



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Marina Fontes de Resende

**NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DO ENUNCIADO 609 DA SÚMULA DO STJ
NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE**

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001

BRASÍLIA

2019



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Programa de Mestrado em Direito

Marina Fontes de Resende

**NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DO ENUNCIADO 609 DA SÚMULA DO STJ
NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Mestrado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Área: Direito e Políticas Públicas^[1]_[SEP]

Linha de Pesquisa: Relações Privadas, Políticas Públicas e Desenvolvimento^[1]_[SEP]

Orientador: Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001

BRASÍLIA

2019

RESENDE, Marina Fontes

Necessidade de Modulação do Enunciado n. 609 da Súmula Do STJ nos Contratos de Plano de Saúde. 130 f.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília. Programa de Mestrado em Direito. Orientador: Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz. 1. Política de *Stare Decisis*. 2. Enunciado 609 da Súmula do STJ. 3. Análise da Técnica de Indicação dos Precedentes.

I Título: CDU

FOLHA DE APROVAÇÃO

MARINA FONTES DE RESENDE

**NECESSIDADE DE MODULAÇÃO DO ENUNCIADO 609 DA SÚMULA DO STJ
NOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE**

Dissertação apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Mestre em Direito no
Programa de Mestrado do Centro Universitário de
Brasília – UniCEUB.

Brasília, DF, 28 de fevereiro de 2019

Prof. Dr. Daniel Amin Ferraz
Orientador

Prof. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz
Examinador externo

Prof. Dr. Hector Valverde Santanna
Examinador

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço à minha mãe Renata, que além de ter me incentivado a seguir a vida acadêmica, sempre foi minha inspiração profissional e pessoal. Agradeço ao meu pai Rogério e meus irmãos Rogério e Paulinho, com quem discuti e rediscuti o tema dessa dissertação em longos almoços de aprendizado e amor. Agradeço às minhas princesas Lulu e Bruninha e à minha amada madrastra Tia Ana pelos mimos, cuidados e carinhos.

Agradeço ao meu professor, orientador e colega, Daniel Amin, pelo convite de participar do grupo de estudos de Direito Empresarial – DEMP, que foi o primeiro passo para me interessar a cursar mestrado nessa área. Agradeço pelos debates, pela orientação e pelas risadas. Agradeço ao professor Hector Valverde, cuja paciência e amizade engrandeceram essa experiência e trabalho. Agradeço também ao meu sócio e amigo Hugo e aos colegas da Advocacia Fontes, com quem tive o grande prazer de compartilhar o cotidiano e aprender mais a cada dia.

Agradeço ao meu grande companheiro, incentivador, amigo e amor Odilon pelos lanches preparados para as noites de estudos, pelas longas discussões acerca do tema dessa dissertação, pelo colo nos dias de aflição e pela alegria que acrescenta à minha vida a cada dia que passa ao meu lado. Agradeço também à família Burtet, com quem dividi os últimos dias antes da entrega desse trabalho em uma agradável temporada em Garopaba.

Aos meus amigos e colegas de mestrado, aos ilustres professores com quem tive a oportunidade de crescer e aprender. Aos amigos e familiares que estão sempre presentes, alegrando a minha vida, muito obrigada.

Por fim, à CAPES, pelo financiamento dessa pesquisa.

RESUMO

A problemática que deu origem ao trabalho foi a identificação de que o enunciado sumular 609 do STJ utilizava como único fundamento para manutenção da tese jurídica a indicação da própria jurisprudência, sem fundamentar devidamente a sua aplicação para contratos de seguro de diferentes naturezas. Esse trabalho busca analisar a necessidade de modulação do enunciado em relação à aplicação da tese jurídica aos contratos de plano de saúde. Seu objetivo é pesquisar se os precedentes que deram origem ao enunciado sumular e à tese jurídica respeitaram os métodos de vinculação de precedentes oriundos da política de *stare decisis*. A metodologia utilizada foi o estudo da doutrina acerca da política de *stare decisis*, seguida da análise dos precedentes que deram origem ao enunciado, bem como os precedentes originários, criadores da tese jurídica. Concluiu-se pela necessidade de modulação do enunciado sumular para que seja considerado como relevante a natureza do contrato – se de vida ou de plano de saúde – de modo a afastar sua aplicação aos contratos de plano de saúde, ante a ausência de reiteradas decisões acerca do tema, considerando o arcabouço normativo – Lei n. 9.656/98 e Resoluções Normativas da ANS – que prevê expressamente como lícita a conduta da operadora que nega cobertura de doença preexistente, mesmo sem a necessidade da exigência de exames prévios ou da demonstração da má-fé do segurado.

Palavras-chave: Política *Stare decisis*. Súmula. Modulação. Doença preexistente. Plano de Saúde.

ABSTRACT

The problem from which this work originated was the identification that the summation statement 609 of STJ used, as the only basis for maintaining the legal thesis, the indication of the case-law itself, without duly substantiating its application for insurance contracts of different types. This work seeks to analyze the need for modulation of the statement in relation to the application of the legal thesis to health insurance contracts. It aims to investigate whether the precedents that gave origin to the sumular statement and the legal thesis respected the methods of linking precedents from the politics of stare decisis. The methodology was based on the study of the doctrine on stare decisis policy, followed by an analysis of the precedents that gave rise to the statement, as well as the original precedents, creators of the legal thesis. It was concluded that the modulation of the sumular statement is needed so that it can be considered relevant for the nature of the contract - life or health insurance - in order to remove its application to health insurance contracts, in face of the absence of repeated decisions on the subject, considering the normative framework - Law n. 9.656/98 and ANS Regulatory Resolutions - which expressly consider as licit the conduct of the operator which denies coverage of preexisting disease, even without the need for the requirement of previous examinations or proof of bad faith of the insured.

Keywords: Politics *Stare decisis*. Summary. Modulation. Preexisting disease. Health Insurance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 POLÍTICA DE STARE DECISIS	12
1.1 Aproximação da matéria	12
1.2 Critérios e conceitos que orientam a operacionalização dos precedentes	16
1.2.1 Ratio decidendi e obter dicta	16
1.2.2 Métodos de identificação do ratio decidendi	18
1.2.3 Associação e distinção do precedente	21
1.2.4 Superação do precedente	24
1.2.5 Diferenciação das decisões vinculantes.....	26
1.2.5.1 Incidente de resolução de demandas repetitivas.....	26
1.2.5.2 Precedente.....	28
1.2.5.3 Súmula.....	30
1.2.6 Modelos colegiados de decisão	33
1.2.7 Eficácia transcendente da fundamentação	35
2 ENUNCIADO 609 DA SÚMULA DO STJ	37
2.1 Características do enunciado.....	37
2.2 Análise das decisões que deram origem ao enunciado 609 da Súmula do STJ.....	38
2.2.1 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 177.250 MT	39
2.2.2 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 330.295 RS	40
2.2.3 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 353.692 DF	42
2.2.4 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 429.292 GO	44
2.2.5 Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.299.589 SP.....	46
2.2.6 Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.359.184 SP.....	48
2.2.7 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 767.967 RS	50
2.2.8 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 826.988 MT	52
2.2.9 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 868.485 RS	54
2.2.10 Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.280.544 PR	56
2.2.11 Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n. 237.692 SC.....	58
2.2.12 Recurso Especial n. 1.230.233 MG	60
2.3 Análise dos precedentes que aplicaram o entendimento da tese jurídica do enunciado 609 da Súmula do STJ para contratos de plano de saúde	61
2.3.1 Recurso Especial n. 86.095 de São Paulo.....	62

2.3.2 Recurso Especial n. 198.015 de Goiás	64
2.3.3 Recurso Especial n. 89.412 de São Paulo.....	66
3 ANÁLISE DA TÉCNICA DE INDICAÇÃO DOS PRECEDENTES	69
3.1 Arcabouço normativo referente à doença preexistente nos contratos de plano de saúde	69
3.1.1 Princípio da boa-fé nos contratos de seguro.....	70
3.1.2 Definição de doença preexistente pela legislação vigente.....	75
3.1.3 Exclusão de cobertura, suspensão ou rescisão do contrato em caso de doença preexistente	77
3.2 O princípio da legalidade e o ativismo judicial.....	83
3.2.1 Legalidade como forma de garantia de previsibilidade.....	88
3.2.2 Legalidade como forma de limitação de poder	89
3.3 Necessidade de modulação do enunciado 609 da Súmula do STJ.....	96
3.3.1 Aplicação da técnica de criação de precedentes na edição do enunciado 609 da Súmula do STJ no precedente originário que trata de contrato de plano de saúde. Recurso Especial n. 1.230.233 MG.....	97
3.3.2 Aplicação da técnica de criação de precedentes nos julgados originários da tese jurídica	102
3.3.2.1 Recurso Especial n. 86.095 SP vs. tese jurídica do enunciado sumular n. 609.....	103
3.3.2.2 Recurso Especial n. 198.015 de Goiás vs. tese jurídica do enunciado sumular n. 609	105
3.3.2.3 Recurso Especial n. 89.412 de São Paulo vs. tese jurídica do enunciado sumular n. 609	106
3.3.3 Razões pelas quais o enunciado não deveria abarcar os contratos de plano de saúde ..	108
3.3.3.1 Precedentes originários desatualizados quanto ao marco regulatório	108
3.3.3.2 Seguro de vida vs. Plano de saúde.....	110
3.3.4 Sugestão de modulação do enunciado 609 da Súmula do STJ.....	111
CONCLUSÃO.....	114
REFERÊNCIAS	116
ANEXO I.....	116

INTRODUÇÃO

O sistema de vinculação de precedentes no Direito brasileiro, reforçado fortemente pelo Código de Processo Civil de 2015, demonstra uma tendência de valorização das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal¹. O novo Código foi instituído por um sistema amplo de precedentes vinculantes, no qual, a decisão proferida pelo Tribunal, em determinado caso concreto, passa a ser obrigatoriamente aplicável pelos órgãos judiciais inferiores para a solução de casos semelhantes. Essa política judicial é chamada de *stare decisis*² e envolve métodos, conceitos e características que não são comumente utilizados pelos juristas brasileiros.

Deve-se, para operar os precedentes, indagar quais são os conteúdos de uma decisão judicial que determinarão a solução de novos casos, em que medida e como se devem tratar casos similares aos julgados, mas com particularidades que necessitam o enfrentamento de questão jurídica específica.

As súmulas das Cortes brasileiras, com o advento do novo Código de Processo Civil, foram reconhecidas como guias para a interpretação do direito para o sistema de administração da Justiça Civil como um todo e para a sociedade civil em geral³. Previu-se o dever de identificação e de congruência das súmulas com as circunstâncias fáticas dos casos que motivaram suas criações⁴. Tratam-se, portanto, de enunciados que buscam retratar de forma direta e simples os precedentes. Por isso, deve-se fixar às circunstâncias fático-jurídicas que deram azo à formação dos precedentes subjacentes⁵, devendo-se manter congruência com os julgados que lhe serviram de base⁶.

O presente trabalho analisa os precedentes que deram origem ao enunciado sumular n. 609 do STJ e os precedentes que deram origem à tese jurídica nele estabelecido – é ilícita a recusa securitária, sob fundamento de doença preexistente, se a seguradora não tiver exigido exames prévios do segurado antes da contratação ou se deixar de comprovar a má-fé - por meio da utilização dos métodos de identificação da *ratio decidendi*. O arcabouço normativo acerca

¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. In O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudo em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 81.

² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades*. In Direito Jurisprudencial: volume II/ coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

³ Art. 927, II e IV, do CPC.

⁴ Art. 926, §2º, CPC.

⁵ Art. 926, §2º, do CPC.

⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes – O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo. Rio de Janeiro: renovar, 2008, p. 166.

do tema – Lei n. 9.656/1998, Resoluções da Agência Nacional da Saúde Suplementar, Código Civil, Código do Consumidor e Constituição Federal - é estudado, a partir daí, com a finalidade de verificar a sua aplicação pelos precedentes indicados pelos acórdãos originários.

Os objetos da pesquisa são, portanto, os precedentes que deram origem ao enunciado sumular e à tese jurídica nele firmado, com o objetivo de verificar se os métodos de identificação da *ratio decidendi* e da criação do enunciado 609 da Súmula do STJ estão de acordo com a política de *stare decisis*. O problema que se pretende resolver é verificar se há necessidade de modulação do enunciado em relação aos contratos de plano de saúde, especificamente.

A metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Os casos estudados foram escolhidos baseado na seguinte técnica: em relação aos precedentes que deram origem ao enunciado sumular, analisam-se todos os doze precedentes indicados pela Corte como referência jurisprudencial para fixação da tese. Em relação aos precedentes que deram origem à tese jurídica, muito anterior à edição do enunciado sumular, foi colhido o precedente mais recente – julgado em dezembro de 2018 – e feito um mapa todos os julgados indicados como fundamento da tese jurídica, até que se localizassem os julgados originários, ou seja, os primeiros julgados que efetivamente analisaram a questão, sem referência à própria jurisprudência como fundamento. O mapa de indicações está localizado no ANEXO I desse trabalho.

Esse trabalho é relevante para a prática judicial, pois, acaso o Poder Judiciário concorde com as conclusões aqui obtidas, o enunciado sumular 609 não será aplicado aos contratos de natureza de plano de saúde, passando a ser considerada lícita a conduta das operadoras de saúde que recusam tratamento ou rescindem o contrato, sob fundamento de lesão preexistente do segurado.

O primeiro capítulo aborda a política de *stare decisis* no Brasil, demonstrando as técnicas e métodos de identificação do *ratio decidendi* e fazendo a diferenciação das decisões vinculantes no Direito brasileiro.

O segundo capítulo aborda às características do enunciado 609 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e é feita uma análise de cada precedente indicado pela Corte como referência de origem do enunciado. É feita, ao fim, uma análise dos precedentes originários da tese jurídica firmada pelo enunciado sumular, aos quais se aplica o método de identificação da *ratio decidendi* ao final do terceiro capítulo.

O terceiro capítulo trata do arcabouço normativo referente às doenças preexistentes nos contratos de plano de saúde, do princípio da boa-fé nos contratos de seguro, do ativismo judicial

e do princípio da legalidade como forma de garantia de previsibilidade e de limitação de poder. É feita a aplicação das técnicas do primeiro capítulo ao único precedente indicado pela Corte na edição do enunciado sumular que trata de contrato de plano de saúde e não seguro de vida. A mesma aplicação é feita, por fim, aos três precedentes que deram origem à tese jurídica e são apresentadas as razões pelas quais o enunciado deveria ser modulado para não abarcar os contratos de plano de saúde.

Conclui-se que a tese jurídica firmada pelo enunciado 609 da Súmula do STJ é baseada em precedentes que não tem identidade entre as normas que incidem sobre eles, estando desatualizado quanto ao marco regulatório que regulamenta as condições de possibilidade de recusa das operadoras de plano de saúde, sob o fundamento de doença e lesão preexistente.

Propõem-se, por fim, pela modulação parcial do enunciado, por meio de sua transformação, para que a natureza do contrato securitário – plano de saúde ou seguro de vida – seja considerado relevante, de modo a não aplicar aos contratos de plano de saúde, ante a ausência de reiteradas decisões acerca do tema, considerando o arcabouço normativo – Lei n. 9.656/1998 e Resoluções Normativas da ANS – que preveem expressamente como lícita a conduta da operadora que nega cobertura de doença preexistente mesmo sem a necessidade da exigência de exames prévios ou da demonstração da má-fé do segurado.

1 POLÍTICA DE *STARE DECISIS*

As decisões judiciais, no sistema jurídico anglo-saxão, constituem a principal fonte do Direito. A decisão proferida pelo Tribunal, em determinado caso concreto, passa a ser obrigatoriamente aplicável pelos órgãos judiciais inferiores para a solução de casos semelhantes. Essa política judicial é chamada de *stare decisis*⁷.

A adoção dessa política, no *common law*⁸, exigiu o desenvolvimento de uma série de critérios e conceitos que orientam a aplicação dos precedentes. Para que o Poder Judiciário opere com precedentes é relevante que busque qual o *comando normativo* da decisão. O comando normativo constitui à tese de direito discutida que serviu de base para a decisão do caso concreto. Equivale ao *ratio decidendi* do *common law*. Corresponde ao conteúdo que vinculará os demais órgãos judiciais. Faz-se, portanto, necessário para a operação dos precedentes e aplicação da política de *stare decisis* o domínio desses critérios e conceitos, os quais serão tratados a seguir.

1.1 Aproximação da matéria

O sistema ítalo-germânico, atualmente utilizado no Brasil e predominante na Europa continental, tem a lei como fonte principal do Direito⁹. As decisões judiciais, nesse modelo, em regra, não produzem efeitos vinculantes *erga omnis* para o julgamento de casos futuros¹⁰. Os precedentes desempenham, nesse sistema, geralmente, um papel secundário como fonte do Direito. No *common law*, tem-se a situação inversa, na qual as decisões judiciais produzem efeitos vinculantes e gerais e são a principal fonte do Direito. O uso da lei como fonte do Direito é menos usual do que no Direito romano-germânico¹¹.

⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades*. In Direito Jurisprudencial: volume II/ coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁸ Sistema jurídico britânico e norte-americano, cuja fonte primária de Direito são os costumes e a tradição. Esses costumes e tradições aplicados nos tribunais, transformam-se então em precedentes, os quais são vinculativos. Os precedentes se transformam em jurisprudência, fortalecendo-se desse modo e impulsionando o sistema jurídico. Nesse sentido: FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao Sistema Jurídico dos Estados Unidos*. Tradução: Antônio Carlos Diniz de Andrada. Companhia editora Forense. Rio de Janeiro, 1965.

⁹ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015. p. 160/161 e 235/248.

¹¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. In *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudo em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux*. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 80.

Constata-se hoje uma tendência de valorização de conferir efeito vinculante e gerais às decisões proferidas pelas Cortes constitucionais nos países aderentes ao sistema da *civil law*. Essa tendência pode ser observada na Alemanha, na Itália, na Espanha¹² e também no Brasil, todas produtoras de precedentes vinculantes quando é atribuída eficácia às decisões do Supremo Tribunal Federal¹³.

Pode-se compreender em três etapas o processo de valorização da jurisprudência no Brasil: a) o avanço no controle concentrado da constitucionalidade; b) o respeito à jurisprudência por meio das normas infraconstitucionais que, aos poucos, alteraram o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973); e c) o novo sistema de precedentes vinculantes no Direito brasileiro criado pelo novo Código de Processo Civil (CPC), Lei n. 13.105/2015¹⁴.

A primeira etapa do processo de valorização da jurisprudência no Brasil se deu por meio do avanço no controle da constitucionalidade. O controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro pode ser realizado de duas formas. Uma forma é por meio do modelo difuso, no qual o controle pode ser desempenhado por qualquer magistrado, independentemente do grau de jurisdição. Se dá em caráter incidental, no julgamento do caso concreto, como questão prejudicial à decisão de mérito. Pode, nesse caso, ser iniciado em primeiro grau e percorrer até o Supremo Tribunal Federal por meio de recurso extraordinário. O entendimento produzido, geralmente, obriga apenas as partes litigantes¹⁵.

O exame de constitucionalidade também pode ser realizado por meio de controle concentrado da constitucionalidade, que, inspirado no modelo Europeu, confere exclusivamente à Corte Suprema – no nosso caso o Supremo Tribunal Federal - a competência

¹² ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 26/27; TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Op. cit. p. 154/155; RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA'. Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. p. 272.

¹³ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. In *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudo em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux*. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 81.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 11/60; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Precedentes e Jurisprudência: papel, fatores e perspectivas no Direito brasileiro contemporâneo*. In: MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Direito jurisprudencial*. v. li. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 11/37. V., ainda, sobre o tema, os votos proferidos pelos Ministros Luís Roberto Barroso e Teori Zavascki no julgamento da Reclamação 4.335 (Pleno, Rei. Min. Gilmar Mendes, DJe, 20.10.201).

