderando-se custos de transação, o autor conclui brilhantemente que o resultado econômico de um sistema que responsabiliza o causador do dano é o mesmo em um caso que o causador do danos não seja responsabilizado.

Para Coase,

The reasoning employed by the courts in determining legal rights will often seem strange to an economist because many of the factors on which the decision turns are, to an economist, irrelevant. Because of this, situations which are, from an economic point of view, identical will be treated quite differently by the court.<sup>3</sup> (Coase, 1960, p. 9)

Não obstante, segue o autor defendendo que, ao passo que se considera os custos de transação para modificação de direitos, somente será levado a cabo tal decisão quando suas benesses forem maiores que os custos para sua implementação.

Once the costs of carrying out market transactions are taken into account it is clear that such a rearrangement of rights will only be undertaken when the increase in the value of production consequent upon the rearrangement is greater than the costs which would be involved in bringing it about.<sup>4</sup> (Coase, 1960, p. 10)

Importante destacar que os mercados possuem seus custos inerentes, conforme indicado por Williamson (1945), de forma que as decisões das cortes que são tomadas como se trabalhassem em um mundo sem custos de transação acabam por influenciar diretamente na economia, provocando a necessidade de adequação do mercado ao posicionamento consolidado pelos Tribunais.

Lembre-se, ao analisar-se decisões judiciais e seus impactos econômicos, que é justamente o ambiente legal e político que se afigura como arcabouço para o desenvolvimento econômico, uma vez que irá balizar a decisão de investimento e de realização de negócios da parte dos agentes econômicos.

O ambiente em que se realizam as interações sociais é moldado pelas suas instituições, qual seja pelas normas escritas e não escritas, de estímulo e de desestímulo, à prática de determinada conduta. Nesse sentido North destaca a importância do estudo das instituições para entendimento do desenvolvimento econômico ao aduzir que “*Institutions form the incentive structure of a society, and the political and economic institutions, in consequence, are the underlying determinantes of economic performance*”<sup>5</sup>. (1994, p. 360)

O autor aduz que instituições são estruturas humanamente desenvolvidas aptas a balizar o comportamento do homem em sociedade que, juntamente com a tecnologia, determinam o custo de transação e transformação.

---

<sup>3</sup> O raciocínio empregado pelos tribunais na determinação de direitos legais, frequentemente parecerá estranho para um economista porque muitos dos fatores que são considerados para justificar a decisão ocorrem serem para um economista irrelevante. Devido a isso, situações que são idênticas sob ponto de vista econômico poderão ter tratamento diferente pelo tribunal.

<sup>4</sup> Uma vez que os custos de transações de mercado são considerados, é claro que tal rearranjo dos direitos só será realizado quando o aumento no valor da produção em consequência da reorganização é maior do que os custos que estariam envolvidos na sua realização.

<sup>5</sup> Instituições formam a estrutura de incentivos de uma sociedade e as instituições políticas e econômicas, em consequência, são os determinantes subjacentes do desempenho econômico.

Por conseguinte, há custos de transação em um sistema de mercado, os quais são inerentes à especificação das mercadorias e serviços objeto de troca, aos contratos e aqueles derivados das atividades para cumprimento dos acordos.

Nesse sentido ganha importância a relação do Poder Judiciário com o mercado, e no caso analisado neste artigo, no mercado securitário. O custo para das transações econômicas originadas em um sistema de mercado são diretamente influenciados pelas decisões judiciais provenientes das disputas contratuais decorrentes desse mesmo mercado.

Todavia, em que pese a necessidade das decisões judiciais estarem voltadas e de acordo com o arcabouço legal no qual estão inseridas, invariavelmente encontrar-se-á julgadores que, inobstante essa necessidade, apenas aplicam as regras porque elas existem e, de outra sorte, encontrar-se-á àqueles que não irão aplicar determinada regra porque convencidos que não correspondem à função da lei. (Dworkin, 1965)

Essas decisões judiciais, por sua vez, devem estar de acordo com os parâmetros da sociedade na qual está inserido o sistema legal, os quais são entendidos de acordo com a função do sistema legal em tela, ou como afirma Wasserstrom (1965 apud Dworkin, 1965, p. 642) “[...] *a desirable legal system is one that succeeds in giving maximum effect to the needs, desires, interests, and aspirations of the members of the society of which it is a part*”<sup>6</sup>.