¹⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. In *O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudo em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux*. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 82.

para julgar as ações direitas. O pleito dessas ações é, geralmente, a aferição da (in)constitucionalidade da norma. Não se debatem direitos subjetivos e busca-se preservar a higidez da ordem constitucional, por isso trata-se de processo abstrato e objetivo. As decisões produzidas, nesse caso, devem ser obrigatoriamente observados pela Administração Pública e demais órgãos judiciais. Tratam-se, portanto, de precedentes vinculantes¹⁶.

A emenda constitucional n. 45/2004¹⁷ estabeleceu, ainda, a possibilidade de edição pelo Supremo Tribunal Federal de súmulas vinculantes, que refletissem o entendimento defendido pela Corte em reiteradas decisões sobre matéria constitucional, tornando sua observância obrigatória para os demais órgãos judiciais e para a Administração Pública¹⁸.

A segunda etapa do processo de valorização do precedente no Brasil foi por meio das inúmeras alterações específicas que o Código de Processo Civil de 1973 sofreu que valorizariam a jurisprudência consolidada nos tribunais, por meio da Lei n. 9.756/1998¹⁹, da Lei n. 10.352/2001²⁰, da Lei n. 11.232/2005²¹ e da Lei n. 11.418/2006²².

Essa última criou o procedimento especial para o julgamento de recursos extraordinários repetitivos. Nela a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, em um caso paradigma, sobre uma questão de mérito, abriria para os demais órgãos judiciais a possibilidade de declarar prejudicados casos idênticos nele sobrestados ou até de retratar as decisões anteriores, objetos de recursos extraordinários, sob pena de tê-las liminarmente cassadas ou reformadas no Supremo Tribunal Federal²³. O procedimento especial para julgamento de recursos repetitivos foi posteriormente replicado para o Superior Tribunal de Justiça (STJ)²⁴ e para os recursos de revista julgados pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST)²⁵.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Op. cit. p. 235/250.

¹⁷ CF/1988, art. 103-A, com redação conferida pela EC nº 45/2004, D.O.U. DE 31/12/2004, p. 9.

¹⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. In O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudo em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 83.

¹⁹ Que permitiu que o relator admitisse, de forma monocrática, recursos em confronto com súmulas ou com a jurisprudência já consolidada nos tribunais superiores e que desse provimento aos recursos compatíveis com esses precedentes. Cf. redação atribuída pelos arts. 481, parágrafo único e 557, caput e §1º, CPC, D.O.U. DE 27/12/2001, p. 1.

²⁰ Que dispensou o duplo grau obrigatório de jurisdição nas decisões proferidas contra a Fazenda Pública que estivessem no mesmo sentido que a jurisprudência do plenário da Corte constitucional ou com súmula deste ou do tribunal superior competente. Cf. art. 475, § 3º, CPC, incluído pela Lei n. 10.352/2001, D.O.U. DE 23/12/2005, p. 1.

²¹ Que criou os embargos desconstitutivos da coisa julgada incompatível com a Constituição à luz da jurisprudência do STF. Cf. redação dos art. 475-L, inc. II e § 1º, CPC, e art. 741, parágrafo único, CPC, dada pela Lei n. 11.232/2005, D.O.U. DE 20/12/2006, p. 2.

²² Cf. art. 543-A, § 3º, e 543-B, §3º, CPC, introduzido pela Lei n. 11.418/2006.

²³ Cf. art. 543-B, § 3º, CPC, introduzido pela Lei n. 11.418/2006.

²⁴ CPC/1973, art. 543-C, inserido pela Lei n. 11.672/2008.

²⁵ CLT, arts. 896-B e 896-C, inseridos pela Lei n. 13.015/2015.

A lógica desse procedimento estava em criar um sistema pelo qual os precedentes firmados pelos tribunais superiores fossem replicados pelos demais órgãos judiciais. Todos esses avanços, indicavam uma constante inclinação a atribuir efeitos para além do caso específico às decisões judiciais. Também demonstrou uma tendência a aferir efeitos expansivos aos precedentes oriundos do controle difuso da constitucionalidade²⁶.

O novo Código de Processo Civil (CPC/2015) completou a trajetória das tendências de valorização dos precedentes. Foi instituído por ele um sistema amplo de precedentes vinculantes, sendo possível a produção de julgados com essa eficácia não apenas pelos tribunais superiores, mas igualmente pelos tribunais de segundo grau.

O CPC/2015 definiu como decisões a serem obrigatoriamente observadas pelas demais instâncias: a) as súmulas vinculantes; b) as decisões proferidas em sede de controle concentrado da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal; c) as decisões proferidas em julgamento com repercussão geral ou em recurso extraordinário ou especial repetitivo; d) o acórdãos dos tribunais proferidos em incidente de resolução de demanda repetitiva; e) julgados em incidente de assunção de competência; f) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça e g) as orientações firmadas pelo plenário ou órgãos especiais das Cortes de segundo grau²⁷.

O incidente de resolução de demanda repetitiva e de assunção de competência, concebidos pelo atual Código de Processo Civil, eram dois institutos completamente novos no ordenamento jurídico brasileiro. As decisões proferidas, em ambos os casos, em segundo grau produzirão efeitos vinculantes. No caso de serem proferidas decisões divergentes de todos os precedentes e entendimentos indicados como obrigatórios pelo artigo 927 do Código de Processo Civil e pelos demais órgãos judiciais, o artigo 988²⁸ previu a possibilidade de utilização da reclamação para cassar essas decisões²⁹.

O Brasil, como se vê, apesar de utilizar um sistema jurídico de *civil law*, está cada vez mais próximo de um sistema baseado em precedentes. A operação com precedentes necessita de critérios e conceitos que orientem a sua operacionalização, os quais serão estudados no próximo tópico.

²⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. In O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudo em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 85.

²⁷ Cf. art. 927, CPC, introduzido pela Lei n. 13.105/2015.

²⁸ Art. 988 do CPC.

²⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. In O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudo em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 85.

1.2 Critérios e conceitos que orientam a operacionalização dos precedentes

A operacionalização de precedente em um sistema jurídico envolve métodos, conceitos e características que não são comumente utilizados pelos juristas brasileiros. O primeiro passo para operar os precedentes é indagar quais são os conteúdos de uma decisão judicial que determinarão a solução de novos casos, em que medida e como se devem tratar casos similares aos julgados, mas com particularidades que necessitam o enfrentamento de questão jurídica específica.

Esses temas já foram amplamente debatidos pelos países do *common law*, apesar de parecer um tema relativamente inédito para um país do *civil law*. Importante, por essa razão, o domínio desses temas para aperfeiçoar a operação dos precedentes, agora mais presente em nosso sistema jurídico. A compreensão de três conceitos é necessária para a utilização do sistema de precedentes no Brasil. São eles: *ratio decidendi* ou *holding*, o *obter dictum* e o *distinguishing*³⁰. Deve-se, ainda, dominar as técnicas utilizadas para identificar, distinguir ou superar um precedente.

1.2.1 Ratio decidendi e obter dicta

A operacionalização plena de uma lógica de precedentes depende categoricamente da noção de *ratio decidendi* – ou comando normativo. Não é possível a implementação de uma doutrina jurídica de precedentes sem um entendimento teórico dos precedentes e de conceitos-chave como de *ratio decidendi*³¹. Tratam-se, em tradução livre, das razões para decidir. É a identificação dos fundamentos centrais de certa decisão judicial. É, portanto, uma parte da fundamentação do julgado e não o resumo de toda a fundamentação utilizada. Denominada também de comando normativo, a *ratio decidendi* constitui à tese de Direito discutida que serviu de base para a decisão do caso concreto. Corresponde, portanto, ao conteúdo que vinculará os demais órgãos judiciais.

A decisão judicial é composta, portanto, pela *ratio decidendi* – fundamentos essenciais - e por *obter dicta*, que é aquela fundamentação dispensável ou meramente incidental para a resolução da demanda. Para identificar se determinado fundamento é *ratio decidendi* ou obter

³⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. In O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudo em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 91.

³¹ MACCORMICK, Neil. Retórica e estado de direito. Coleção Teoria e Filosofia do Direito. Elsevier Brasil, 2008, p. 194.

dicta deve-se analisar o seu uso e não a sua natureza. No sistema de precedentes é necessário fazer tal distinção, uma vez que há vinculação apenas do comando normativo³².

O comando normativo não se trata do próprio fundamento aprovado pela maioria para decidir, mas de uma descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão³³. O método mais adequado para definir a *ratio decidendi* e o alcance que lhe deve ser conferido são assuntos de divergência na doutrina³⁴.

A doutrina classifica três possíveis concepções de *ratio decidendi*. A razão explícita, a razão endossada e a razão implícita³⁵. A primeira diz respeito ao argumento central presente na decisão judicial baseado nos elementos de fato e de direito que fundamentam a decisão. A razão endossada somente pode ser identificada como tal quando uma decisão judicial endossa e declara que certa fundamentação de um precedente anterior possui aquela qualidade. A terceira consiste na regra que deveria estar sendo explicitada na decisão se seus elementos jurídicos e fáticos fossem articulados³⁶.

As considerações marginais ou *obiter dicta* – no plural *obiter dictum* – correspondem às manifestações dos magistrados que não são essencialmente necessárias para a solução do caso concreto e não comandarão a decisão de casos futuros. As discussões de votos divergentes e opiniões versadas acerca de questões que não tenham relação com o objeto de exame são alguns exemplos de considerações marginais.

³² BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, GEOFFREY. Precedent in the United Kingdom. Neil MacCormick; Robert S. Summers (Eds.). Interpreting precedents. p.336-337.

³³ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. In O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudo em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 91.

³⁴ ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. Southern California Law Review, Los Angeles, v. 63, p. 1/64, nov. 1989; COLE, Charles D. Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law. Trad. Maria Cristina Zucchi. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, n. 752, p. 11/21, jun. 1998; MALTZ, Earl. The nature of precedent. North Carolina Law Review, Chapel Hill, v. 66, jan. 1988, p. 372/376; MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). Interpreting precedents: a comparative study. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 503/518; MONAGHAN, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication. Columbia Law Review, Nova Iorque, v. 88, n. 4, mai. 1988, p. 763/766; RE, Edward D. Stare decisis. Revista de Processo, São Paulo, v. 19, n. 73, p. 47 /54, jan./mar. 1994; SCHAUER, Frederick. Precedent. Stanford Law Review, Palo Alto, v. 39, p. 571/605, fev. 1987; SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). Interpreting precedents: a comparative study. p. 355/406; RORIVE, Isabelle. La rupture de la House of Lords avec un strict principe du stare decisis dans le contexte d'une réflexion sur l'accélération du temps juridique. In: GERARD, Philippe; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel (Org.). L'accélération du temps juridique. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000. p. 807; MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. p. 118/131; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 259-282.

³⁵ MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent? Neil MacCormick; Robert S. Summers (Eds.). Interpreting precedents. p. 503-517.

³⁶ Ibidem. p. 506.

A produção de um precedente normativo exige que unanimidade, ou a maioria, concorde com os fundamentos que justificam a decisão. Não basta que concordem com o resultado do caso concreto, se houver divergência quanto à fundamentação como alcançar a conclusão. Havendo divergência na fundamentação, a Corte terá julgado o caso concreto, mas não estabelecido um comando normativo que vinculará a decisão de casos futuros. As considerações marginais, apesar de não serem essenciais para a formação do comando normativo podem ter importância persuasiva, uma vez que o voto vencido pode ser utilizado como fundamento para o questionamento do precedente em casos futuros³⁷. No sistema de precedentes é necessário fazer essa distinção, uma vez que há vinculação apenas da *ratio decidendi*³⁸.

A *ratio decidendi*, portanto, não se trata do próprio fundamento aprovado pela maioria para decidir, mas de uma descrição do entendimento jurídico que serviu de base à decisão³⁹. Trata-se do entendimento jurídico emergente de uma decisão, que a vinculará os casos futuros. O método mais adequado para definir a *ratio decidendi* e o alcance que lhe deve ser conferido são assuntos de divergência na doutrina⁴⁰.

1.2.2 Métodos de identificação do *ratio decidendi*

Deve-se buscar, para identificar a *ratio decidendi* de uma decisão, quais foram os elementos de fato imprescindíveis para atingir certa conclusão. Necessita, para isso, examinar

³⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades*. In Direito Jurisprudencial: volume II/ coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 985.

³⁸ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, GEOFFREY. Precedent in the United Kingdom. Neil MacCormick; Robert S. Summers (Eds.). *Interpreting precedents*. p. 336-337.

³⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. *Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro*. In O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudo em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 91.

⁴⁰ ALEXANDER, Larry. *Constrained by precedent*. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1/64, nov. 1989; COLE, Charles D. *Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law*. Trad. Maria Cristina Zucchi. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, n. 752, p. 11/21, jun. 1998; MALTZ, Earl. *The nature of precedent*. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 66, jan. 1988, p. 372/376; MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 503/518; MONAGHAN, Henry Paul. *Stare decisis and constitutional adjudication*. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 88, n. 4, mai. 1988, p. 763/766; RE, Edward D. *Stare decisis*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 73, p. 47 /54, jan./mar. 1994; SCHAUER, Frederick. *Precedent*. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571/605, fev. 1987; SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. p. 355/406; RORIVE, Isabelle. *La rupture de la house of lords avec un strict principe du stare decisis dans le contexte d'une réflexion sur l'accélération du temps juridique*. In: GERARD, Philippe; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel (Org.). *L'accélération du temps juridique*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000. p. 807; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. p. 118/131; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 259-282.

os fatos do caso concreto, a sua fundamentação e a conclusão – o que restou decidido⁴¹. A doutrina adota dois métodos para a identificação do *comando normativo* da decisão: a) o método fático-concreto; e b) o método abstrato-normativo⁴².

O denominado método *fático-concreto*, identifica a *ratio decidendi* por meio da extração de um conjunto de fatos, de forma que se afirme que sempre que estiverem presentes o fato A (relevante) e o fato B (relevante) e, mesmo que ausente o fato C (irrelevante) a decisão será X. A regra extraída de um conjunto de fatos é o que constitui o comando vinculante. A utilização desse método tende a ensejar a elaboração de comandos normativos extremamente restritivos e presos às particularidades do caso, não favorecendo uma abordagem sistemática do Direito⁴³.

Esse método, ainda, é criticado em razão de que cada fato pode ser compreendido em vários níveis de generalidade, tendendo a produzir comandos restritos demais, pois extremamente vinculados aos fatos do caso concreto, o que pode gerar distinções inconsistentes entre casos semelhantes⁴⁴.

O segundo método, abstrato-normativo, identifica o comando normativo da decisão produzindo a solução para o caso concreto e decidindo como serão julgados os casos futuros semelhantes. Em outras palavras, o Poder Judiciário, ao decidir, busca estabelecer uma regra geral e abstrata que compreenda uma *classe de assuntos*. Definem, portanto, um comando vinculante mais amplo do que o necessário a solucionar o caso específico. A decisão do caso presente vinculará as decisões do caso futuro dando aos magistrados a base de decisão do que é mais adequado para todos os casos que se encontrem dentro de uma determinada categoria de

⁴¹ ALEXANDER, Larry. *Constrained by precedent*. *Southern California Law Review*, Los Angeles, vol. 63, p. 1-64, nov. 1989; COLE, Charles D. *Stare decisis* na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law. Maria Cristina Zucchi [trad.]. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 87, n. 752, p. 11-21, jun. 1998; MALTZ, Earl. *The nature of precedent* cit., p. 372-376; MARSHALL, Geoffrey. *What is binding in a precedent*. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 503-518; MONAGHAN, Henry Paul. *Stare decisis and constitutional adjudication*. *Columbia Law Review*, Nova York, vol. 88, n. 4, maio, 1988, p. 763-766; RE, Edward D. *Stare decisis*. *RePro*, São Paulo, vol. 19, n. 73, p. 47-54, jan.-mar. 1994; SCHAUER, Frederick. *Precedent*. *Stanford Law Review*, Palo Alto, vol. 39, fev. 1987, p. 571-605. Disponível em: <<http://www.bsos.umd.edu/gvpt/CITE-IT/Documents/Schauer%201987%20Precedent.pdf>>. Acesso em: 20.12.2006; SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (org.). *Interpreting precedents: a comparative study* cit., p. 355-406; RORIVE, Isabelle. *Op. cit.*, p. 807; SILVA, Celso de Albuquerque. *Do efeito vinculante: sua legitimação e aplicação* cit., p. 182-183; SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante* cit., p. 125-133.

⁴² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades*. In *Direito Jurisprudencial: volume II*/ coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 982.

⁴³ *Ibidem*. p. 92.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 982.

similitude. A razão de ser da decisão corresponde ao comando vinculante e auxilia a definição do nível de generalidade com que será formulado⁴⁵.

É definida a norma mais adequada para solucionar as demandas que se encontrem dentro de uma predefinida categoria de similitude. Os fundamentos da decisão, nessa hipótese, são essenciais para compreender o entendimento que foi utilizado como pressuposto para a solução do caso em concreto alcançada pelo Tribunal e qual o nível de generalidade o Tribunal pretendeu afirmá-los. Maior será o número de casos que serão regidos por uma *ratio decidendi*, quanto mais genérica ela for. A sua formulação em termos muito amplos torna o comando superinclusivo, abrangendo situações de fato que não chegaram a ser consideradas⁴⁶.

O método *fático-concreto* destaca a importância das particularidades do caso para definir o comando vinculante. Casos que reúnam fatos relevantes diversos, de acordo com esse método, não poderão ser julgados de forma idêntica. Já o método abstrato-normativo permite a compreensão da importância conferida a certos fatos e o nível de generalidade tratado nos precedentes dependendo do exame dos fundamentos da decisão. Permite, portanto, a identificação de uma regra que oriente a sua aplicação em um novo caso⁴⁷.

Quando a decisão se firma em fundamentos diversos, causando dúvida acerca de quais fundamentos efetivamente determinaram as suas conclusões, deve-se recorrer ao seguinte método: busca-se a proposição sobre a qual a essencialidade se debate e faz-se a inversão de seu significado. Se o resultado gerar uma alteração na conclusão da decisão, poder-se-á afirmar que a formulação constitui preceito essencial à solução do caso. A definição da *ratio decidendi* em um julgado baseado em múltiplos fundamentos essenciais pode demandar rodadas de discussão sobre cada um deles⁴⁸.

O operador do Direito não precisa vincular-se a um método ou ao outro. Ele pode utilizar de ambos como ferramentas complementares para discutir o teor e a amplitude dos precedentes. Ambos os métodos são fundamentais para alcançar a formulação adequada da norma emergente do precedente. A identificação do comando normativo pressupõe, em verdade, a avaliação de alguns aspectos essenciais como os fatos relevantes; a questão jurídica posta em juízo; os fundamentos da decisão e a solução determinada pela Corte. Em um sistema de votação em

⁴⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades*. In Direito Jurisprudencial: volume II/ coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 983.

⁴⁶ Ibidem. p. 92.

⁴⁷ Ibidem. p. 983.

⁴⁸ Ibidem. p. 984.

série, deve-se identificar qual foi o posicionamento adotado pela maioria dos julgadores acerca de tais aspectos.

Identificado o *precedent case* deve-se saber se esse é aplicável ao caso em julgamento – *instante case*⁴⁹. É preciso, muitas vezes, identificar se não há uma razão relevante capaz de levar à superação do precedente – total ou parcialmente. Aplicados os métodos e identificada a *ratio decidendi*, essa passa a ser a parte vinculante do precedente. Trata-se de uma vinculação argumentativa. O precedente traz um constrangimento argumentativo adicional à obrigação de que casos semelhantes sejam decididos de forma semelhante. A força do precedente é a exigência de que os Tribunais pratiquem um tipo de coerência⁵⁰ ou de integridade⁵¹.

Resolver uma questão que determina a solução de diversos litígios não é o mesmo que resolver uma questão que agrega sentido à ordem jurídica e tem a intenção de orientar a sociedade e os diferentes futuros casos que possam ser resolvidos com a mesma regra de Direito ou pela mesma *ratio decidendi*⁵².

A produção de um precedente vinculante exige, primeiramente, o respeito aos princípios da inércia da jurisdição e da congruência, que vinculam a decisão ao pedido formulado no caso. A decisão proferida pela Corte que trata de questões que vão além do caso concreto é frágil, pois baseada em uma visão incompleta da questão e, portanto, sujeita erro. Conferir caráter normativo a decisões nessas condições poderia culminar na violação dos princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal.

Aplica-se a mesma lógica quando um fundamento para decidir é acolhido apenas por parte da Corte, mas não a sua maioria. O fundamento em que não adere a maioria não se presta para produzir uma *ratio decidendi* e, caso nenhum fundamento seja acolhido pela maioria, mas a Corte convirja acerca da solução a ser dada ao caso, essa decisão não gerará um precedente vinculante para o julgamento de casos futuros⁵³.

1.2.3 Associação e distinção do precedente

Deve-se indagar, para a operação com precedentes, quais são os conteúdos de uma decisão judicial que determinarão a solução de novos casos e em que medida e como se devem

⁴⁹ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009. p. 38.

⁵⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*.

⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*.

⁵² HEINSZ, Timothy J. *Grieve it Again: Of Stare Decisis, Res Judicata and Collateral Estoppel in Labor Arbitration*. Boston College Law Review. vol. 38. 1997.

⁵³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012. p. 272/273.

tratar casos similares aos julgados, mas com particularidades que necessitam do enfrentamento de questão jurídica específica.

O primeiro passo, portanto, trata-se de identificar ou distinguir o caso paradigma do caso em julgamento. Deve-se ter em mente, que nenhum caso será intrinsecamente similar a outro, sendo a individualização dos elementos relevantes em um ou na outra matéria confiada à valoração e à decisão do intérprete encarregado de aplicá-lo⁵⁴. Não se exige, por isso, propriamente identidade entre os casos, mas tão somente *relevantes semelhanças* ou *identidades essenciais* entre eles⁵⁵. Deve-se buscar a semelhança entre as categorias invocadas nos casos que justifiquem a aplicação de um precedente⁵⁶.

O julgador, depois de identificar um precedente que se aplique ao caso em julgamento tem três opções de conduta. A primeira é aplicar o precedente, justificando a similitude fática e jurídica do caso. A segunda opção é não aplicá-lo justificando a sua distinção com o caso em julgamento. A terceira opção é superá-lo, tema que será tratado em tópico próprio nesta dissertação.

Quando da aplicação do precedente, tem-se o instituto da “associação”. É feita quando os fatos, a questão de direito e a fundamentação do primeiro caso são confrontados com os fatos relevantes e a questão de direito posta no segundo caso. Muitas vezes existe alguma diferença fática entre os casos. Caso o operador do Direito opte por aplicar o precedente àquele caso, configura uma *associação positiva*, pois enseja uma expansão do comando normativo dos precedentes.

Devem ser examinados e confrontados quatro elementos essenciais na avaliação da semelhança entre dois casos, com a finalidade de aplicar - ou não – um precedente. São eles: a) os fatos relevantes de cada qual; b) as normas e valores que incidem sobre cada conjunto de fatos; c) a questão de direito que suscitam; e d) os argumentos que fundamentaram a decisão do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso⁵⁷.

Caso não haja semelhanças relevantes ou identidades essenciais, cria-se a necessidade de distinção entre os casos⁵⁸. Deve, o magistrado, nessas circunstâncias, fundamentar o motivo

⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 110.

⁵⁵ ALVIM, Teresa Arruda. Precedentes e Evolução do Direito, Direito Jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 57-64.

⁵⁶ SCHAUER, Frederick. Thinking like a Lawyer. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009. p. 50

⁵⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. In O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudo em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p.

⁵⁸ Art. 927, §1º, do CPC.

pelo qual os casos são diferentes, não sendo suficiente a simples invocação de casos diversos⁵⁹ ou somente a desconsideração do caso invocado como precedente⁶⁰. Tem legitimidade para efetuar a distinção dos casos, todo e qualquer magistrado, independentemente do grau de jurisdição⁶¹.

A distinção é feita por meio de um instituto denominado *distinguishing* – assim como concebido no *common law*⁶². O *distinguishing* serve para mostrar que não há analogia possível entre os casos, de forma que o caso está fora do âmbito do precedente⁶³.

Corresponde, portanto, à não-aplicação do precedente. São casos de distinção: a) conflito com normas derivadas de outros precedentes normativos; b) o reconhecimento de situação que a Corte não queria abranger quando fixou a regra; e c) constatação da existência de peculiaridades fáticas, no caso a ser decidido⁶⁴.

O julgador que deixa de aplicar um precedente justificando a sua distinção com o caso em julgamento está fazendo uma distinção coerente. Nesse caso, se reconhece a autoridade da *ratio decidendi* do precedente, mas se argumenta que não se trata de um precedente aplicável. O ato de distinguir não causa interferência na razão de decidir do precedente anteriormente julgado. É considerado apenas como irrelevante para o caso novo em razão de haver alguma diferença factual. Não se trata, portanto, de um desrespeito ao precedente⁶⁵.

A distinção do caso – *distinguishing* – é, então, uma exceção à *ratio decidendi* de um precedente. Em primeiro exame, verifica-se que o precedente e a nova ação são semelhantes e deveriam merecer o mesmo tratamento. A argumentação desenvolvida pelas partes, no entanto, pode demonstrar peculiaridades de fato ou argumentos diferenciados que levem a uma discussão jurídica distinta. Verificada essa situação, o órgão judicial deve deixar de aplicar o

⁵⁹ Art. 485, §1º, V, do CPC.

⁶⁰ Art. 485, §1º, VI, do CPC.

⁶¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. In O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudo em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 115.

⁶² LLEWELYN, Karl N. The common law tradition: deciding appeals. Boston: Little, Brown and Company, 1960. p. 77 e ss.; GOODHART, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case. Modern Law Review, London, v. 22, p. 117/124, 1959; SUMMERS, Robert S. Precedent in the United States (New York State). p. 390/394; SCHAUER, Frederick. Precedent. Op. cit. p. 571/605; SCHAUER, Frederick. Rules, the rule of law, and the Constitution. Constitutional commentary. Minneapolis, v. 6, p. 69/85, 1989; FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do *stare decisis* no sistema legal norte-americano. p. 247 /258; MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Op. cit. p. 202/209; SILVA, Celso de Albuquerque. Efeito vinculante: sua legitimação e aplicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 247 /258.

⁶³ DUXBURY, Neil. The Nature and Authority of Precedents. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113.

⁶⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades*. In Direito Jurisprudencial: volume II/ coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁶⁵ SILTAIA, Raimo. A theory of precedent. p. 74

precedente. A *ratio decidendi* está sempre se redefinindo em alguma medida, pois cada novo caso que a aplica pode ampliar seu alcance e os casos em que se demonstra uma distinção produz a restrição da incidência da *ratio decidendi*.

O CPC/2015 admite que fatos diferentes podem ensejar o debate sobre questões jurídicas diversas e prevê que um precedente só deve ser aplicado quando o caso posterior versar sobre igual questão de direito tratada no primeiro caso⁶⁶ e, desde de que os fundamentos usados para decidi-lo sejam aplicáveis à nova demanda. Caso contrário, deve-se proceder a distinção dos casos, assim como ocorre no *common law*⁶⁷.

Quando, por outro lado, a distinção entre os casos e a consequente não-aplicação do precedente não se baseia em uma diferença que justifique o tratamento específico, trata-se de uma distinção inconsistente⁶⁸. Quando ocorre uma situação na qual há identidade entre a questão de direito posta e a fundamentação jurídica, caso haja ligeira diferença fática e essa diferença não seja juridicamente relevante, a não-aplicação do precedente gera uma distinção inconsistente. Isso porque, não justifica um tratamento diverso e não coloca uma questão de direito distinta⁶⁹.

1.2.4 Superação do precedente

A superação constitui o enfrentamento de um precedente já preestabelecido sob o fundamento de que ele perdeu seu argumento normativo. É uma tarefa árdua, pois é preciso

⁶⁶ CPC/2015, art. 985: "Julgado o incidente [de resolução de demandas repetitivas], a tese jurídica será aplicada: I - a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II - aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986. § 1º Não observada a tese adotada no incidente caberá reclamação"; art. 987: "Do julgamento do mérito do incidente caberá recurso extraordinário ou especial, conforme o caso. [...] § 2º Apreciado o mérito do recurso, a tese jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça será aplicada no território nacional a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito"

⁶⁷ CPC/2015, art. 966, § 5º (supra); art.1037: "§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo. [...] § 12. Reconhecida a distinção no caso: I - dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo; II - do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único".

⁶⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades*. In Direito Jurisprudencial: volume II/ coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁶⁹ SCHAUER, Frederick. Precedent cit., p. 571 e ss.; SCHAUER, Frederick. *Rules, the rule of law, and the Constitution* cit, p. 69; CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. Nova York: Dover Publications, 2005, p. 19.

justificar a razão pela qual determinado precedente perdeu a sua normatividade⁷⁰. O precedente pode ser superado na hipótese de ser considerado uma forma claramente equivocada de interpretar uma determinada norma, na hipótese de ter se tornado incompatível com uma nova legislação e na hipótese de haver claras evidências de que o Poder Legislativo desaprova o precedente. Pode, ainda, ser superada na hipótese de a autoridade do precedente vir sendo minada ao longo do tempo em decisões judiciais esparsas⁷¹.

O *overruling* – denominação do instituto da superação no *common law* – pode ser total ou parcial do precedente. É um poder expressado apenas aos órgãos que foram encarregados da sua formulação por meio de um completo encargo argumentativo, envolvendo a demonstração do desgaste do precedente em relação à consistência sistêmica e congruência social⁷².

Há situações, ainda, na qual o precedente é corretamente identificado e deveria, a princípio, ser aplicado. Existem, no entanto, nesses casos, relevantes razões que indicam pela sua superação⁷³. Nesse caso, abrem-se quatro novas questões: saber *quando, como, por quem e com quais efeitos* um precedente pode ser alterado⁷⁴.

A superação do precedente de forma integral, denominada *overruling* constitui uma resposta ao desgaste da congruência social, da consistência sistemática ou de um evidente equívoco na solução do caso⁷⁵. A alteração parcial, denominada *overturnig*, pode ocorrer de duas formas: por meio da sua transformação – *transformation* – ou pode ser rescrita – *overriding*⁷⁶.

Ocorre a transformação quando a Corte reconfigura o precedente parcialmente, considerando, para tanto, aspectos fático-jurídicos não considerados como relevantes na decisão anterior. Serve, em tese, para mudar em parte o precedente com a produção de resultado com ele compatível⁷⁷.

A redefinição do âmbito de incidência do precedente ocorre quando há reescrita do comando normativo. O precedente é, então, reescrito, com a finalidade de restringir o seu

⁷⁰ SILTAIA, Raimo. Op. cit., p. 73.

⁷¹ SUMMERS, Robert; ENG, Svein. Departures from Precedente. Neil MacCormick; Robert S. Summers (Eds.). Interpreting precedents. p. 525.

⁷² EISENBERG, Melvin. The Nature of the Common Law. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 104-105.

⁷³ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 115.

⁷⁴ Ibidem. p. 110.

⁷⁵ GERHARDT, Michael. The Power of Precedent. New York: Oxford University Press, 2008. p. 19.

⁷⁶ Ibidem. p. 116.

⁷⁷ EISENBERG, Melvin. The Nature of the Common Law. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 132-135.

âmbito de aplicação. Algo que não foi considerado na decisão paradigma é sopesado e, a partir da reescrita, o seu alcance é comprimido⁷⁸.

A competência para a superação do precedente, em ambos os casos, é apenas da corte responsável pela formação do precedente. Cabe apenas ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça afastar ou transformar e reescrever os seus precedentes constitucionais ou federais, respectivamente. As Cortes de Justiça não têm legitimidade para deixar de aplicar um precedente ou para modular o seu entendimento⁷⁹.

1.2.5 Diferenciação das decisões vinculantes

Incidente de demandas repetitivas, precedente e súmula, são exemplos de decisões das quais o *ratio decidendi* deve ser respeitado pelos demais órgãos do Poder Judiciário. Cada uma dessas decisões tem características próprias para sua configuração. A aplicação, distinção ou superação dessas decisões deve ser feita pelo órgão competente e legítimo para tal. Os efeitos gerados por essas decisões também têm características distintas, que merecem ser apreciadas de forma individual, o que será feito nos próximos tópicos.

1.2.5.1 Incidente de resolução de demandas repetitivas

A decisão proferida nos incidentes de resolução de demandas repetitivas aplica-se em todos os processos pendentes que versem sobre idêntica questão de direito (art. 985, I, CPC/2015) e é diferente dos precedentes, que tem o objetivo de outorgar autoridade às *rationes decidendi* firmadas pelas Cortes Supremos⁸⁰.

O incidente de resolução é uma técnica processual destinada a criar uma solução para a questão replicada nas múltiplas ações pendentes, por isso só resolve casos idênticos⁸¹. No incidente, a decisão tomada constitui clara proibição de litigar a questão já decidida⁸². Embora não seja dito, se faz coisa julgada sobre a questão presente nos vários casos repetitivos⁸³.

⁷⁸ EISENBERG, Melvin. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 132-135-136.

⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 116.

⁸⁰ MARINONI, Luis Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinários e especial repetitivos. *Revista de Processo* 2015. RePro 249, 2015. p. 401.

⁸¹ *Ibidem*. p. 401.

⁸² *Ibidem*. p. 403.

⁸³ *Ibidem*. p. 403.

A única resolução da questão incidente nos casos repetitivos trata-se de uma decisão que produz coisa julgada sobre a situação que interessa à integralidade dos litigantes dos processos pendentes de julgamento. Jamais se utilizará a técnica da distinção para limitar ou ampliar o alcance do precedente em razão de circunstância não considerada no momento da sua elaboração⁸⁴.

Surgiu nos Estados Unidos a possibilidade da rediscussão da questão decidida ser invocada por terceiro que não participou do processo⁸⁵. Criaram os seguintes requisitos para a admissão da proibição de rediscussão: a) identidade entre questão posta àquela discutida; b) a ocorrência de julgamento final de mérito na ação anterior; c) o litigante que se pretende proibir de discutir o caso deve não ter sido parte na ação anterior, mas nela deve ter tido justa e ampla oportunidade de participar⁸⁶.

O problema do incidente de resolução de demandas repetitivas é a suposição falsa de que a decisão é um mero precedente, que poderia se aplicar a todos os litigantes sem qualquer violação de direitos fundamentais processuais⁸⁷. Resolver uma questão que determina a solução de diversos litígios não é o mesmo que resolver uma questão que agrega sentido à ordem jurídica e tem a intenção de orientar a sociedade e os diferentes futuros casos que possam ser resolvidos com a mesma regra de direito ou pela mesma *ratio decidendi*⁸⁸.

Haveria duas opções para evitar a inconstitucionalidade. A primeira seria o chamamento de todos à participação, como é feito nos Estados Unidos. No Brasil, no entanto, inviabilizaria completamente o incidente de resolução de demandas repetitivas. A segunda solução é tornar presente no incidente de resolução de demandas repetitivas os legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos⁸⁹. É possível também que o Ministério Público intervenha para tutelar os direitos. Essa hipótese independe do ingresso de um legitimado já presente ou não na demanda. Na falta de intervenção de qualquer outro legitimado, de forma compulsória, o Ministério Público deve participar em nome da tutela dos terceiros⁹⁰.

⁸⁴ MARINONI, Luis Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinários e especial repetitivos. Revista de Processo 2015. RePro 249, 2015. p. 402.

⁸⁵ Ibidem. p. 404

⁸⁶ GLOW, Lisa L. Offensive Collateral Estoppel in Arizona: Fair Litigation v Judicial Economy. Arizona Law Review. Vol. 30. 1988.

⁸⁷ MARINONI, Luis Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinários e especial repetitivos. Revista de Processo 2015. RePro 249, 2015. p. 408.

⁸⁸ HEINSZ, Timothy J. Grieve it Again: Of Stare Decisis, Res Judicata and Collateral Estoppel in Labor Arbitration. Boston College Law Review. vol. 38. 1997

⁸⁹ MARINONI, Luis Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinários e especial repetitivos. Revista de Processo 2015. RePro 249, 2015. p. 409.

⁹⁰ Ibidem. p. 411.

No caso de recursos especiais e extraordinários, a formação de precedente não depende da questão estar replicada em vários casos ou recursos⁹¹. Por essa razão é necessária cautela na interpretação da norma⁹² que afirma repercussão geral em acórdão que julga incidente de resolução de demandas repetitivas.

1.2.5.2 Precedente

Os precedentes são as razões jurídicas necessárias e suficientes, resultado da justificação das decisões prolatadas pelas instâncias extraordinárias com o intuito de solucionar casos concretos e que servem para vincular o comportamento de todas as instâncias judiciais e administrativas do Estado Constitucional. Objetiva, também, orientar juridicamente a conduta dos indivíduos e da sociedade civil. Os precedentes podem ser firmados apenas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. São sempre obrigatórios, o que quer dizer que tem sempre força vinculante. O seu conceito é qualitativo, material e funcional⁹³.

É qualitativo porque depende da qualidade das razões invocadas para a justificação da questão decidida. Somente as razões jurídicas, suficientes e necessárias podem ser qualificadas como precedentes⁹⁴. Costuma-se aludir ao precedente como a *ratio decidendi* da questão enfrentada pela Corte. Não importa para a sua configuração se trata-se da decisão de um ou vários casos. Por essa razão, não se pode afirmar que se trata de um conceito quantitativo e, sim, qualitativo⁹⁵.

É um conceito material porque os precedentes operam sobre fatos que delimitam o contexto fático-jurídico a partir do qual foram criados. Eles são totalmente dependentes da unidade fático-jurídica do caso. Por essa razão aduzem que, de modo geral, os precedentes não se operam sem referências fáticas.

É, por fim, um conceito funcional porque depende da função do órgão judicial do qual promanam. São oriundos de cortes institucionalmente encarregadas de dar a última palavra

⁹¹ MARINONI, Luis Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinários e especial repetitivos. *Revista de Processo* 2015. RePro 249, 2015. p. 418.

⁹² Art. 1.035, §3º, CPC/2015.

⁹³ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

⁹⁴ MOTTA, Otávio. *Justificação da Decisão Judicial: a Elaboração da Motivação e a Formação do Precedente*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2015, p. 192/198; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes Judiciais – Teoria e Dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 106.

⁹⁵ TARUFFO, Michele. *Precedente e Giurisprudenza*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Proceduta Civile*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 711-712.

acerca do tema. Decorrem, por isso, da interpretação do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça.

É também imperioso distinguir precedente de decisão. O precedente é um discurso elaborado a partir do discurso da decisão. Ambos estão em níveis discursivos diferentes. Ser fiel ao precedente significa respeitar a *ratio decidendi* empregada em uma decisão do Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para solução de determinada questão de um caso concreto⁹⁶. É, portanto, respeito às razões necessárias e suficientes constantes da fundamentação de uma decisão ofertada pelas Cortes Supremas para a solução de determinada questão de uma demanda⁹⁷.

A classificação dos precedentes produzidos pelo STF no julgamento de matéria constitucional de acordo com a sua eficácia é: a) precedentes com eficácia normativa; b) precedentes com eficácia intermediária; e c) precedentes com eficácia meramente persuasivas⁹⁸.

O primeiro (a) tipo produz efeitos vinculantes e gerais. A decisão tomada deve ser obrigatoriamente seguida em todas as causas similares mesmo por aqueles que não tenham sido parte na ação. Trata-se de um comando geral, aplicável a todos que se encontrem na mesma situação, em caráter permanente, pois não se exaure em apenas uma aplicação⁹⁹. Em caso de não aplicação, há pena de sanção, igualmente a uma lei. São fontes formais do Direito.

O segundo (b) produz efeitos impositivos mais brandos para além do processo em que são proferidos. Se por um lado produzem efeitos apenas entre as partes que figuram na causa, por outro permitem, no caso dos precedentes produzidos pelo pleno do STF e na jurisprudência dominante do Tribunal, o (des)provimento de recursos pelo relator, a supressão do princípio da reserva de plenário, a supressão do duplo grau de jurisdição em casos contra a Fazenda Pública e, ainda, a desconstituição da coisa julgada inconstitucional¹⁰⁰. Irradia, portanto, efeitos para além do caso concreto em que se discute a questão constitucional.