Partindo do pressuposto que uma decisão judicial deve atender às necessidades e ao interesse da coletividade adjacente ao referido sistema e considerando o exemplo do ordenamento jurídico brasileiro, no caso da ingestão de bebidas alcoólicas e direção, tem-se que a Lei 12.760 de 2012, usualmente conhecida como Lei Seca. Essa lei promoveu significativa alteração no artigo 276 da Lei 9503/1997, Código de Trânsito Brasileiro, para determinar que “qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165”.

O artigo 165 da Lei 9503/1997 regula as consequências da condução de veículo automotor sob influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Com a modificação legislativa trazida pela Lei 12.760/2012, está claro que o sistema jurídico brasileiro não tolera a condução de veículo automotor sob influência de qualquer substância psicoativa, independentemente da quantidade ingerida pelo condutor.

Pesquisa realizada pelo Ministério da Saúde (2013) demonstrou que 21% dos acidentes de trânsito estão relacionados com a ingestão de bebida alcoólica. Inegável, portanto, a importância social de uma legislação de combate à condução de veículo automotor sob efeito de bebida alcoólica.

Todavia, em que pese a opção do sistema legislativo brasileiro, as decisões judiciais acerca da responsabilidade do ente segurador, para pagamento dos danos causados por acidente de trânsito no qual o segurado está sob efeito de bebida alcoólica,

---

<sup>6</sup> [...] um sistema jurídico desejável é aquele que consegue dar efeito máximo às necessidades, desejos, interesses e aspirações dos membros da sociedade da qual ele faz parte.

não refletem a intolerância legislativa, mediante utilização de um argumento de política social. As demandas tem sido julgadas procedentes em favor do segurado utilizando-se o julgador de elementos protetivos do Código de Defesa do Consumidor.

Antes de se partir para a análise do julgado selecionado, cabe, após terem sido apresentados os fundamentos de Análise Econômica do contrato, também uma breve consideração sobre a Análise Econômica da Responsabilidade Civil, como proposto por Acciarri. (2009)

O referido autor esclarece inicialmente que:

Un sistema de responsabilidad que tienda a la eficiencia, en consecuencia, debería alinear los incentivos para que el accionar de los individuos, guiado exclusivamente por su propio interés conduzca, a su vez, a la mejor situación social posible. El costo social será la suma de los costos privados, entendidos estos como los que sufra cualquiera de los miembros de la sociedad.<sup>7</sup> (Acciarri, 2009,p. 29)

O autor distingue os dois principais agentes desse sistema, o causador do dano e a vítima, assim como os níveis de custo que existem, de natureza patrimonial, os custos de prevenção e os custos de administração do sistema.

Assim, suponha-se que com um aumento no nível da prevenção, e correlato aumento do custo de prevenção, se reduza a probabilidade da ocorrência dos danos, de tal forma que i) se o potencial causador do dano não adotar qualquer medida de prevenção a vítima sofre um dano de 9, ii) se o potencial causador do dano utilizar medidas de prevenção a um custo de 5 gerará um dano de 2, e iii) se colocasse em prática outro conjunto de medida com um custo de 10, o custo do dano na vítima seja de 1. (Acciarri, 2009).

Considerando tais possíveis desdobramentos de uma política de prevenção de danos e partindo-se do pressuposto que a finalidade do sistema é fornecer o menor impacto social, tem-se que seria socialmente desejável que seja empregado o sistema identificável no item ii, o qual possui custo social total de 7.

Por conseguinte, o autor analisa esses três cenários, aplicando-os em sistemas jurídicos com ausência de responsabilidade, responsabilidade objetiva e subjetiva relativa aos danos geradores de responsabilidade civil.

No que tange a ausência de responsabilidade, afirma Acciarri (2009, p. 35) “*Si el dañador no debiera afrontar ningún tipo de responsabilidad por sus acciones, y sus motivaciones son como antes las expuse, entonces el nivel de precaución sería de 0, lo*

---

<sup>7</sup> Um sistema de responsabilidade que vise a eficiência deve consequentemente alinhar incentivos para que as ações dos indivíduos que apesar de guiados apenas por ligações de interesse próprio conduza, por sua vez, para a melhor situação possível social. O custo social é a soma dos custos privados, entendido como o sofrimento de qualquer membro da sociedade.

*que elevaría el costo social a 9, lo cual es, evidentemente, lejano al óptimo.*”<sup>8</sup>

Por outro lado, quando analisa os sistemas de responsabilidade objetiva e subjetiva, a conclusão é diferente. No sistema de responsabilidade objetiva, no qual é importante que o causador do dano responda pelos danos causados independentemente de averiguação de culpa, haverá interesse que o valor total a ser pago nessa modalidade seja o menor possível, compreendido o valor gasto para prevenção e de indenização, de forma que o valor global desejável é o apresentado anteriormente no item “ii”, cuja soma é de 9.

Por sua vez, em um sistema de responsabilidade subjetiva, no qual o causador do dano responda desde que haja nexos causal de sua conduta com o resultado, há interesse nas ações que tiram a culpabilidade do indivíduo e os custos para sua implementação. Ações que vão desde a utilização de cinto de segurança e *airbags* até simplesmente olhar no espelho retrovisor. (Acciarri, 2009)

Considerando a relação entre custo de prevenção e resultado efetivo, para o potencial causador do dano pode não ser interessante gastar mais dinheiro em medidas preventivas, cuja eficiência é questionável, como, por exemplo, a substituição do sistema de freios por outro mais caro, quando o enfoque principal esteja na expertise do motorista para evitar-se o acidente. Por outro lado, não é desejável que adote medidas abaixo do ideal entendido pela sociedade, sob pena de sujeitar-se às penalidades decorrentes da responsabilidade subjetiva, de forma que também neste sistema a decisão mais eficaz é a utilização do cenário “ii” anteriormente apresentado. (Acciarri, 2009)

Eis, a título meramente exemplificativo, outras formas de análise do Direito aplicável ao contrato de direito, com base na ferramenta da Análise Econômica.

Após a exposição da relação e influência existente entre custos de transação, instituições e sistema de responsabilidade, parte-se para a análise de um julgado do Superior Tribunal de Justiça que envolve política social de responsabilidade do ente segurador e os danos causados por segurado na direção de veículo automotor.

#### **4. Análise de Julgado**

De forma a exemplificar o tratamento jurisprudencial em relação à responsabilidade do ente segurador nos casos de responsabilidade patrimonial decorrente de acidente de trânsito, com segurado sob efeito de bebida alcoólica, traz-se a decisão proferida no Recurso Especial nº 1.219.406, da lavra do Ministro Relator Luis Felipe Salomão.

Referido aresto foi assim ementado:

RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE SEGURO

---

<sup>8</sup> Se o causador do dano não deve enfrentar qualquer tipo de responsabilidade por suas ações, e suas motivações são como antes exposto, então o nível de precaução seria 0, o que elevaria o custo social a 9, que é, obviamente, muito para ótimo.

DE VIDA. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. EMBRIAGUEZ. CLÁUSULA LIMITATIVA DE COBERTURA DA QUAL NÃO FOI DADO O PERFEITO CONHECIMENTO AO SEGURADO. ABUSIVIDADE. INFRINGÊNCIA AO ARTIGO 54, § 4º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Por se tratar de relação de consumo, a eventual limitação de direito do segurado deve constar, de forma clara e com destaque, nos moldes do art. 54, § 4º do CODECON e, obviamente, ser entregue ao consumidor no ato da contratação, não sendo admitida a entrega posterior. 2. No caso concreto, surge incontroverso que o documento que integra o contrato de seguro de vida não foi apresentado por ocasião da contratação, além do que a cláusula restritiva constou tão somente do "manual do segurado", enviado após a assinatura da proposta. Portanto, configurada a violação ao artigo 54, § 4º do CDC. 3. Nos termos do artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor: "Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance". 4. Deve ser afastada a multa aplicada com apoio no artigo 538, parágrafo único do CPC, pois não são protelatórios os embargos de declaração opostos com fins de prequestionamento. 5. Recurso especial provido.