Os precedentes com eficácia meramente persuasiva, por fim, são aqueles que poderão figurar futuramente como jurisprudência. Não se trata de fonte formal do direito, diferentemente

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios (2010), 2. Ed. . São Paulo: RT, 2011, p. 224-228.

⁹⁷ MACCORMICK, Neil. Legal Reasoning and Legal Theory (1978). Oxford University Press, 2003. p. 215; MACCORMICK, Neil, Why Cases Have Rationes and What These Are, Precedent in Law. Oxford: Oxford University Press, 1987. p. 170.

⁹⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades*. In Direito Jurisprudencial: volume II/ coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 984.

⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000, vol. 1, p. 41-44.

¹⁰⁰ CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. Precedentes (o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 79-100.

dos precedentes com eficácia normativa, mas de fonte real de normas. São os julgados que fornecem subsídios para a argumentação dos litigantes para a motivação das decisões judiciais.

A adoção de precedentes normativos e a instituição de precedentes com eficácia intermediária tem o objetivo de garantir a compatibilidade das decisões judiciais com as princípios de segurança jurídica, eficiência, isonomia e legitimidade, pois garante a previsibilidade, a estabilidade e a continuidade do direito. Preserva, ainda, a isonomia entre os cidadãos, assegurando que os entendimentos sejam impessoais, uma vez que estabelece uma diretriz sobre como serão decididas causas similares. Constitui, ainda, um fator indutor de ganhos de eficiência na atividade judicial.

1.2.5.3 Súmula

As súmulas surgiram no ordenamento jurídico brasileiro como um método de trabalho destinado a facilitar a tarefa de controle exercido pelo Supremo Tribunal Federal¹⁰¹. A doutrina brasileira, então, começou a propor a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios – vinculantes – no direito brasileiro¹⁰². Começou a recair, portanto, o direito brasileiro sob a área de influência do *common law*, na medida em que procurou naquela tradição elementos capazes de colaborar para uma solução para o problema de vinculação ao direito¹⁰³.

As súmulas de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal foram criadas, em 1963, por meio de emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e foram concebidas como enunciados gerais e abstratos que buscavam informar de forma rápida os Ministros do próprio Supremo Tribunal Federal a respeito de qual era o entendimento da Corte sobre determinada questão¹⁰⁴. Foram pensadas originalmente como um “método de trabalho”¹⁰⁵ que servia também para permitir o controle da interpretação feita pelas instâncias ordinárias, constituindo um *horizonte da jurisprudência*¹⁰⁶ do Supremo Tribunal Federal.

O Código de Processo Civil de 1973 buscou estimular ainda mais a adesão à jurisprudência, que as classificou como jurisprudência dominante e jurisprudência sumulada, com a finalidade de evitar julgamentos não uniformes. Ao longo do período de vigência as

¹⁰¹ MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas – do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente (2013), 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 51.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. São Paulo. Ed. RT, 2010.

¹⁰³ MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 75.

¹⁰⁴ Ibidem. p. 76.

¹⁰⁵ LEAL, Victor Nunes. Passado e Futuro da Súmula do STF, Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, 1981. p. 1, 145.

¹⁰⁶ REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito (1973). Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 175.

súmulas passaram por paulatinas transformações, tendo sido classificadas como súmulas, súmulas impeditivas de recursos e súmulas vinculantes.

O Código de Processo Civil de 2015 surgiu com novas técnicas repressivas para outorgar unidade ao direito e uniformizar a sua aplicação¹⁰⁷. Atribuiu às Cortes Supremas o dever de outorgarem unidade ao direito, a fim de que a ordem jurídica passe a ser segura e capaz de prover liberdade e igualdade de todos¹⁰⁸, utilizando-se como instrumento o precedente¹⁰⁹. Avulta, ainda, que a jurisprudência seja instrumento para as Cortes de Justiça uniformizarem a interpretação de questões relevantes¹¹⁰.

Tanto os precedentes como a jurisprudência poderão ser objetos de súmulas¹¹¹ e o novo Código ampliou os poderes do relator para estimular a adesão dos precedentes e à jurisprudência¹¹². Os tribunais deverão, nos termos do CPC/2015, ao editar enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante, ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram a sua criação.

As súmulas eram, conforme mencionado, tradicionalmente, um método de trabalho utilizado pelos magistrados com o intuito de ordenar e facilitar a tarefa judicante de controle da interpretação e aplicação do direito no caso concreto, não gozando de força vinculante¹¹³. Os destinatários das súmulas era apenas e tão somente os próprios órgãos judiciais que compunham os tribunais que as editava. Eram, portanto, editadas de forma abstrata, sem ilusões aos casos concretos aos quais eram originadas.

Seu significado, no entanto, também foi alterado com o advento do novo Código de Processo Civil, que as reconheceu como guias para a interpretação do direito para o sistema de administração da Justiça Civil como um todo e para a sociedade civil em geral¹¹⁴. Previu-se o dever de identificação e de congruência das súmulas com as circunstâncias fáticas dos casos que motivaram suas criações¹¹⁵. O conceito de súmulas indica essencialmente trabalhar em um terceiro nível discursivo, no qual a decisão é o primeiro grau, o precedente e a jurisprudência uniforme o segundo e as súmulas constituem um terceiro nível de discurso¹¹⁶.

¹⁰⁷ Art. 1.029 e 1.043 do CPC.

¹⁰⁸ Art. 926 do CPC.

¹⁰⁹ Art. 927 do CPC.

¹¹⁰ Art. 974 do CPC.

¹¹¹ Art. 926, §§ 1º e 2º, do CPC.

¹¹² Art. 932 do CPC.

¹¹³ LEAL, Victor Nunes. *Passado e Futuro da Súmula do STF*, Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, 1981. p. 1, 145.

¹¹⁴ Art. 927, II e IV, do CPC.

¹¹⁵ Art. 926, §2º, CPC.

¹¹⁶ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

Tratam-se, portanto, de enunciados que buscam retratar de forma direta e simples os precedentes. São extratos¹¹⁷, que visam retratar precedentes, alocando-se em um nível acima do nível de precedentes¹¹⁸. Por isso, deve-se fixar às circunstâncias fático-jurídicas que deram azo à formação dos precedentes subjacentes¹¹⁹, devendo-se manter congruência com os julgados que lhe serviram de base¹²⁰.

As súmulas vinculantes, por sua vez, instituídas pela Emenda Constitucional n. 45/2004¹²¹, devem ter por objeto o teor de *reiteradas decisões* sobre matéria constitucional¹²². A edição da súmula, portanto, não confere à Corte poder normativo autônomo e sem relação com a sua atividade judicante. Nos termos da Constituição Federal, o conteúdo da súmula precisa representar uma síntese da questão sobre a qual a Corte já se pronunciou, no mínimo, mais de uma vez. Na elaboração das súmulas, contudo, também é possível identificar a confusão entre o comando normativo e as considerações marginais¹²³.

A Súmula Vinculante n. 3 é um exemplo disso. Ela dispõe que nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Tratam-se de duas teses jurídicas no mesmo texto sumular. A primeira tese prevê que o Tribunal de Contas da União (TCU) não está obrigado a abrir oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa ao analisar ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. A segunda corresponde à afirmação de que o Tribunal está obrigado à facultar ao interessado o exercício de seu direito de defesa, quando sua decisão puder ensejar a anulação ou revogação de ato administrativo que já tenha se aperfeiçoado.

¹¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freiras. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. p. 429.

¹¹⁸ Ibidem. p. 104.

¹¹⁹ Art. 926, §2º, do CPC.

¹²⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes – O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo. Rio de Janeiro: renovar, 2008, p. 166.

¹²¹ BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45, de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União em 31/12/2004, p. 9.

¹²² Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

¹²³ GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança Revista Dialética de Direito Processual, n. 10, p. 44-54, jan. 2004.

A maioria dos precedentes indicados como paradigma para a elaboração do enunciado sumular versa sobre a concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão (tese 1). Contudo, apenas um julgado indicado versa sobre a anulação ou revogação pelo Tribunal de ato que beneficiaria o interessado fora dessas hipóteses (tese 2). Os outros precedentes indicados tratavam do assunto apenas como consideração marginal. Ao sumular também a tese 2 foi produzida súmula vinculante que, em parte, não se baseava em decisões reiteradas sobre a matéria.

Por serem guias para a interpretação do direito para o sistema de administração da Justiça Civil como um todo e para a sociedade civil em geral, a edição e um enunciado de súmula deve ater-se ao cuidado de fixar as circunstâncias fático-jurídicas que deram azo à formação dos precedentes subjacentes, devendo-se manter congruência com os julgados que lhe serviram de base e ter por objeto o teor de *reiteradas decisões* sobre a matéria sumulada.

1.2.6 Modelos colegiados de decisão

O processo decisório dos tribunais é baseado em quatro modelos colegiados de decisão: a) o sistema deliberativo; b) o sistema agregativo; c) o sistema interno; e d) o sistema externo de julgamento¹²⁴.

O sistema deliberativo geralmente – mas não necessariamente – é associado ao sistema interno. É aquele no qual os membros do órgão colegiado buscam constituir uma decisão

¹²⁴ FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, vol. 84, 2005, p. 284 e ss.; KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many. *California Law Review*, vol. 81, n. 1, p. 1-61, jan. 1993; FERREJOHN, John; PASQUALE, Pasquino. Constitutional Courts as deliberative institutions: towards institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (org.). *Constitutional Justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective*. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=9eoyGt-fFmYC&pg=PA21&lpg=PA21&dq=Constitutional+Courts+as+deliberative+institutions:+towards+institutional+theory+of+constitutional+justice&source=bl&ots=lfbgJ68bUm&sig=31SS_CICs_rOyFicT56KZAHvn7A&hl=ptBR&sa=X&ei=svpwUNXpKtLW0gH9j4D4Bg&ved=0CCUQ6AEwAA#v=onepage&q=Constitutional%20Courts%20as%20deliberative%20institutions%3A%20towards%20institutional%20theory%20of%20constitutional%20justice&f=false>. Acesso em: 05.10.2012; ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Nova York: Cambridge University Press, 2007, p. 406-408; BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 39-41. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_1_1032010.pdf>. Acesso em: 02.06.2012; SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, 2009; MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada Barbieri (org.). *Direito e interpretação. Racionalidade e instituições*. São Paulo: Saraiva, p. 337-361, 2011; BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em: 09.10.2012.

comum a partir dos diversos pontos de vista apresentados por cada um de seus integrantes. Produzem um entendimento como instituição. Ao deliberarem, consideram as questões trazidas pelos demais membros do órgão colegiado e pressupõem a disposição dos julgados para alterar ou para evoluir o entendimento do Tribunal. Trata-se de sistema interno, pois a discussão dos fundamentos e a decisão do caso são feitas a portas fechadas. Os advogados, as partes ou mesmo a população não tem acesso a etapa de formação da convicção dos magistrados.

Esse sistema preserva o entendimento individual de cada magistrado, o que favorece a mudança e a acomodação de opiniões, facilitando a produção de um julgado de consenso. É considerado um modelo menos transparente e comporta, por outro lado, menor controle social, pois não permite que o público em geral acompanhe o processo decisório do Tribunal.

O sistema agregativo de decisão, por sua vez, trata-se de um produto do somatório dos votos apresentados por cada um dos membros do órgão colegiado. Cada magistrado fala por si, não produzindo, necessariamente, um entendimento comum, que abarque os diferentes pontos de vista e passe a representar o posicionamento do tribunal como instituição. É associado ao modelo externo de decisão, pois cada voto recebe publicidade na imprensa oficial ou nas sessões de julgamento acessadas pelo público. Esse modelo favorece a transparência e o controle social do tribunal. A exposição ao público, por outro lado, faz com que o magistrado se preocupe com a exposição de seu ponto de vista e essa preocupação pode dificultar a troca de opiniões e uma atitude verdadeiramente deliberativa¹²⁵.

Os tribunais extraordinários brasileiros adotam o sistema agregativo externo de julgamento. A publicidade de votos dos ministros promove-se, ainda, por meio de televisionamento das sessões plenárias do Supremo Tribunal Federal. Os acórdãos do STF são o resultado do somatório dos votos de cada ministro. Os votos manifestam o próprio entendimento sobre como a demanda deve ser decidida e o porquê. Há considerável dificuldade de interação entre eles.

Os acórdãos não se tornam, portanto, uma decisão que reflita o pensamento do tribunal como instituição. O voto do relator também não busca expressar o entendimento da maioria. Conseqüentemente, reúnem manifestações de voto de cada um de seus integrantes e se tornam extremamente extensos, por vezes de difícil apreensão até mesmo pela comunidade jurídica. Os votos, muitas vezes, chegam prontos às sessões de julgamento, não havendo uma preocupação

¹²⁵ FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review cit., p. 284 e ss.; EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. The choices justices make. Washington: CQ Press, 1998.

em manifestar-se sobre os fundamentos invocados pelos demais magistrados ou em definir uma tese jurídica aceita pela maioria¹²⁶.

Não se define, portanto, na mesma oportunidade, a tese jurídica que serviu de premissa necessária à decisão. Não se define o comando normativo que determinará a decisão de casos semelhantes, inclusive perante as instâncias inferiores e perante a Administração Pública. Os demais órgãos judiciais e os jurisdicionados passam, assim, a ter que avaliar se houve um fundamento jurídico comum¹²⁷.

É comum, também, que o relator de determinada demanda, quando preza muito certa posição sobre um assunto levado a julgamento, que inclua referência a essa posição na ementa do julgado, mesmo quando esse entendimento não corresponde ao posicionamento da maioria. Inclui-se na ementa do julgado o *obiter dictum* como se constituísse uma síntese do que restou decidido como se correspondesse ao comando normativo de direito aprovado pela maioria. Essa conduta prejudica a apreensão do que efetivamente ficou decidido, podendo levar a erro aqueles que procuram compreendê-lo¹²⁸.

1.2.7 Eficácia transcendente da fundamentação

Há, atualmente, uma discussão no Supremo Tribunal Federal acerca do alcance dos efeitos normativos produzidos por seus julgados em sede de controle concentrado de normas. A questão é: os efeitos devem-se restringir ao dispositivo da decisão ou se estendem aos motivos que a determinaram. Aos que admitem à segunda hipótese, o STF vem denominando a de “eficácia transcendente da fundamentação”. Trata-se de atribuir efeito normativo ao comando emergente do precedente, da mesma forma como ocorre com a *ratio decidendi* nos países que adotam o *common law*.

A tese foi acolhida pelo STF¹²⁹, e a partir de 2006 passou-se a verificar uma tendência da maioria a rejeitar a atribuição de efeitos normativos ao comando que serviu de base às decisões proferidas em controle concentrado¹³⁰. Os ministros que se posicionam de forma contrária à eficácia transcendente da fundamentação manifestam preocupação acerca da

¹²⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades*. In Direito Jurisprudencial: volume II/ coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 984.

¹²⁷ Ibidem. p. 985.

¹²⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades*. In Direito Jurisprudencial: volume II/ coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 985.

¹²⁹ Rcl 2363-AgR, j. 23 out. 2003, DJ 01 abr. 2005, pleno, rel. Min. Gilmar Mendes.

¹³⁰ Rcl 11.479,j. 19.12.2012, DJ 25 fev. 2013, pleno, rel. Min. Cármen Lúcia.

enxurrada de reclamações que o reconhecimento de tal eficácia possa ensejar, sobrecarregando o Tribunal. Alegam também que a atribuição de efeitos normativos deve observar os limites em que as ações direitas são propostas, não devendo ser estendida para norma diversa e que a reclamação não deve ser utilizada como instrumento de uniformização de jurisprudência¹³¹.

Constata-se que a dificuldade em definir a eficácia transcendente dos motivos determinantes da decisão não procede de aspectos jurídicos e técnicos, mas, sim, de preocupações políticas judiciárias, acerca da sobrecarga do Tribunal. Independentemente do STF concluir pela eficácia transcendente dos motivos determinantes, é necessário que o Tribunal implemente medidas que permitam a adequada identificação da *ratio decidendi* de suas decisões.

A adoção da aplicação da política de *stare decisis* produziu o desenvolvimento das práticas acima expostas para orientar a aplicação dos precedentes. É relevante para a operação dessa política a identificação do comando normativos das decisões e a aplicação dos métodos tratados nesse capítulo. Imperioso é, portanto, aplicar essas práticas aos julgados que deram origem ao enunciado 609 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

¹³¹ Rcl 13.115/MC-AgR

2 ENUNCIADO 609 DA SÚMULA DO STJ

É preciso, para o estudo da aplicação da política de *stare decisis* ao enunciado sumular n. 609 do Superior Tribunal de Justiça, a análise de todas as decisões que deram origem ao enunciado, a fim de identificar se foram utilizados os métodos estudados no capítulo anterior.

Destaca-se, inicialmente, que o enunciado sumular, conforme será detalhadamente estudado, não faz distinção da natureza do contrato securitário – seguro de vida, seguro de saúde, plano de saúde, seguro habitacional - ao qual é aplicada a tese jurídica. Faz-se, por essa razão, necessário analisar os precedentes que aplicaram o entendimento da tese jurídica do enunciado 609 da Súmula aos contratos de plano de saúde para que seja possível identificar a necessidade de modulação do enunciado em relação a essa natureza contratual.

2.1 Características do enunciado

O enunciado n. 609 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça foi publicado no Diário de Justiça Eletrônico (DJe) do dia 17/04/2018, referente a julgamento datado de 11/04/2018, pela Segunda Seção do Tribunal, o qual ficou definido da seguinte forma:

A recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado.

É possível identificar a presença de duas teses jurídicas, duas razões de decidir, no mencionado enunciado, são elas: a) a ilicitude da conduta da seguradora que recusa cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, se não houve a exigência de exames médicos prévios; e b) a ilicitude da conduta da seguradora que recusa a cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, se não demonstrada a má-fé do segurado.

O enunciado utiliza a conjunção “ou” para distinguir as teses jurídicas ali abarcadas, o que quer dizer que é ilícita a conduta diante da ocorrência de qualquer das duas situações apontadas: a ausência de exigência de exames prévios e a demonstração da má-fé.

A referência legislativa do enunciado são os artigos 422, 765 e 766 do Código Civil, e o artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor. Assim, o Código Civil, dispõe:

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido.

Por seu turno, o Código de Defesa do Consumidor, determina:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Os julgados do Superior Tribunal de Justiça que deram origem ao enunciado foram: Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 177.250 MT, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 330.295 RS, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 353.692 DF, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 429.292 GO, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.299.589 SP, Agravo Regimental no Recurso Especial n.1.359.184 SP, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 767.967 RS, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 826.988 MT, Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 868.485 RS, Agravo Interno no Recurso Especial n. 1280544 PR, Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n. 237692 SC e o Recurso Especial n. 1230233 MG¹³².

Cada um dos precedentes apontados será analisado individualmente nos próximos tópicos. A intenção é verificar se a sua aplicação está de acordo com os métodos de identificação do *stare decisis* estudados no capítulo 1 e se deveriam ter sido apontados como precedentes referências para a criação da tese jurídica firmada no enunciado 609 da Súmula do STJ.

2.2 Análise das decisões que deram origem ao enunciado 609 da Súmula do STJ

São doze os precedentes apontados como referência para a criação da tese jurídica presente no enunciado sumular. O método utilizado para sua análise será a descrição dos casos concretos, o relatório das decisões proferidas em primeira e segunda instância, a exposição dos fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça e, por fim, a análise de aplicação dos métodos estudados no capítulo 1.

¹³² STJ. Súmulas. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27609%27>>. Acessado em 29/01/2019 em

2.2.1 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 177.250 MT

O primeiro precedente listado pelo Superior Tribunal de Justiça como referência para a criação do enunciado da súmula 609 é o acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 177250 do Mato Grosso.

Trata-se, na origem, de ação de cobrança com indenização por danos morais, ajuizada pelos beneficiários de contrato de seguro, em face da seguradora, na qual alegam que sua genitora firmou contrato de seguro, cujo objeto era o pagamento das despesas funerárias, bem como indenização no caso de ocorrência dos eventos cobertos previstos nas garantias constantes do contrato.