Nas razões de voto, verifica-se o posicionamento daquela Corte no sentido de que:

Argumentam que, na verdade, a questão principal gira em torno da obrigação desta de prestar perfeito conhecimento ao segurado no momento da proposta, e não apenas após a celebração da avença, sob pena de violação ao princípio da boa fé objetiva e, acrescente-se ainda, à função social do contrato. 3.1. Na hipótese vertente, é incontroverso nos autos que, apenas após a celebração do contrato, é que a recorrida enviou o "manual do segurado" no qual constava, redigida de forma unilateral, a norma restritiva, da qual não havia sido dado prévio conhecimento ao segurado. Referida norma restritiva, citada no acórdão impugnado, consta da cláusula 5, denominada "riscos excluídos", e está assim redigida:

"Estão expressamente excluídos da Cobertura deste seguro para os segurados: 5.1. Os eventos ocorridos em consequência:

[...]

direta ou indiretamente de quaisquer alterações decorrentes do uso de álcool, drogas ou substâncias tóxicas.

[...]

Ora, para o cumprimento do artigo 54, § 4º do CDC, a cláusula restritiva de direitos deveria ter sido informada ao segurado de forma clara e precisa, tanto no momento da proposta, quando da entrega do "Manual".

Não foi o que ocorreu no caso concreto, uma vez que é incontroverso que parte do documento que integra o contrato de seguro não foi apresentado por ocasião da contratação, além do que a cláusula restritiva constou tão somente do "manual do segurado", enviado após a assinatura da proposta. Portanto, configurada a violação ao artigo 54, § 4º do CDC.

O ponto controvertido do referido acórdão diz respeito ao cumprimento, pela seguradora, do dever de informação ao consumidor acerca da cláusula limitativa de risco que prevê como evento não indenizável, ou comumente chamado de "risco excluído", a ocorrência de sinistro em decorrência de influência de bebida alcoólica.

Ocorre que a vedação à condução de veículo automotor sob influência de álcool é amplamente difundida junto à população, tendo essa conduta inclusive sido vedada expressamente por preceito legal antecedente à contratação.

É senso comum a ilegalidade da direção de veículo automotor sob efeito de bebida alcoólica, todavia, nos termos da fundamentação do aresto acima colacionado, essa vedação somente gera efeitos desde que o ente segurador cumpra o dever de informação em relação ao seu segurado acerca da existência de cláusula limitativa de risco nesse sentido, ao passo que a presunção de conhecimento da norma de parte do cidadão independe de que esta mesma norma seja repetida no instrumento contratual, e a eficiência de sua aplicação também não decorre do contrato..

Há, pois, uma dissociação entre o sentido da norma de trânsito e o posicionamento expresso no julgado analisado.

## **5. Conclusão**

A dinâmica do contrato de seguros delinea-se sobre o princípio da solidariedade na distribuição de riscos entre a massa segurada, e assenta-se na previsão de que há situações não indenizáveis.

As condutas que são contra a ordem legislativa pátria são excluídas da cobertura securitária dos danos, como é o caso daqueles advindos de acidente de trânsito no qual o segurado conduz veículo sob efeito de álcool.

As decisões judiciais que não acompanham a intensão legal de prevenção da prática vedada em lei, ao mesmo tempo em que alteram sobremaneira o custo de transação do contrato de seguro, já que os custos desta reparabilidade serão partilhados entre todos os integrantes da mesma massa de segurados (fazendo com que os que andam dentro da Lei respondam indiretamente pelos atos daqueles que agem de forma diversa), funcionam na contramão do sistema legal que visa desestimular a condução de veículos de parte daqueles que fazem uso de bebidas alcoólicas.

Ao determinar que a empresa seguradora responda pelos danos causados, a partir de uma cobertura securitária cujo prêmio não foi anteriormente cobrado, é influenciada diretamente a dinâmica do contrato de seguros, com o consequente aumento de seu custo, o qual será invariavelmente replicado a toda coletividade que esteja em situação semelhante.