A genitora, em 2008, veio à óbito, tendo como causa da morte septicemia, trombose mesentérica, fibrilação atrial crônica – insuficiência cardíaca. A seguradora indeferiu a solicitação de cobertura das despesas funerárias, bem como a indenização devida, sob o fundamento de que a doença que levou à segurada à óbito tratava-se de doença preexistente que havia sido omitida por ela no ato da contratação.

O juízo de primeiro grau entendeu que não restou provado que a segurada era portadora de qualquer doença preexistente que tivesse conhecimento. Julgou procedentes os pedidos para condenar a seguradora ao pagamento das despesas funerárias; indenização pelo falecimento; bem como indenização por danos morais.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso deu parcial provimento à apelação interposta pela seguradora para excluir a condenação por danos morais, sob o fundamento de que o mero descumprimento contratual não enseja danos morais.

Interposto recurso especial em face do acórdão por ambas as partes, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento¹³³ ao recurso para restabelecer a condenação por danos morais prevista na sentença. Alegou que, conforme previsto no acórdão recorrido, não restou

¹³³ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO. RECUSA INJUSTIFICADA DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. Quanto à alegação no sentido de que a recusa do prêmio foi justificada porque a agravada agiu de má-fé, ao ocultar doença preexistente, a sua verificação demandaria a incursão na seara fática dos autos. E, sob este aspecto, tem aplicação a Súmula 7 do STJ.

2. Não comprovada a má-fé do segurado quando da contratação do seguro saúde e, ainda, não exigida, pela seguradora, a realização de exames médicos, não pode a cobertura securitária ser recusada com base na alegação da existência de doença pré-existente.

3. Danos morais caracterizados pela recusa injustificada da cobertura securitária.

4. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa.

(AgRg no AREsp 177.250/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 30/10/2012).

comprovada a má-fé da segurada quando da contratação do seguro e, não exigida, pela seguradora, a realização de exames médicos, não pode a cobertura securitária ser recusada com base na alegação da existência de doença preexistente.

Utilizando a técnica de identificação da *radio decidendi* mencionada no capítulo anterior, os aspectos fáticos jurídicos considerados como relevantes no enunciado 609 da Súmula do STJ são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob o fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B) ou não tenha demonstrado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

Observa-se que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça fundamentou a decisão considerando que se trata de negativa securitária, sob o fundamento de doença e lesão preexistente por parte da segurada (A), pela ausência de comprovação de má-fé da segurada quando da contratação do seguro (B) e pela ausência de exigência de realização de exames médicos pela seguradora (B) – todos os fatos relevantes para a aplicação do resultado (X) e concluiu ser considerada ilícita a conduta da seguradora (X), com base em tais fundamentos.

Entende-se estar corretamente aplicada a tese jurídica do enunciado ao caso em comento, pois presentes todos os elementos relevantes e concluindo no sentido do resultado padrão (X).

2.2.2 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 330.295 RS

O segundo precedente apontado como referência para a fixação do enunciado 609 do Superior Tribunal de Justiça é o acórdão proferido no julgamento ao Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 330.295, com origem no Rio Grande do Sul.

Trata-se, na origem, de ação de cobrança, ajuizada pelos beneficiários de contrato de seguro, em face da seguradora, na qual alegam que sua genitora firmou contrato de seguro, cujo objeto era o pagamento das despesas funerárias, bem como indenização no caso de ocorrência dos eventos cobertos previstos nas garantias constantes do contrato.

A genitora, em 2006, veio à óbito. Alega que a seguradora cobriu as despesas funerárias e realizou o pagamento de um salário mínimo pelo período de nove meses. Negou, no entanto, o pagamento da indenização, sob o fundamento de que a doença que levou à genitora à óbito tratava-se de doença preexistente que havia sido omitida por ela no ato da contratação.

A sentença entendeu que a segurada declarou inexistir algum problema de saúde, bem como de doenças e de tratamento especificados na Declaração de Saúde preenchida no ato da

contratação. Concluiu, contudo, que não restou comprovado que o preenchimento foi realizado com má-fé. Julgou procedente para condenar as seguradoras ao pagamento do prêmio.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul declarou que o cerne do debate reside no fato de a segurada ter ou não omitido doença preexistente no momento da contratação do seguro com o intuito de obter vantagem. Entendeu que cabia à seguradora certificar-se acerca da veracidade das informações prestadas antes da assinatura do contrato; e ao não realizar exames prévios para certificação da condição física do consumidor quando da assinatura do contrato, responde pelos riscos assumidos.

Entendeu, ainda, que a alegação de que a segurada agiu de má-fé ao prestar informações ocultando o que de fato lhe acometia não prospera, pois não comprovou a má-fé alegada. Afirma que não restou comprovada a ciência inequívoca da segurada da doença que lhe acometia, que era ônus da seguradora de comprovar. Negou, assim, provimento ao recurso.

Interposto recurso especial pela seguradora, esse teve o provimento negado¹³⁴, sob o fundamento de que o Tribunal de origem entendeu não ter sido verificada a má-fé da contratante, já que não ficou comprovado que a doença que ocasionara o óbito da segurada era preexistente à celebração do contrato. Fundamentou que, para concluir de modo diverso do entendimento do Tribunal de origem, seria necessário o revolvimento fático-probatório, o que não é possível pela via do recurso especial, nos termos do enunciado 7¹³⁵ da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à necessidade de realização prévia de exames médicos solicitados pela seguradora, entendeu que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do STJ e citou os precedentes proferidos no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 177.250 de MT, o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 295.625 de SP e o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 89.380 de SP.

As razões de decidir do acórdão foram, portanto: a) impossibilidade de análise da má-fé da segurada, ante a impossibilidade de revolvimento dos fatos e das provas proferidas nos

¹³⁴ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. DEVER DE INDENIZAR. CONDIÇÃO PREEXISTENTE NÃO COMPROVADA. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. NÃO REALIZAÇÃO DE EXAMES PRÉVIOS. SÚMULA N. 83/STJ.

1. É inviável a revisão, em recurso especial, de matéria probatória relativa à existência de doença preexistente à contratação do seguro e à má-fé da parte contratante. Incidência da Súmula n. 7/STJ.

2. É indevida a negativa de cobertura do seguro de vida por doença preexistente sem a realização de exames prévios e comprovação da má-fé da parte contratante. Aplicação da Súmula n. 83/STJ.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 330.295/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/02/2015, DJe 13/02/2015)

¹³⁵ Enunciado n. 7 da Súmula do STJ: A PRETENSÃO DE SIMPLES REEXAME DE PROVA NÃO ENSEJA RECURSO ESPECIAL. DJ 03/07/1990 p. 6478, RSTJ vol. 16 p. 157, RT vol. 661 p.172. Decisão: 28/06/1990.

autos, prevista do enunciado 7 da Súmula do STJ; e b) a indicação da própria jurisprudência para confirmar a ilicitude de negativa de cobertura securitária sob alegação de doença preexistente se não exigidos exames prévios pela seguradora.

Utilizando a técnica de identificação da *ratio decidendi* mencionada no capítulo anterior, os aspectos fáticos jurídicos considerados como relevantes no enunciado 609 da Súmula do STJ são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob o fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B) ou não tenha demonstrado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

Observa-se que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça não se baseou em nenhum dos fatos relevantes presentes no enunciado para concluir pela ilegalidade da conduta da seguradora. O precedente indicado não analisa a *ratio decidendi* que deu origem ao enunciado sumular. Não é feito, no referido precedente, qualquer análise jurídica acerca de quais razões levariam a concluir que é obrigatória a exigência de exames prévios à contratação para que a seguradora possa negar a cobertura securitária, sob alegação de doença preexistente. Não é, tampouco, analisada a conduta do segurado, se agiu ou não de boa-fé, dando ensejo à aplicação da segunda parte do enunciado sumular.

A referência à própria jurisprudência é mera *obiter dicta* da decisão, que tem força persuasiva, mas não pode ser utilizada como parte vinculante. O enunciado sumular deve ter como precedentes de referência decisões nas quais as teses jurídicas implementadas pelo enunciado tenham sido diretamente discutidas nos precedentes indicados.

Entende-se que a indicação da própria jurisprudência não deve ser utilizada como método de argumentação para vinculação da tese jurídica criada pelo enunciado sumular, sob pena de que se entre em um ciclo de indicações de precedentes e que se perca a decisão da qual a *ratio decidendi* foi, de fato, estabelecida.

2.2.3 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 353.692 DF

O terceiro precedente apontado como referência para a fixação do enunciado 609 do Superior Tribunal de Justiça é o acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 353.692 com origem no Distrito Federal.

Trata-se, na origem, de ação de conhecimento ajuizada pelo segurado em face da seguradora – e empregadora – do segurado, na qual pleiteia o pagamento de indenização securitária no valor de R\$75.143,93. Afirmou que na composição do financiamento de sua

residência firmou contrato de seguro com a seguradora e que foi aposentado por invalidez por encaminhamento da própria seguradora, em razão de uma lesão nos olhos que resultaram em cegueira parcial do segurado.

Alegou que a empresa jamais solicitou o preenchimento de declaração pessoal de saúde ou qualquer outro documento em que poderia informar suas condições de saúde. Ao ser aposentado por invalidez, requereu o pagamento da indenização, a qual foi negada sob o fundamento de que se tratava de lesão omitida ocorrida antes da contratação do seguro.

A sentença julgou procedente os pedidos para condenar a empresa seguradora-empregadora ao pagamento da indenização securitária a ser amortizada do saldo devedor do financiamento do imóvel. Fundamentou que incumbia a empresa a comprovação de eventual má-fé do segurado; que a simples pré-existência da doença não caracteriza falta de transparência por parte do contratante; que quando a seguradora deixa de exigir a submissão a exames médicos prévios, assume risco de responder pela indenização ainda que demonstrada a pré-existência da moléstia.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios negou provimento à apelação da seguradora, sob o fundamento de que a jurisprudência entende que cabe à seguradora, no momento da contratação, exigir exames ou atestados comprobatórios do estado de saúde do contratante, sob pena de aceitação tácita das condições declaradas. Ainda, que a escusa ao pagamento está condicionada à comprovação da má-fé, que não se presume. Entendeu que a seguradora não comprovou a má-fé do segurado. Afirma que apesar de ser irrefutável que o segurado tinha conhecimento à época da contratação, de ser portador da lesão nos olhos, é perfeitamente possível que não tivesse noção do alcance de sua patologia. A apelação interposta pelo segurado teve o provimento parcial para reformar a sentença a fim de condenar a seguradora ao pagamento direto da indenização securitária.

Interposto recurso especial pela seguradora e posteriormente agravo interno, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento¹³⁶ a ambos, sob o fundamento de que a jurisprudência da

¹³⁶ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SEGURO DE VIDA. FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. ENFERMIDADE PREEXISTENTE. OMISSÃO DO SEGURADO. ATESTADOS COMPROBATÓRIOS DA SAÚDE DO SEGURADO NÃO EXIGIDOS. MÁ-FÉ DO SEGURADO NÃO COMPROVADA. EXCLUSÃO DE COBERTURA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 7 E 83 DO STJ.

1. A mera alegação de que o segurado se omitiu em informar enfermidade preexistente não é bastante para afastar o pagamento da indenização securitária se, no momento da contratação, a seguradora não exigiu atestados comprobatórios do estado do segurado nem constatou sua má-fé.

2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". Incidência da Súmula n. 83/STJ.

3. Concluir que o segurado omitiu, de má-fé, doença preexistente quando da contratação do seguro de vida demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. Aplicação da Súmula n. 7/STJ.

Corte é no sentido de que a mera alegação de que o segurado se omitiu em informar enfermidades preexistentes não é o bastante para afastar o pagamento da indenização securitária, se, no momento da contratação, a seguradora não exigiu atestados comprobatórios do estado do segurado nem constatou sua má-fé. Indicou os seguintes precedentes para justificar a decisão: 1.074.546/RJ, 177.250/MT, 295.625/SP, 429.292/GO.

Utilizando a técnica de identificação da *radio decidendi* mencionada no capítulo anterior, os aspectos fáticos jurídicos considerados como relevantes no enunciado 609 da Súmula do STJ são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob o fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B) ou não tenha demonstrado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

Observa-se que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça identificou tratar-se de negativa securitária, sob o fundamento de doença preexistente (A) e que a mera omissão de informações na declaração de saúde no ato da contratação não configura a má-fé do segurado (B). Conclui, portanto, pela ilegalidade da conduta da seguradora (X).

Entende-se estar corretamente aplicada a tese jurídica do enunciado ao caso em comento, pois presentes todos os elementos relevantes e concluindo no sentido do resultado padrão (X).

2.2.4 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 429.292 GO

O quarto precedente apontado como referência para a fixação do enunciado 609 do Superior Tribunal de Justiça é o acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 429.292 GO.

Trata-se na origem de ação de cobrança ajuizada pelos beneficiários de seguro de vida, na qual pleiteiam o pagamento do seguro no valor de R\$75.000,00, ante o falecimento do segurado. Alegam que a seguradora teria se negado a pagar a indenização sob o fundamento de que o segurado, ao preencher a proposta para a contratação do seguro, deixou de declarar a septicemia de que era portador à época. A sentença julgou procedente o pedido.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás negou provimento à apelação sob o fundamento de que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 353.692/DF, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/2015, DJe 11/06/2015)

que a seguradora não pode se esquivar do pagamento do valor segurado, com arrimo na alegação de que a *causa mortis* decorre de doença preexistente, a menos que exija previamente, quando da celebração do contrato, a realização de exames médicos. Fundamenta também que o pagamento regular do prêmio do seguro compele a seguradora contratada a indenizar os beneficiários indicados na apólice, sob pena de restar caracterizado seu enriquecimento ilícito.

Interposto recurso especial pela seguradora, este foi improvido¹³⁷, sob o fundamento de que o tribunal de origem concluiu ser ilícita a recusa da seguradora, porque não restou comprovado que ela solicitou os exames prévios necessários ou que o segurado tenha agido de má-fé. Seriam necessários, para concluir de forma diversa, a reavaliação das provas e o reexame da matéria fática, o que é vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Utilizando a técnica de identificação da *radio decidendi* mencionada no capítulo anterior, os aspectos fáticos jurídicos considerados como relevantes no enunciado 609 da Súmula do STJ são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob o fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B) ou não tenha demonstrado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

Observa-se que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça identificou tratar-se de negativa securitária, sob o fundamento de doença preexistente (A) e que a seguradora não exigiu a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B). Conclui, portanto, pela ilegalidade da conduta da seguradora (X).

¹³⁷ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INÉPCIA DA INICIAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. OMISSÃO INEXISTENTE. SEGURO DE VIDA. INDENIZAÇÃO. DOENÇA PREEXISTENTE. MÁ-FÉ AFASTADA. REEXAME DE PROVAS. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 7/STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL.

1. Não viola o art 535 do CPC o acórdão que motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entendeu cabível à hipótese.

2. Havendo pedido para receber o pagamento do seguro por morte do proponente e constando o valor da indenização por morte na proposta de seguro, não se configura a hipótese de inépcia da inicial ou de julgamento extra petita.

3. Esta Corte Superior é firme no entendimento de que, sem a exigência de exames prévios e não provada a má-fé do segurado, é ilícita a recusa da cobertura securitária sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro. Precedentes.

4. Quando as conclusões da Corte de origem resultam da estrita análise das provas carreadas aos autos e das circunstâncias fáticas que permeiam a demanda, não há como rever o posicionamento em virtude da incidência da Súmula nº 7/STJ.

5. Nas indenizações securitárias, a correção monetária incide desde a data da celebração do contrato até o dia do efetivo pagamento do seguro.

6. Em respeito ao princípio do non reformatio in pejus, permanece hígido o entendimento do acórdão impugnado de que, na hipótese, a correção monetária incidirá a partir da data em que se verificou o óbito do segurado.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 429.292/GO, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 13/03/2015)

Entende-se estar corretamente aplicada a tese jurídica do enunciado ao caso em comento, pois presentes todos os elementos relevantes e concluindo no sentido do resultado padrão (X).

2.2.5 Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.299.589 SP

O quinto precedente apontado como referência para a fixação do enunciado 609 do Superior Tribunal de Justiça é o acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.299.589, com origem em São Paulo.

Trata-se na origem de ação de cobrança, concomitante com reparação de danos morais, ajuizada pela segurada na qual pleiteia o pagamento de indenização do seguro no valor de R\$40.000,00 e indenização por danos morais. Alega que firmou em 2004 contrato de proteção de saúde para mulheres, no qual estava previsto o pagamento de indenização em caso de diagnóstico de câncer de mama, uterino, entre outros. Aduz que no ano anterior, 2003, foi vítima de câncer uterino e que, no ato da contratação do seguro informou a circunstância à seguradora. Afirma que no final de 2004 foi diagnosticada novamente com a doença, mas em estágio mais avançado. Alega que a seguradora teria se negado a pagar a indenização sob o fundamento de que a doença era preexistente à celebração do contrato.

Em audiência preliminar foi noticiado que a segurada faleceu e foi regularizado o polo ativo. A sentença julgou procedente o pleito autoral para condenar a seguradora ao pagamento de R\$40.000,00 pela indenização do seguro, além de R\$80.000,00 pelos danos morais causados. O Tribunal de Justiça de São Paulo deu parcial provimento ao recurso interposto pela seguradora para afastar a condenação em dano moral e determinar que os juros moratórios incidam a partir da citação.

Interpostos recurso especial pela seguradora e pelos beneficiários, foi dado provimento apenas ao recurso especial dos beneficiários, para restabelecer os termos da sentença. Interposto agravo interno da decisão pela seguradora, o Superior Tribunal de Justiça negou provimento¹³⁸

¹³⁸ EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA E POR DANOS MORAIS. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. RECUSA INJUSTIFICADA DA COBERTURA. MESMO TRATAMENTO JURÍDICO DADO AO CONTRATO DE SEGURO DE SAÚDE. DANO MORAL *IN RE IPSA*. CONFIGURAÇÃO. DOENÇA PREEXISTENTE. MÁ-FÉ DA SEGURADA NÃO VERIFICADA. DIREITO À INDENIZAÇÃO. REFORMA DO JULGADO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. INVIABILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR NÃO EXORBITANTE. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 83 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. Na hipótese em comento, não obstante se tratar de seguro de vida, o Juízo singular entendeu que a negativa da cobertura, sob o argumento de doença preexistente, configurou dano moral e, conseqüentemente, deu ensejo à indenização. Aplicação da Súmula nº 7 do STJ.

ao recurso, sob os seguintes fundamentos: a) a recusa injustificada da cobertura oriunda do contrato de seguro de vida, no caso em comento, teve o mesmo tratamento jurídico dado ao contrato de seguro de saúde, caracterizando dano moral *in re ipsa*; b) no tocante ao pagamento da indenização relativa ao seguro, a Corte tem entendimento pacífico de que, sem a exigência de exames prévios e não provada a má-fé do segurado é ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro. Para tanto, colaciona a ementa do julgado AgRg no AREsp n. 429.292/GO; c) é necessário, para concluir de forma diversa da Corte estadual, o revolvimento do conjunto fático-probatório, vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Utilizando a técnica de identificação da *ratio decidendi* mencionada no capítulo anterior, os aspectos fáticos jurídicos considerados como relevantes no enunciado 609 da Súmula do STJ são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob o fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B) ou não tenha demonstrado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

Observa-se que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça identificou tratar-se de negativa securitária, sob o fundamento de doença preexistente (A), que a seguradora não exigiu a realização de exames prévios e nem demonstrou a má-fé do segurado (B). Conclui, portanto, pela ilegalidade da conduta da seguradora (X).

Entende-se estar corretamente aplicada a tese jurídica do enunciado ao caso em comento, pois presentes todos os elementos relevantes e concluindo no sentido do resultado padrão (X).

2. A recusa injustificada da cobertura oriunda de contrato de seguro de vida, neste caso, teve o mesmo tratamento jurídico dado ao contrato de seguro de saúde, caracterizando dano moral *in re ipsa*, ou seja, aquele que independe da comprovação do abalo psicológico sofrido pelo segurado.

2. A Corte estadual, embasada na jurisprudência do STJ, entendeu que a seguradora-agravante não poderia negar o pagamento da indenização se assumiu o risco ao não realizar os exames médicos antes da contratação do seguro de vida, considerando ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente.

3. Este Tribunal Superior somente altera o valor indenizatório por dano moral nas hipóteses em que a quantia fixada pelas instâncias ordinárias se mostrar exorbitante ou ínfima, situação em que não se faz presente no caso em tela.

4. A seguradora-agravante não apresentou argumento novo capaz de modificar a conclusão adotada, que se apoiou em entendimento aqui consolidado. Incidência da Súmula nº 83 do STJ.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1299589/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 11/09/2015)

2.2.6 Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.359.184 SP

O sexto precedente apontado como referência para a fixação do enunciado 609 do Superior Tribunal de Justiça é o acórdão proferido no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.359.184, com origem em São Paulo.

Trata-se, na origem, de ação de indenização de seguro de vida interposta pela beneficiária de seguro de vida, em face da seguradora, na qual pleiteia pelo recebimento de cobertura securitária devida decorrente de apólice de seguro de vida em grupo do qual era titular seu marido, no valor de R\$17.083,56. Alega, para tanto, que o segurado não sabia ser portador da doença de Chagas, fato que contribuiu com o seu falecimento. A seguradora afirma que se recusou a pagar a indenização em razão da doença da qual o segurado faleceu ter sido diagnosticada em data anterior à celebração do contrato e em tratamento desde 1997, ao passo que o contrato foi celebrado em 2004, momento no qual preencheu a proposta do contrato de seguro e negou a existência da doença, agindo de má-fé.

Os pedidos da beneficiária foram julgados procedentes, em sentença, para condenar a seguradora ao pagamento no valor de R\$17.083,56. O Tribunal de Justiça de São Paulo deu provimento ao recurso da seguradora. Utilizou, para tanto, os seguintes fundamentos: a) ausência de boa-fé do segurado ao prestar informações inverídicas na Declaração de Saúde; b) a seguradora não assume os riscos do negócio pelo simples fato de não ter exigido exame médico à época da contratação, pois inexistente um único exame que alcance todas as possibilidades de doença preexistente; e c) comprovada a ofensa ao equilíbrio contratual pela omissão de circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio por parte do segurado, gera a perda do direito à indenização no contrato de seguro.

Interposto recurso especial, este foi provido, para julgar procedente a pretensão deduzida na inicial, condenando a seguradora ao pagamento da indenização securitária, por meio de decisão monocrática. Os fundamentos utilizados pela decisão foram os seguintes: a) indicação da jurisprudência da Corte no sentido de que a seguradora não pode se eximir do dever de pagamento da cobertura securitária, sob a alegação de omissão de informações por parte do segurado, se dele não exigiu exames médicos prévios à contratação do seguro. Indicou para tanto os precedentes dos julgados AgRg no AREsp 429.292/GO, AgRg no REsp 1.172.420/SP, EDcl no Ag 1.162.957/DF e o REsp 1.230.233/MG; e b) a suposta má-fé do segurado – decorrente da omissão intencional de doença preexistente – será relevada quando, sem sofrer de efeitos antecipados, mantém vida regular por vários anos, demonstrando que possuía razoável estado de saúde no momento da contratação da apólice.

Interposto agravo regimental pela seguradora, este foi desprovido¹³⁹ sob argumento de que a jurisprudência da Corte não considera como prova suficiente de má-fé o fato de o segurado conhecer a doença nas hipóteses em que tem sobrevivido de anos e, durante esse período, realiza o pagamento do prêmio. Listou como precedentes os seguintes julgados: AgRg no AgRg no AREsp 14.594/SP, AgRg no REsp 913.120/SP, REsp 543.089/MG, REsp 419.776/DF, REsp 399.455/RS.

Utilizando a técnica de identificação da *ratio decidendi* mencionada no capítulo anterior, os aspectos fáticos jurídicos considerados como relevantes no enunciado 609 da Súmula do STJ são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob o fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B) ou não tenha demonstrado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

Observa-se que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça não se baseou em nenhum dos fatos relevantes presentes no enunciado para concluir pela ilegalidade da conduta da seguradora. O precedente indicado não analisa a *ratio decidendi* que deu origem ao enunciado sumular. Não é feito, no referido precedente, qualquer análise jurídica acerca de quais razões levariam a concluir que é obrigatória a exigência de exames prévios à contratação para que a seguradora possa negar a cobertura securitária, sob alegação de doença preexistente.

A referência à própria jurisprudência é mera *obiter dicta* da decisão, que tem força persuasiva, mas não pode ser utilizada como parte vinculante. O enunciado sumular deve ter como precedentes de referência decisões nas quais as teses jurídicas implementadas pelo enunciado tenham sido diretamente discutidas nos precedentes indicados.

Entende-se que a indicação da própria jurisprudência não deve ser utilizada como método de argumentação para vinculação da tese jurídica criada pelo enunciado sumular, sob

¹³⁹ EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL - DEMANDA POSTULANDO O PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA (SEGURO DE VIDA) - DECISÃO MONOCRÁTICA DANDO PROVIMENTO AO RECLAMO DA BENEFICIÁRIA DE SEGURO DE VIDA. INSURGÊNCIA DA SEGURADORA

1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de não ser possível à seguradora eximir-se do dever de pagamento da cobertura securitária sob a alegação de omissão de informações por parte do segurado, se dele não exigiu exames médicos prévios à contratação do seguro. Precedentes.

1.1. Consoante cediço no STJ, a suposta má-fé do segurado (decorrente da omissão intencional de doença preexistente) será, excepcionalmente, relevada quando, sem sofrer de efeitos antecipados, mantém vida regular por vários anos, demonstrando que possuía razoável estado de saúde no momento da contratação/renovação da apólice securitária. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1359184/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2016, DJe 15/12/2016)

pena de que se entre em um ciclo de indicações de precedentes e que se perca a decisão da qual a *ratio decidendi* foi, de fato, estabelecida.

2.2.7 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 767.967 RS

O sétimo precedente apontado como referência para a fixação do enunciado 609 do Superior Tribunal de Justiça é o acórdão proferido no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 767.967 com origem no Rio Grande do Sul.

Trata-se, na origem, de ação de cobrança ajuizada pela beneficiária do contrato de seguro de vida, em face da seguradora, na qual pleiteia indenização do seguro no valor de R\$33.000,00. Alega que a seguradora negou o pagamento da indenização sob motivação e que o segurado tinha conhecimento prévio à subscrição do seguro de que era portador da moléstia que causou sua morte.

A sentença julgou improcedente a demanda, sob o fundamento de que restou comprovado nos autos que o segurado, à época da contratação, já era conhecedor da doença que lhe acometia desde o ano de 2008 e que assinou contrato que constava a afirmação de que todas as declarações da proposta, inclusive da Declaração de Saúde, eram verdadeiras e previa a exclusão do direito à indenização em caso de omissão dessa circunstância. Por fim, fundamentou que a beneficiária não comprovou que o corretor da seguradora estava ciente da doença do segurado, ônus que lhe incumbia.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento, por maioria, à apelação da beneficiária, utilizando para tanto os seguintes fundamentos: a) o segurado fez verdade velada do seu real estado de saúde, negando doenças anteriores ao contrato, o que configura sua má-fé; b) a seguradora também agiu de má-fé ao receber os valores do prêmio do seguro e ter deixado de exigir exame de saúde do segurado quando aderiu ao plano de seguro; c) a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, para que a seguradora possa valer-se da alegação de doença preexistente com o fito de se exonerar do pagamento da indenização securitária, esta deve exigir a realização de exames prévios ou comprovar a efetiva má-fé do segurado, o que não ocorreu.

Interposto recurso especial pela seguradora, este teve o provimento negado monocraticamente, advindo agravo interno. O recurso foi conhecido em parte e nele negado provimento¹⁴⁰. Os fundamentos do acórdão da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça

¹⁴⁰ EMENTA: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO NA DECISÃO AGRAVADA. INADEQUAÇÃO RECURSAL. SEGURO

foram os seguintes: a) não há que se falar em violação ao art. 535, do CPC/1973, pois a decisão recorrida apreciou efetivamente a questão trazida no recurso, levando em consideração os pressupostos de fato e de direito necessários à solução da controvérsia; e b) é entendimento pacificado na Corte Superior que a seguradora não se desobriga do dever de indenizar, mesmo que o sinistro seja proveniente de doença preexistente ao tempo da celebração do contrato, quando não promove o exame médico prévio. Indica, para tanto os seguintes julgados: AgRg no REsp 612.836/MG, AgRg no Ag 1.062.383/RS, REsp 811.617/AL.

Utilizando a técnica de identificação da *ratio decidendi* mencionada no capítulo anterior, os aspectos fáticos jurídicos considerados como relevantes no enunciado 609 da Súmula do STJ são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob o fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B) ou não tenha demonstrado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

Observa-se que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça não se baseou em nenhum dos fatos relevantes presentes no enunciado para concluir pela ilegalidade da conduta da seguradora. O precedente indicado não analisa a *ratio decidendi* que deu origem ao enunciado sumular. Não é feito, no referido precedente, qualquer análise jurídica acerca de quais razões levariam a concluir que é obrigatória a exigência de exames prévios à contratação para que a seguradora possa negar a cobertura securitária, sob alegação de doença preexistente. Não é, tampouco, analisada a conduta do segurado, se agiu ou não de boa-fé, dando ensejo à aplicação da segunda parte do enunciado sumular.

A referência à própria jurisprudência é mera *obiter dicta* da decisão, que tem força persuasiva, mas não pode ser utilizada como parte vinculante. O enunciado sumular deve ter

DE VIDA. PREEXISTÊNCIA DE MOLÉSTIA NÃO DECLARADA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO SOLICITAÇÃO DE EXAMES MÉDICOS PELA SEGURADORA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NO PONTO, DESPROVIDO.

1. No tocante à alegação de omissão na decisão agravada, não merece ser conhecido o presente recurso, considerando-se o princípio da adequação recursal. Com efeito, para casos assim, prevê o atual Diploma Processual Civil a oposição de embargos de declaração, na forma do seu art. 1.022, I e II. 2. Consoante o entendimento pacificado nesta Corte Superior, a seguradora não se desobriga do dever de indenizar, mesmo que o sinistro seja proveniente de doença preexistente ao tempo da celebração do contrato, quando não promove o exame médico prévio. Precedentes.

3. Se a seguradora, em contrato típico de adesão, aceita a proposta e celebra com o proponente contrato de seguro sem lhe exigir atestado de saúde ou submetê-lo a exames, a fim de verificar sua real condição física, deve suportar o risco do negócio, notadamente quando não fica comprovado que o segurado tenha agido de má-fé.

4. Agravo interno parcialmente conhecido e, no ponto, desprovido.

(AgInt no AREsp 767.967/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017)

como precedentes de referência decisões nas quais as teses jurídicas implementadas pelo enunciado tenham sido diretamente discutidas nos precedentes indicados.

Entende-se que a indicação da própria jurisprudência não deve ser utilizada como método de argumentação para vinculação da tese jurídica criada pelo enunciado sumular, sob pena de que se entre em um ciclo de indicações de precedentes e que se perca a decisão da qual a *ratio decidendi* foi, de fato, estabelecida.

2.2.8 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 826.988 MT

O oitavo precedente apontado como referência para a fixação do enunciado 609 do Superior Tribunal de Justiça é o acórdão proferido no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 826.988, com origem no Mato Grosso.

Trata-se, na origem, de ação de cobrança com reembolso e indenização por danos morais, interposta pela beneficiária de contrato de seguro de vida em face da seguradora, na qual requer o pagamento da Cédula Rural Pignoratícia, bem como o repasse do diferencial encontrado entre o valor da liquidação do financiamento e o da cobertura, além do pagamento por danos morais a serem arbitrados pelo juízo.

Alega, para tanto, que o segurado firmou contrato denominado “BB Seguro Vida Agricultura Familiar” e que, em razão do seu falecimento, requereu junto à seguradora o pagamento da indenização prevista no contrato. Aduz que a seguradora se negou a pagar a indenização sob o fundamento de que houve omissão de informação quanto a existência de doença pré-existente da qual era acometido o segurado. Os pedidos foram julgados procedentes para condenar a seguradora ao pagamento de R\$27.720,00 pela cobertura do seguro de vida da qual era beneficiária e R\$10.000,00 para compensar os danos morais suportados.

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso negou provimento ao recurso de apelação da seguradora. Fundamentou, para tanto, que a seguradora possuía plena liberdade para exigir os exames médicos antes de validar o contrato e, se não o fez, não poderia alegar a má-fé do segurado. Argumentou que o Superior Tribunal de Justiça já sedimentou entendimento de que não pode a Seguradora eximir-se do pagamento da indenização ao argumento de que o segurado era portador de moléstia preexistente se não realizou exame clínico prévio.

Interposto recurso especial, seguido de agravo em recurso especial e, posteriormente, agravo interno, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça argumentou que é entendimento pacificado na Corte que a seguradora não se desobriga do dever de indenizar, mesmo que o sinistro tenha decorrido de doença preexistente, ao tempo da celebração do contrato, se não

realizado exame médico prévio. Citou, para tanto, os precedentes dos seguintes julgados: AgRg no REsp 612.836/MG, AgRg no Ag 1.062.383/RS, REsp 811.617/AL.

Fundamentou, ainda, que o Tribunal de origem afirmou que o segurado não procedeu de má-fé com base no exame dos documentos carreados aos autos e que, para concluir de forma diversa, seria necessário o revolvimento fático-probatório, o que é vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Negou provimento¹⁴¹ ao recurso, com base nesses fundamentos.

Utilizando a técnica de identificação da *ratio decidendi* mencionada no capítulo anterior, os aspectos fáticos jurídicos considerados como relevantes no enunciado 609 da Súmula do STJ são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob o fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B) ou não tenha demonstrado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

Observa-se que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça não se baseou em nenhum dos fatos relevantes presentes no enunciado para concluir pela ilegalidade da conduta da seguradora. O precedente indicado não analisa a *ratio decidendi* que deu origem ao enunciado sumular. Não é feito, no referido precedente, qualquer análise jurídica acerca de quais razões levariam a concluir que é obrigatória a exigência de exames prévios à contratação para que a seguradora possa negar a cobertura securitária, sob alegação de doença preexistente. Não é, tampouco, analisada a conduta do segurado, se agiu ou não de boa-fé, dando ensejo à aplicação da segunda parte do enunciado sumular.

A referência à própria jurisprudência é mera *obiter dicta* da decisão, que tem força persuasiva, mas não pode ser utilizada como parte vinculante. O enunciado sumular deve ter

¹⁴¹ EMENTA: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO DE VIDA. DOENÇA PREEXISTENTE. NÃO COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Na hipótese em exame, aplica-se o Enunciado 2 do Plenário do STJ: "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça."

2. Nos termos da jurisprudência do STJ: "Não comprovada a má-fé do segurado quando da contratação do seguro saúde e, ainda, não exigida, pela seguradora, a realização de exames médicos, não pode a cobertura securitária ser recusada com base na alegação da existência de doença pré-existente" (AgRg no AREsp 177.250/MT, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe de 30/10/2012).

3. Mediante análise do conjunto fático-probatório dos autos, tem-se que o eg. Tribunal de origem concluiu que o segurado não procedeu de má-fé por ocasião da contratação do seguro. Nesse contexto, afigura-se inviável rever tal conclusão, tendo em vista o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental improvido.

(AgInt no AREsp 826.988/MT, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 03/06/2016)

como precedentes de referência decisões nas quais as teses jurídicas implementadas pelo enunciado tenham sido diretamente discutidas nos precedentes indicados.

Entende-se que a indicação da própria jurisprudência não deve ser utilizada como método de argumentação para vinculação da tese jurídica criada pelo enunciado sumular, sob pena de que se entre em um ciclo de indicações de precedentes e que se perca a decisão da qual a *ratio decidendi* foi, de fato, estabelecida.

2.2.9 Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 868.485 RS

O nono precedente apontado como referência para a fixação do enunciado 609 do Superior Tribunal de Justiça é o acórdão proferido no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 868.485, com origem no Rio Grande do Sul.

Trata-se, na origem, de ação de cobrança de seguro de vida, ajuizada pelo segurado em face da seguradora, na qual requer o pagamento do valor de R\$10.000,00 referentes a indenização em face da sua aposentadoria por incapacidade (invalidez por doença). Alega que firmaram contrato de seguro de vida, na qual abarcava a hipótese de indenização por aposentadoria por invalidez. Aposentou-se por invalidez no ano seguinte e requereu o pagamento da indenização pela seguradora. Alega que, apesar de requerido, não obteve resposta da seguradora, razão pela qual ajuizou a ação.

A seguradora, em contestação, alegou inexistência do dever de indenizar, sob o argumento de que existente risco caracterizado em data anterior ao início da vigência da apólice. Os pedidos foram julgados procedentes, em sentença, para condenar a seguradora ao pagamento de R\$10.000,00 a título de indenização pactuada na apólice do seguro.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por maioria, negou provimento ao recurso de apelação interposto pela seguradora. Os fundamentos utilizados foram os seguintes: a) a seguradora assumiu o risco da contratação, pois não realizou formulário algum questionando ao segurado sobre suposta doença ou saúde perfeita; b) incabível a alegação de má-fé do segurado, sendo de responsabilidade da requerida o questionamento acerca da sua saúde; c) a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de é indevida a negativa de cobertura do seguro de vida por doença preexistente sem a realização de exames prévios e comprovação da má-fé da parte contratante; d) o contrato deve ser interpretado de modo mais favorável ao consumidor, nos termos do art. 47 do Código de Defesa do Consumidor; e e) a seguradora não comprovou que a parte segurada tenha respondido qualquer questionamento referente à suposta doença preexistente, ônus que lhe cabia.

Interposto recurso especial, seguido de agravo em recurso especial e, posteriormente, agravo interno, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça negou-lhe provimento¹⁴².

Argumentou, para tanto, que quanto ao alegado não preenchimento dos requisitos para o recebimento do seguro, demandaria a interpretação de cláusulas contratuais e reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado em sede de recurso especial, em face dos enunciados ns. 5 e 7 da Súmula do STJ. Fundamentou, ainda, que a jurisprudência da Corte afirma que a má-fé do segurado na contratação do seguro necessita ser comprovada, não podendo a seguradora recusar a cobertura securitária alegando a existência de doença preexistente se deixou de exigir, antes da contratação, a realização de exames médicos pela parte segurada. Indicou os precedentes dos julgados AgInt no REsp 1.280.544/PR, AgInt no AREsp 826.988/MT, AgInt no AREsp 936.643/RS.

Utilizando a técnica de identificação da *ratio decidendi* mencionada no capítulo anterior, os aspectos fáticos jurídicos considerados como relevantes no enunciado 609 da Súmula do STJ são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob o fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B) ou não tenha demonstrado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

Observa-se que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça não se baseou em nenhum dos fatos relevantes presentes no enunciado para concluir pela ilegalidade da conduta da seguradora. O precedente indicado não analisa a *ratio decidendi* que deu origem ao enunciado sumular. Não é feito, no referido precedente, qualquer análise jurídica acerca de quais razões levariam a concluir que é obrigatória a exigência de exames prévios à contratação para que a seguradora possa negar a cobertura securitária, sob alegação de doença preexistente. Não é, tampouco, analisada a conduta do segurado, se agiu ou não de boa-fé, dando ensejo à aplicação da segunda parte do enunciado sumular.

A referência à própria jurisprudência é mera *obiter dicta* da decisão, que tem força persuasiva, mas não pode ser utilizada como parte vinculante. O enunciado sumular deve ter

¹⁴² EMENTA: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/73. INOCORRÊNCIA. SEGURO. COBERTURA CONTRATUAL. DOENÇA PRÉ-EXISTENTE. MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA. INEXISTÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE EXAMES PRÉVIOS POR PARTE DA SEGURADORA. PRECEDENTES. NECESSIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (AgInt no AREsp 868.485/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 06/09/2017)

como precedentes de referência decisões nas quais as teses jurídicas implementadas pelo enunciado tenham sido diretamente discutidas nos precedentes indicados.