Aplicar o sistema de defesa do consumidor em determinadas situações concretas pode parecer benéfico em consonância com a dogmática jurídica, porém, os efeitos da aplicação desmedida das normas consumeristas pode surtir efeitos contrários ao pretendido ao gerar aumento de custo e dificuldades de acessibilidade ao negócio a uma massa de pessoas sujeitas indiretamente aos efeitos decorrentes da decisão proferida no caso concreto.

É incontestável que o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça invariavelmente repercute e norteia as decisões dos tribunais estaduais, causando o chamado efeito cascata, cujos reflexos econômicos precisam ser ponderados.

As decisões judiciais que desconsideram a finalidade da lei e seus efeitos econômicos impossibilitam a harmonia do sistema e acarretam efeitos não desejáveis que, no caso ora exposto, implica a pulverização do custo econômico social pelo pagamento daquela cobertura inicialmente não prevista para toda a massa segurada, relativizando a própria eficácia dos termos da Lei 12.760/2012, ao transferir à seguradora os resultados materiais dos acidentes causados por condução de veículo automotor sob efeito de álcool, desestimulando os segurados a agirem conforme pretende a lei, numa situação privilegiada e próxima de um sistema de ausência de responsabilidade civil.

### **Bibliografia**

- Acciarri, Hugo A. *Elementos de análisis económico del derecho de daños*. Berkeley: ALACDE & Geoge Mason University, Law & Economics Center, 2009.
- Camargo, Carolina Maria Jorge, e Luan José Jorge Camargo. “Contrato de Adesão.” *Revista dos Tribunais*, 2011: 714-726.
- Carlini, Angélica. “Função social dos contratos de seguro e sustentabilidade.” *Cadernos de seguro*, Março/Abril de 2012: 16-24.
- CNSeg. Mercado segurador brasileiro: informe anual balanço social, 2010. Brasília. Disponível em: <[www.fenaseg.org.br/cnseg/memoria/informea-anual-balanco-social/](http://www.fenaseg.org.br/cnseg/memoria/informea-anual-balanco-social/)> Acesso em 4.8.2013.
- Coase, Ronald. “The Problem of Social Cost.” *The Journal of Law and Economics*, 1960.
- Costa, Francisco Ricardo Sales. *Direito contratual frente ao Código de defesa do consumidor e Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- Dworkin, Ronald M. “Does Law Have a Function? A comment on the Two-Level theory of Decision.” *Yale Law Journal* , 1965.
- Efing, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2007.
- Khoury, Paulo Roberto Roque Antonio. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. São Paulo: Atlas, 2012.
- Marques, Claudia Lima, Antônio Herman V. Benjamin, e Bruno Miragem. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MINISTÉRIO DA SAÚDE, Álcool está ligado a 21% dos acidentes no trânsito do país. Brasília, 20/02/2013. Disponível em:<<http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2013/02/20/alcool-esta-ligado-a-21-dos-acidentes-no-transito-do-pais>>, Acesso em 20/8/2013.
- North, Douglass C. “Economic Performance Through Time.” *The American Economic*

*Review*, July de 1994: 359-368.

Pinheiro, Armando Castelar, e Jairo Saggi. *Direito, economia e mercados*. Campos: Elsevier, 2006.

Porto, Antonio José Maristrello, e Lucas Thevenard Gomes. “Economia comportamental e contratos de adesão.” *Revista de Direito Empresarial*, 2012: 51-73.

Ribeiro, Marcia Carla Pereira, e Irineu Galeski Junior. *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Elsevier, 2009.

Sandel, Michael J. *Justiça - o que é fazer a coisa certa*. 10ª. Tradução: Heloisa Batista e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

Scwanz, Deisy Ellen. “Noções sobre o risco e sua agravação.” Em *Contrato de seguro, danos, risco e meio ambiente*, por Antonio Carlos Teixeira, 376. Rio de Janeiro: Funenseg, 2004.

Teixeira, Raul. *Seguro, previdência privada e capitalização: uma visão institucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Vitalis, Aline. “O contrato de seguros no novo código civil brasileiro.” Em *Contrato de seguro, danos, risco e meio ambiente*, por Antonio Carlos Teixeira, 376. Rio de Janeiro: Funenseg, 2004.

Williamson, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York: Free Press, 1985.