Entende-se que a indicação da própria jurisprudência não deve ser utilizada como método de argumentação para vinculação da tese jurídica criada pelo enunciado sumular, sob pena de que se entre em um ciclo de indicações de precedentes e que se perca a decisão da qual a *ratio decidendi* foi, de fato, estabelecida.

2.2.10 Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.280.544 PR

O décimo precedente apontado como referência para a fixação do enunciado 609 do Superior Tribunal de Justiça é o acórdão proferido no julgamento do Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.280.544, com origem no Paraná.

Trata-se, na origem, de ação ordinária de indenização cumulada com reparação de danos, interposta pela beneficiária do contrato de seguro de vida, do qual seu falecido marido era segurado, na qual pleiteia o pagamento do benefício de pecúlio contratado pelo segurado no valor de R\$177.000,00. Alega que a seguradora se recusou a pagar a apólice, sob o argumento de que o segurado possuía doença preexistente à contratação do seguro. Os pedidos foram julgados parcialmente procedentes, em sentença, para condenar a seguradora ao pagamento de R\$100.000,00 referente à indenização do seguro. Ambas as partes apelaram da sentença.

O Tribunal de Justiça do Paraná negou provimento à apelação da beneficiária do seguro, sob o fundamento de que o inadimplemento do contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade.

Quanto à apelação da seguradora, entendeu que, referente ao primeiro contrato de seguro celebrado, não ficou demonstrada a má-fé do segurado, apesar de ter omitido a existência de doença preexistente. Argumenta que entre a data da contratação do seguro e o óbito do segurado ultrapassaram mais de 4 anos, o que demonstraria que o estado de saúde do segurado era relativamente estável quando da contratação do seguro. Entendeu, por essas razões, que deve ser paga a indenização do primeiro contrato de seguro celebrado.

Entendeu, no entanto, quanto à segunda apólice contratada, que restou comprovada a má-fé do segurado no momento da contratação, posto que passados somente cinco meses entre a contratação do segundo seguro e o seu falecimento. Afirma que o falecimento decorreu da doença da qual já possuía ciência e que se encontrava em estágio, certamente, bastante avançado no momento da nova contratação. Deu, assim, parcial provimento ao recurso da seguradora para

afastar a condenação de pagamento de indenização referente ao segundo contrato de seguro de vida.

Interposto recurso especial, seguido de agravo interno pela seguradora, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou-lhe provimento¹⁴³. Argumentou para tanto que o entendimento do Tribunal de origem, proferido no sentido de que não é possível apontar a má-fé no preenchimento da primeira apólice, foi obtido pela análise do conteúdo fático e contratual dos autos, que se situa fora da esfera de atuação do STJ, nos termos dos enunciados 5 e 7 da Súmula do STJ. Fundamentou, ainda, que o entendimento do acórdão está no mesmo sentido da jurisprudência da Corte e destacou os seguintes precedentes: AgInt no AREsp 826.988/MT, AgRg no AREsp 353.692/DF.

Utilizando a técnica de identificação da *ratio decidendi* mencionada no capítulo anterior, os aspectos fáticos jurídicos considerados como relevantes no enunciado 609 da Súmula do STJ são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob o fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B) ou não tenha demonstrado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

Observa-se que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça não se baseou em nenhum dos fatos relevantes presentes no enunciado para concluir pela ilegalidade da conduta da seguradora. O precedente indicado não analisa a *ratio decidendi* que deu origem ao enunciado sumular. Não é feito, no referido precedente, qualquer análise jurídica acerca de quais razões levariam a concluir que é obrigatória a exigência de exames prévios à contratação para que a seguradora possa negar a cobertura securitária, sob alegação de doença preexistente. Não é, tampouco, analisada a conduta do segurado, se agiu ou não de boa-fé, dando ensejo à aplicação da segunda parte do enunciado sumular.

A referência à própria jurisprudência é mera *obiter dicta* da decisão, que tem força persuasiva, mas não pode ser utilizada como parte vinculante. O enunciado sumular deve ter

¹⁴³ AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. SEGURO DE VIDA. DOENÇA PREEXISTENTE. MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA. REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E DE PROVAS. SÚMULAS N. 5 E 7/STJ.

1. Não comprovada a má-fé do segurado quando da contratação do seguro saúde e, ainda, não exigida, pela seguradora, a realização de exames médicos, não pode a cobertura securitária ser recusada com base na alegação da existência de doença pré-existente. Precedentes.

2. Recurso especial cuja pretensão demanda reexame de cláusulas contratuais e de matéria fática da lide, o que encontra óbice nas Súmulas n. 5 e 7 do STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1280544/PR, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 09/05/2017)

como precedentes de referência decisões nas quais as teses jurídicas implementadas pelo enunciado tenham sido diretamente discutidas nos precedentes indicados.

Entende-se que a indicação da própria jurisprudência não deve ser utilizada como método de argumentação para vinculação da tese jurídica criada pelo enunciado sumular, sob pena de que se entre em um ciclo de indicações de precedentes e que se perca a decisão da qual a *ratio decidendi* foi, de fato, estabelecida.

2.2.11 Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n. 237.692 SC

O décimo primeiro precedente apontado como referência para a fixação do enunciado 609 do Superior Tribunal de Justiça é o acórdão proferido no julgamento dos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n. 237.692, com origem em Santa Catarina.

Trata-se, na origem, de ação de indenização ajuizada pela segurada em face da seguradora. Requereu o pagamento de indenização do seguro em razão de sua aposentadoria por invalidez. Alega, para tanto, que firmou contrato de seguro em 1993 e em 2002 teve concedida a aposentadoria por invalidez. Alegou que solicitou o pagamento da indenização referente ao sinistro, mas que foi recusado pela seguradora sob o fundamento de que a segurada já sofria da moléstia no momento de assinar proposta de seguro, o que tornaria o processo de invalidez permanente nulo.

Os pedidos da segurada foram julgados procedentes, em sentença, para condenar a seguradora ao pagamento total do capital segurado, conforme previsto no contrato. A seguradora interpôs recurso de apelação e os fundamentos utilizados foram de que o contrato firmado entre as partes em 1993 teve sua vigência cessada em 1998, tendo sido firmado novo contrato entre as partes em 2002, o qual estaria vigente e de que a segurada agiu de má-fé quando preencheu nova proposta de seguro.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina proveu em parte o recurso de apelação da seguradora para alterar o termo de incidência dos juros de mora. Negou-se, portanto, seguimento ao recurso em relação à obrigatoriedade do pagamento da indenização. De acordo com o voto do relator, não restou comprovada a alegada má-fé da segurada, pois somente após a contratação do segundo seguro é que foi diagnosticada a lesão que levou a segurada a aposentadoria por invalidez.

Interposto recurso especial, seguido de agravo em recurso especial e de embargos de declaração pela segurada, A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça recebeu os embargos declaratórios como agravo regimental e reiterou os termos da decisão que negou provimento ao

agravo em recurso especial, que fundamentou a impossibilidade de julgar as violações apontadas no recurso especial, pois não seria possível afastar a conclusão do acórdão do tribunal de origem quanto à ausência de comprovação da má-fé da segurada, diante do óbice do enunciado 7 da Súmula do STJ. Por fim, argumentou que a jurisprudência consolidada da Corte é no sentido de que a seguradora somente pode se eximir da cobertura securitária alegando existência de doença preexistente se, no momento da celebração do contrato, exigiu exame de saúde do segurado. Negou-se provimento¹⁴⁴, portanto.

Utilizando a técnica de identificação da *ratio decidendi* mencionada no capítulo anterior, os aspectos fáticos jurídicos considerados como relevantes no enunciado 609 da Súmula do STJ são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob o fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B) ou não tenha demonstrado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

Observa-se que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça não se baseou em nenhum dos fatos relevantes presentes no enunciado para concluir pela ilegalidade da conduta da seguradora. O precedente indicado não analisa a *ratio decidendi* que deu origem ao enunciado sumular. Não é feito, no referido precedente, qualquer análise jurídica acerca de quais razões levariam a concluir que é obrigatória a exigência de exames prévios à contratação para que a seguradora possa negar a cobertura securitária, sob alegação de doença preexistente. Não é, tampouco, analisada a conduta do segurado, se agiu ou não de boa-fé, dando ensejo à aplicação da segunda parte do enunciado sumular.

A referência à própria jurisprudência é mera *obiter dicta* da decisão, que tem força persuasiva, mas não pode ser utilizada como parte vinculante. O enunciado sumular deve ter

¹⁴⁴ EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. SEGURO. RECUSA DA COBERTURA. DOENÇA PREEXISTENTE. AUSÊNCIA DE REALIZAÇÃO DE EXAMES PRÉVIOS. MÁ-FÉ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. Conforme pacífica jurisprudência desta Corte, a seguradora não pode se eximir de pagar a indenização securitária alegando que a doença é preexistente à contratação, se não exigiu prévios exames clínicos do segurado.
2. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos ou interpretação de cláusula contratual, a teor do que dispõem as Súmulas n. 5 e 7 do STJ.
3. No caso concreto, o Tribunal de origem concluiu que a recorrente, ré na demanda, não se desincumbiu do ônus de comprovar a alegada má-fé da segurada. Alterar esse entendimento é inviável na instância especial a teor dos óbices das referidas súmulas.
4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (EDcl no AREsp 237.692/SC, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 25/06/2013)

como precedentes de referência decisões nas quais as teses jurídicas implementadas pelo enunciado tenham sido diretamente discutidas nos precedentes indicados.

Entende-se que a indicação da própria jurisprudência não deve ser utilizada como método de argumentação para vinculação da tese jurídica criada pelo enunciado sumular, sob pena de que se entre em um ciclo de indicações de precedentes e que se perca a decisão da qual a *ratio decidendi* foi, de fato, estabelecida.

2.2.12 Recurso Especial n. 1.230.233 MG

O décimo segundo, e último, precedente apontado como referência para a fixação do enunciado 609 do Superior Tribunal de Justiça é o acórdão proferido no julgamento do Recurso Especial n. 1.230.233, com origem em Minas Gerais.

Trata-se, na origem, de ação cominatória ajuizada pelo segurado em face da seguradora, na qual alega que contratou um seguro saúde e teve a solicitação de cirurgia bariátrica negada, sob fundamento de doença preexistente. Os pedidos foram julgados procedentes, em sentença, determinando que a seguradora oferecesse cobertura para a realização da cirurgia bariátrica.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu estar comprovada a má-fé do segurado no momento da contratação e que restou comprovado que a cirurgia a que se submeteu o segurado se deu em razão de doença preexistente. Deu provimento ao recurso de apelação da seguradora para julgar improcedentes os pedidos do segurado.

Interposto recurso especial pelo segurado, este foi provido para restabelecer os termos da sentença. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça destacou que o Tribunal de origem ressalta que o questionário respondido pelo segurado à época da contratação “traz consigo a prova inequívoca dessa má-fé” e que é irrefutável que o segurado apresentou informações inverídicas acerca do seu estado de saúde e, rever isso exigiria o revolvimento fático-probatório, encontrando óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

Argumentou, ainda, que a jurisprudência da Corte é no sentido de que é ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro-saúde, se a seguradora não submeteu o segurado a prévio exame de saúde e não comprovou má-fé. Para tanto, colacionou os seguintes julgados: Ag 973.265/SP; EDcl no Ag 1.251.211/ES; REsp 543.089/MG; REsp 263.564/SP.

Afirma que a conduta dolosa do segurado deve ter tido o condão de ocultar ou dissimular o próprio risco segurado e que a omissão deve ter sido causa determinante para a seguradora assumir o risco da cobertura que se pretende afastar. Concluiu ser evidente que a estatura e o

peso do segurado permite identificar, num simples passar de olhos, que se trata de pessoa que padece de obesidade mórbida e que no ato de adesão ao contrato o segurado encontrava-se mais de 85kg acima do seu peso ideal, o que foi constatado pela seguradora e que notoriamente acarreta diversos males a saúde.

A seguradora, portanto, sabia da obesidade mórbida do segurado, sendo evidente que os riscos certamente foram levados em consideração e aceitos ao admiti-lo como segurado, não podendo falar em vício na manifestação de vontade. Aduz, ademais, que o pedido de redução bariátrica se deu seis anos após o contrato ter sido firmado, o que demonstra ausência de premeditação dolosa do segurado. Conclui que resta caracterizada a má-fé bilateral.

A análise pormenorizada desse precedente será realizada no capítulo 3.3.1, por se tratar do único dos precedentes apontados como geradores da tese jurídica do enunciado 609 do STJ que julga um caso concreto de plano de saúde e não de seguro de vida.

2.3 Análise dos precedentes que aplicaram o entendimento da tese jurídica do enunciado 609 da Súmula do STJ para contratos de plano de saúde

O enunciado n. 609 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça foi editado em abril de 2018 pela Segunda Seção da Corte e até a presente data não foi utilizado como fundamento em nenhum julgado que tratasse de contrato de plano de saúde. A tese firmada pelo enunciado¹⁴⁵, no entanto, já foi alvo de discussão pelas Turmas de Direito Privado do Tribunal em diversas oportunidades, inclusive posteriormente à edição do enunciado¹⁴⁶.

Ausente a possibilidade de apreciação dos precedentes que aplicaram o enunciado da Súmula nos contratos de plano de saúde, analisa-se os precedentes que aplicaram a tese firmada pelo enunciado para buscar os precedentes originários e a *ratio decidendi* firmada por eles, a fim de verificar a aplicabilidade da tese aos contratos de plano de saúde.

¹⁴⁵ A recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado.

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

¹⁴⁶ AgInt no AREsp 1208044/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 17/12/2018; REsp 1578533/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 21/11/2018; AgInt no AREsp 1202183/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 23/10/2018; AgInt no AREsp 1291649/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 11/09/2018, DJe 24/09/2018; AgInt nos EDcl no AREsp 1076853/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 22/08/2018; AgInt no AREsp 964.858/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 23/08/2018; AgInt no AREsp 1229075/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 18/05/2018, entre outros.

O método utilizado para colher a amostra dos precedentes foi por meio da análise do precedente mais recente¹⁴⁷ proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, datado de 13.12.2018, proferido no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.208.044, com origem em São Paulo¹⁴⁸. A partir daí, estudou-se todos os precedentes indicados nos julgados até que se encontrassem os precedentes que deram origem à tese jurídica. Analisou-se no total 86 julgados, dos quais as indicações se repetiam até que se foram localizados os julgados originários. O mapa de indicação dos precedentes consta no ANEXO I desse trabalho.

Os precedentes originários da tese jurídica identificados foram os acórdãos que julgaram o Recurso Especial n. 86.095 de São Paulo, o Recurso Especial n. 198.015 de Goiás e o Recurso Especial n. 89.412 de São Paulo, os quais serão analisados a seguir.

2.3.1 Recurso Especial n. 86.095 de São Paulo

O Recurso Especial n. 86.095¹⁴⁹ de São Paulo é mencionado como paradigma em 19¹⁵⁰ acórdãos para justificar a tese de que a empresa que explora seguro de saúde sem submeter o consumidor a exames prévios não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado.

O caso trata, na origem, de uma ação declaratória, precedida de ação cautelar inominada, ajuizada pelo segurado, contra uma operadora de plano de saúde denominada Omint Assistencial Serviço de Saúde S/C Ltda. Alega o segurado que a operadora do contrato de seguro saúde não lhe estaria assegurando a cobertura para tratamento de moléstia causada pelo vírus HIV, por considerá-la epidêmica. Pleiteou que fosse dado cumprimento ao contrato de seguro saúde.

¹⁴⁷ Informação obtida pela pesquisa de jurisprudência no *site* eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=PLANO+E+SA%DADE+E+DOEN%C7A+E+PREEXISTENTE+E+EXAME+E+PR%C9VIO&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acessado em 05/02/2019.

¹⁴⁸ AgInt no AREsp 1208044/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 17/12/2018

¹⁴⁹ EMENTA: SEGURO-SAUDE. AIDS. EPIDEMIA.

1. A EMPRESA QUE EXPLORA PLANO DE SEGURO-SAUDE E RECEBE CONTRIBUIÇÕES DE ASSOCIADO SEM SUBMETE-LO A EXAME, NÃO PODE ESCUSAR-SE AO PAGAMENTO DA SUA CONTRAPRESTAÇÃO, ALEGANDO OMISSÃO NAS INFORMAÇÕES DO SEGURADO.

2. A INTERPRETAÇÃO DE CLAUSULA CONTRATUAL, SOBRE A EXCLUSÃO DE DESPESAS DECORRENTES DE EPIDEMIA, ESTA FORA DO AMBITO DO RECURSO ESPECIAL (SUMULA 5). RECURSO NÃO CONHECIDO.

(REsp 86.095/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 22/04/1996, DJ 27/05/1996, p. 17877)

¹⁵⁰ Informação obtida pela pesquisa de jurisprudência no *site* eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, acessado em 05/02/2019. <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>

Em 1ª instância, julgou-se procedente o pedido e a operadora de saúde interpôs recurso de apelação. O recurso teve o provimento negado pela 4ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Afirmou, para tanto, que o segurado já era portador do vírus da AIDS ao tempo do ingresso no plano, conforme por ele mesmo asseverado e que a seguradora negou-se a dar cobertura para o necessário tratamento médico-hospitalar. Fundamentou que a operadora não exigiu do apelado qualquer tipo de exame preliminar para saber o seu estado de saúde para fins de ingresso no plano, ou qualquer declaração sua afirmando em que estado de saúde se encontrava.

Aduziu que a controvérsia instalou-se porque a seguradora considerou que a enfermidade do apelado decorre de epidemia, a qual não estaria abarcada pelo contrato. Quanto a isso, o Tribunal entendeu que a enfermidade do segurado (AIDS) não é propriamente uma epidemia – que teria exclusão de cobertura prevista no contrato –, mas grave moléstia infecto contagiosa, o que teria cobertura pelo contrato.

Afirmou, ainda, que, quando o segurado ingressou no plano de saúde mantido pela apelante, a doença e suas consequências já eram por demais conhecidas e não poderiam ser ignoradas especialmente pela seguradora, dado o seu ramo de atividade. Diante desse quadro, a seguradora admitiu o segurado no plano de saúde e, nas condições gerais do contrato de adesão, elaborados pela seguradora sem qualquer possibilidade de alteração ou discussão por parte do segurado, não se excluiu especificamente essa enfermidade da cobertura do plano.

Fundamentou, por fim, que contraria a boa-fé e a confiança que notabilizam o contrato a seguradora querer valer-se de cláusula genérica de exclusão para escusar-se da obrigação de prestar ao segurado o tratamento médico-hospitalar prometido. E, ainda que se possa considerar a AIDS como doença tecnicamente epidêmica, a cláusula que prevê a exclusão desse tipo de doença, constitutiva de contrato de adesão, unilateralmente imposta pela seguradora, deve ser interpretada de maneira mais favorável ao segurado, nos termos do artigo 47 do Código de Defesa do Consumidor.

Interposto recurso especial pela operadora, pelas alíneas “a” e “c” do art. 105, inciso II, da Constituição Federal, alegou-se violação aos art. 1.443 e 1.444 do Código Civil de 1916. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu por não conhecer do recurso especial¹⁵¹,

¹⁵¹ EMENTA: SEGURO-SAUDE. AIDS. EPIDEMIA.

1. A EMPRESA QUE EXPLORA PLANO DE SEGURO-SAUDE E RECEBE CONTRIBUIÇÕES DE ASSOCIADO SEM SUBMETE-LO A EXAME, NÃO PODE ESCUSAR-SE AO PAGAMENTO DA SUA CONTRAPRESTAÇÃO, ALEGANDO OMISSÃO NAS INFORMAÇÕES DO SEGURADO.

2. A INTERPRETAÇÃO DE CLAUSULA CONTRATUAL, SOBRE A EXCLUSÃO DE DESPESAS DECORRENTES DE EPIDEMIA, ESTA FORA DO AMBITO DO RECURSO ESPECIAL (SUMULA 5). RECURSO NÃO CONHECIDO.

sob o fundamento de que a empresa que explora plano de saúde e admite associado sem prévio exame de suas condições de saúde, e passa a receber as suas contribuições, não pode, ao ser chamada ao pagamento de sua contraprestação, recusar a assistência devida sob a alegação de que o segurado deixa de prestar informações sobre o seu estado de saúde.

Fundamentou também que seria indispensável a prova de que realmente o segurado fora informado e esclarecido de todo o conteúdo do contrato de adesão e, ainda que estivesse ciente das características de sua eventual doença, classificação e efeitos. Exige-se um comportamento de acordo com a boa-fé também da operadora de plano de saúde, não sendo possível permitir que atue indiscriminadamente quando se trata de receber as prestações e depois passe a exigir estrito cumprimento do contrato para afastar a sua obrigação de dar cobertura às despesas.

Argumentou que a operadora buscava a interpretação de cláusulas contratuais, quanto à cláusula de ressalva de cobertura de despesas decorrentes de epidemia, o que não pode ser analisado por meio de recurso especial, incidindo o enunciado da Súmula n. 5 do STJ. Afirmou, por fim, o ministro relator, que o acórdão recorrido entendeu que AIDS não se enquadrava no conceito de epidemia e que o acórdão deixou de examinar as disposições dos artigos 1.443 e 1.444 do Código Civil, não sendo possível a análise por via de recurso especial, ante a ausência de prequestionamento. Quanto à divergência, o acórdão afirma que “a divergência também ficou apontada apenas por ementas”.

2.3.2 Recurso Especial n. 198.015 de Goiás

O Recurso Especial n. 198.015¹⁵² originário de Goiás é mencionado como paradigma em 19¹⁵³ acórdãos para justificar a tese de que a empresa que explora seguro de saúde sem submeter o consumidor a exame, não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado.

Trata-se, na origem, de ação de cobrança interposta pelo beneficiário de contrato de seguro de vida, que, diante do falecimento da segurada, sua esposa, teve a indenização negada pela seguradora, sob o fundamento de que a segurada era portadora de doença preexistente à

(REsp 86.095/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 22/04/1996, DJ 27/05/1996, p. 17877)

¹⁵² EMENTA: Contrato de seguro. Se a seguradora aceita a proposta de adesão, mesmo quando o segurado não fornece informações sobre o seu estado de saúde, assume os riscos do negócio. Não pode, por essa razão, ocorrendo o sinistro, recusar-se a indenizar.

(REsp 198.015/GO, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/1999, DJ 17/05/1999, p. 203)

¹⁵³ Informação obtida pela pesquisa de jurisprudência no *site* eletrônico do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp>> Acessado em 05/02/2019.

contratação do seguro, informação que teria sido omitida por ela no ato da contratação. A sentença julgou procedente o pedido do beneficiário.

Interposto recurso de apelação pela seguradora, este restou improvido, sob o argumento de que para a aplicação do art. 1.444 do Código Civil, necessário se faz que o segurado, de forma expressa, tenha feito declarações falsas sobre seu estado de saúde, ao contratar o seguro, o que não restou comprovado no caso. Fundamentou, ainda, que o fato da proposta de adesão ao seguro não trazer preenchido o questionário sobre as condições de saúde, aliado ao da seguradora exonerar o segurado de exame médico para este fim, impõe-se lhe o dever de adimplir a obrigação contratada, devendo a seguradora arcar com os ônus de sua desídia.

A seguradora interpôs recurso especial pelas alíneas “a” e “c” do inciso II do artigo 105 da Constituição Federal, alegando que o acórdão recorrido teria violado o disposto no art. 1.444 do Código Civil, além de divergência jurisprudencial. A seguradora alegou, para tanto, que a segurada tinha conhecimento da doença que a vitimou, mas omitiu tal fato da seguradora, não respondendo ao questionário que lhe foi apresentado no momento da celebração do contrato. Alegou, ainda, que a segurada agiu de má-fé, ocultando deliberadamente circunstâncias que, se reveladas, levariam à recusa imediata da proposta. Aduziu que o artigo 1.444 do Código Civil, ao contrário do sustentado pelo acórdão recorrido, incide pela simples omissão do segurado, não sendo necessário que o mesmo tenha feito, de forma expressa, declarações falsas.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por meio de voto do ministro relator Eduardo Ribeiro entendeu por não conhecer do recurso¹⁵⁴. Aduziu que a segurada não realizou o contrato de seguro de forma autônoma, pois teria aderido a um grupo de consorcio para a aquisição de um veículo, ao qual estava atrelado o seguro de vida, objeto da demanda. Afirmou que o questionário que acompanhava a proposta de adesão ao contrato de seguro, por meio do qual a segurada deveria prestar esclarecimentos sobre seu estado de saúde, foi entregue em branco. Destacou que a segurada não respondeu negativamente quando indagada a respeito da existência de doença do coração, que não forneceu qualquer informação referente à sua saúde, mas que simplesmente deixou de preencher o questionário.

O fundamento utilizado pelo acórdão foi de que a seguradora deveria ter recusado a proposta de adesão da segurada se essa devolveu em branco o questionário de saúde. A seguradora, no entanto, assumiu os riscos de contratar seguro de vida com pessoa cujo estado

¹⁵⁴ EMENTA: Contrato de seguro. Se a seguradora aceita a proposta de adesão, mesmo quando o segurado não fornece informações sobre o seu estado de saúde, assume os riscos do negócio. Não pode, por essa razão, ocorrendo o sinistro, recusar-se a indenizar.

(REsp 198.015/GO, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/1999, DJ 17/05/1999, p. 203)

de saúde era completamente desconhecido. Afirmou que não pode, ocorrido o sinistro, a seguradora eximir-se da responsabilidade de pagar a indenização prevista no contrato, sob a alegação de omissão da segurada, uma vez que com ela foi conivente.

Argumentou, ainda, que para que incida o disposto no artigo 1.444 do Código Civil de 1916 é necessário que a segurada tenha feito declarações inverídicas quando poderia fazê-las verdadeiras e completas. Não conheceu do recurso, sob o fundamento de que o acórdão recorrido não admitiu que a segurada tivesse conhecimento da doença que causou seu falecimento e afirmou não haver provas de má-fé. Partindo dessas premissas, não poderia concluir pela violação ao artigo 1.444 do Código Civil, ante a necessidade de revolvimento fático-probatório, o que é vedado pelo enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

Em relação ao dissídio jurisprudencial apontado, afirma que a seguradora não forneceu o número do processo e a simples transcrição de ementas não permite entrever os aspectos fáticos a que se referem os paradigmas, não podendo, portanto, considerar assemelhados os casos confrontados, em tema que, pela sua própria natureza, condiciona-se a uma grande variedade de circunstâncias.

2.3.3 Recurso Especial n. 89.412 de São Paulo

O Recurso Especial n. 89.412¹⁵⁵ de São Paulo é mencionado como paradigma em 2¹⁵⁶ acórdãos para justificar a tese de que a empresa que explora seguro de saúde sem submeter o

¹⁵⁵ EMENTA: PLANO DE SAUDE. PACIENTE COM AIDS. EXAME DE PROVA E INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO. AUSENCIA DE MA-FE. DISSIDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. APLICAÇÃO DAS SUMULAS NS. 05 E 07 DA CORTE.

1. O QUADRO FATICO CONTIDO NO ACORDÃO, BASEADO NO EXAME DE PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAIS E NA INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO, REVELA QUE A EMPRESA DE SAUDE, NA EPOCA DA CONTRATAÇÃO COM O RECORRIDO, ADMITIU PORTADORES DE AIDS COMO ASSOCIADOS E QUE ESTES TERIAM RECEBIDO TRATAMENTO POR, APROXIMADAMENTE, DOIS ANOS. O REEXAME DA MATERIA ENCONTRA A BARREIRA DAS SUMULAS NS. 05 E 07 DA CORTE.
2. ACEITANDO A EMPRESA DE SAUDE, A EPOCA DA CONTRATAÇÃO COM O RECORRIDO, PACIENTES COM AIDS, NÃO HA FALAR EM MA-FE DO ASSOCIADO ANTE A EVENTUAL OMISSÃO SOBRE SER PORTADOR DO VIRUS HIV POSITIVO.

3. HIPOTESE EM QUE A REFORMA DO ACORDÃO ENSEJARIA O REEXAME DE PROVAS E NOVA INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO E DA INTENÇÃO DOS CONTRATANTES, O QUE NÃO SE ADMITE EM RECURSO ESPECIAL A TEOR DAS SUMULAS NS. 05 E 07 DESTA CORTE.

4. DISSENSO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO, JA QUE OS VERBETES REPRODUZIDOS NÃO GUARDAM SEMELHANÇA COM O CASO DOS AUTOS.

5. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

(REsp 89.412/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/06/1997, DJ 08/09/1997, p. 42491)

¹⁵⁶ Informação obtida pela pesquisa de jurisprudência no *site* eletrônico do Superior Tribunal de Justiça.

Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=89412&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&t_hesaurus=JURIDICO&p=true> Acessado em 05/02/2019.

consumidor a exames prévios não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado.

Trata-se, na origem, de ação cominatória cumulada com pedido de indenização, na qual o segurado requereu a condenação da seguradora a prestar assistência médica a seu filho, portador do vírus HIV positivo, e a pagar indenização por danos morais, tendo a ação sido julgada parcialmente procedente, em primeiro grau, excluída a indenização por danos morais.

O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que à época da inclusão do filho do segurado ao contrato de plano de saúde, por meio da análise dos documentos juntados aos autos, a seguradora admitia portadores do HIV positivo, o que se conclui que a própria seguradora não considerava que a AIDS constituísse enfermidade não coberta em razão da cláusula contratual que excluía as epidemias.

Afirmou que a seguradora não poderia modificar a interpretação acerca do conceito da AIDS como epidemia, sob o fundamento de que os contratos devem ser interpretados segundo a boa-fé e a equidade. Fundamentou, ainda, que, na dúvida, o contrato de adesão deve ser interpretado contra a seguradora, por ser ela quem o redigiu e estipulou seus termos. Aplicou, por fim, o princípio do *pacta sunt servanda*.

Interpôs recurso especial a seguradora com fundamento nas alíneas “a” e “c” do artigo 105, inciso II, da Constituição Federal, alegando violação aos artigos 1.443 e 1.444 do Código Civil (1916). Alegou-se omissão do segurado quando da contratação do plano de saúde pelo de que seu filho estava infectado pelo vírus da AIDS, restando caracterizada a má-fé do segurado. Afirmou haver divergência jurisprudencial de diversos tribunais, inclusive do próprio STJ.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por meio do voto do ministro relator, não conheceu do recurso. Entendeu que o acórdão recorrido reconheceu que à época da celebração do contrato com o segurado, a seguradora admitiu portadores do HIV positivo, independentemente de ter natureza epidêmica ou não. Partindo dessa premissa, entendeu que a seguradora não poderia suspender a assistência médica do filho do segurado por ferir o princípio do *pacta sunt servanda*, decorrente da boa-fé e da intenção das partes no momento de contratar, respeitadas durante o período em que a seguradora prestou os serviços solicitados.

Fundamentou o voto alegando que se quando celebrado o contrato não havia restrição quanto a pacientes aidéticos, não haveria falar em má-fé por parte do segurado por eventual omissão sobre a doença do seu filho. Aduziu, por fim, que o quadro fático descrito no acórdão recorrido poderia ser elidido mediante o reexame das provas dos autos e uma nova interpretação das cláusulas contratuais, o que não se admite em recurso especial, diante dos enunciados 5 e 7 da Súmula do STJ. Quanto à divergência jurisprudencial, entendeu que não se encontra

comprovada, já que os verbetes reproduzidos não guardavam a necessária semelhança fática com a hipótese em comento.

3 ANÁLISE DA TÉCNICA DE INDICAÇÃO DOS PRECEDENTES

Analisados os precedentes que deram origem à tese jurídica firmada pelo enunciado 609 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, necessário é avaliar se as técnicas da política de *stare decisis* estudadas no capítulo 1 desse trabalho foram implementadas corretamente pela Corte ao aplicar a tese jurídica do enunciado aos contratos de plano de saúde. A avaliação deve ser feita à luz do arcabouço normativo acerca de contratos de plano de saúde - por meio da Lei n. 9.656/1998 e das Resoluções Normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar -, do princípio da boa-fé nos contratos de seguro, do princípio da legalidade, que serão estudados nos itens a seguir.

3.1 Arcabouço normativo referente à doença preexistente nos contratos de plano de saúde

É possível verificar, diante da análise dos julgados que deram origem ao enunciado n. 609 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que apenas o precedente do Recurso Especial n. 1.230.233 MG faz referência a utilização da tese de necessidade de exigência de exames médicos no ato da contratação para recusar a cobertura de doença e lesão preexistente nos contratos de plano/seguro de saúde. Os demais fazem referência à aplicação da tese em contratos de seguro de vida.

É de extrema relevância a análise pormenorizada do referido julgado, pois a sua indicação como precedente originário do enunciado sumular gera, como consequência, a aplicação do conteúdo do enunciado ao âmbito dos contratos de plano de saúde, que diferentemente dos contratos de seguro de vida, são regidos por legislação própria – Lei n. 9.656/1998 – e regulamentados por agência reguladora específica – Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Faz-se necessário, portanto, a apreciação do arcabouço normativo que legisla a situação dos planos de saúde em relação à cobertura de doença e lesão preexistente para verificar se a tese firmada no enunciado encontra respaldo normativo.

3.1.1 Princípio da boa-fé nos contratos de seguro

A nova teoria contratual possui três princípios norteadores no ordenamento jurídico pátrio. O princípio da boa-fé objetiva, a função social dos contratos e a justiça contratual¹⁵⁷. Esses princípios buscam relativizar a autonomia privada das partes, que seria a vontade de contratar, e visa a consagração do interesse social e da igualdade material nas demandas.

O princípio da boa-fé objetiva, consagrado no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, é apresentado com um dos mais importantes princípios do Direito Privado e gerou profundas transformações no Direito Contratual, geradas pela relativização da vontade das partes – autonomia privada dos contratantes – que passa a ser mitigada pela observância de novos deveres na relação jurídica.

Esse princípio foi previsto efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro pela inserção no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso III, referencial interpretativo, e no artigo 51, IV, de cláusulas gerais. Assim dispõem:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(...)

IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

O Código Civil de 2002, posteriormente, efetivou o princípio da boa-fé objetiva por meio dos artigos 113, referencial interpretativo, 187, vedação ao abuso de direito, e 422, cláusula geral, e trouxe à tona novo regramento do modelo jurídico no Direito brasileiro. Assim dispõem:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹⁵⁷ SILVA, Michael César. *A doença preexistente no contrato de seguro de vida: O princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação*. In: *Direito Civil: Atualidades III. Princípios Jurídicos no Direito Privado*. Belo Horizonte, 2009, p. 7.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Sustenta-se, ainda, que o princípio da boa-fé objetiva é um reflexo do princípio constitucional da solidariedade, consagrado no artigo 3º, inciso I, da Constituição Federal. Esse dispositivo se irradia por meio do Direito Obrigacional para todo o Direito Privado¹⁵⁸. Assim dispõe:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

A boa-fé objetiva baseia-se na conduta das partes, que devem agir correspondendo à confiança reciprocamente depositada, com correção e honestidade. Com base nessa conduta nasce o princípio da boa-fé objetiva, que gera dever imposto às partes de agir de acordo com certos padrões de correção e lealdade. É, portanto, uma regra de conduta, de comportamento social, ético, que é imposto às partes, regulada nos ideais de retidão, honestidade, lealdade, no intuito de não frustrar a legítima confiança, não frustrar a expectativa da outra parte, tendo como finalidade o estabelecimento do equilíbrio nas relações jurídicas¹⁵⁹.

A concepção tradicional de contrato como relação jurídica estática sofreu modificações com o referido princípio, que passou a ser vista como uma relação jurídica complexa e dinâmica, criada por uma porção de múltiplas e recíprocas obrigações¹⁶⁰. A boa-fé passa, então, a integrar o negócio jurídico por meio da proteção, informação, cooperação, entre outros deveres anexos de conduta. Esses deveres devem ser observados na fase pré-contratual, de execução do contrato e pós-contratual¹⁶¹.

A boa-fé objetiva visa, portanto, o adimplemento contratual e à limitação do exercício dos direitos subjetivos, principalmente, o abuso do direito, relativizando a autonomia privada, a qual passa a ser modelada, valorizada, integrada, ou até mitigada pela inserção da boa-fé objetiva nas relações contratuais¹⁶².

¹⁵⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e direito civil*. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano IV, n. 4 e ano V, n. 5 – 2003- 2004, p. 170-171. Disponível em <<http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf>>. Acessado em 04/02/2019;

¹⁵⁹ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 80.

¹⁶⁰ COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 10-11.

¹⁶¹ SILVA, Michael César. *A doença preexistente no contrato de seguro de vida: O princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação*. In: *Direito Civil: Atualidades III. Princípios Jurídicos no Direito Privado*. Belo Horizonte, 2009, p. 7.

¹⁶² SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 46.

Um dos deveres de conduta anexos à boa-fé é o dever de informação. Esse dever impõe aos contratantes o dever precípua de informação acerca de todas as circunstâncias relevantes sobre o contrato. As partes, com essas informações, poderão exercer sua autonomia privada de forma livre. É o mais importantes dos deveres anexos da boa-fé, pois é fundamental para que as partes contratantes possam ser alertadas sobre fatos de que não poderiam perceber por sua própria diligência ordinária¹⁶³.

A finalidade do dever de informação é ampliar o conhecimento da informação fornecida aos contratantes na avença, pois a vontade de contratar deve ser esclarecida e informada desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual, permitindo contratações em consonância com preceitos estabelecidos pela boa-fé objetiva¹⁶⁴. As informações prestadas pelos contratantes na fase pré-contratual garantem o exercício da liberdade contratual em melhores condições de autonomia, de modo que o negócio será ou não concluído com base em uma mais completa apreensão da realidade¹⁶⁵.

Nas relações de consumo, o dever de informação está previsto no art. 6º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, que assim dispõe:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

O Código estabelece a obrigatoriedade da informação como um dos direitos básicos do consumidor, constituindo dever fundamental do fornecedor em prestar informações claras e adequadas (transparentes) ao consumidor, em relação aos produtos e serviços fornecidos¹⁶⁶. A informação adequada sobre o conteúdo do contrato é essencial e busca o equilíbrio da relação contratual. Por essa razão, apresenta carácter dúplici, pois importa no dever de informar do fornecedor e no direito de ser informado do consumidor¹⁶⁷. O dever de informação, no âmbito da proteção do consumidor, ultrapassa a fronteira dos deveres anexos de conduta da boa-fé

¹⁶³ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 109.

¹⁶⁴ FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 157.

¹⁶⁵ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2006, p. 112

¹⁶⁶ FABIAN, Christoph. *O dever de informar no direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 81-82.

¹⁶⁷ SILVA, Michael César. *A doença preexistente no contrato de seguro de vida: O princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação*. In: *Direito Civil: Atualidades III. Princípios Jurídicos no Direito Privado*. Belo Horizonte, 2009, p. 11.

objetiva, integrando, inclusive, o próprio contrato. Considera-se elemento essencial, integrante da obrigação principal¹⁶⁸.

O princípio da transparência é um dos instrumentos aptos a proteger a liberdade de escolha do consumidor, de modo à consagrar a boa-fé objetiva e justiça contratual na relação jurídica contratual. Ele preconiza o modo como a informação deve ser prestada ao consumidor durante a contratação, a qual deve ser clara, ostensiva, correta e precisa, buscando sanar as dúvidas do ato da contratação e garantir o equilíbrio contratual entre as partes¹⁶⁹. É corolário da boa-fé objetiva, possuindo papel fundamental nas relações jurídicas contratuais¹⁷⁰ e impõe a efetiva qualificação da informação sobre aspectos relevantes da avença ligados à estipulação do conteúdo contratual, sob pena de haver violação do princípio e, conseqüentemente, descumprimento da boa-fé objetiva.

O dever de informação e o princípio da transparência recaem sobre todas as cláusulas contratuais, as quais elencam direitos e deveres das partes, permitindo, desse modo, a prática do exercício da autonomia privada da vontade, conforme os preceitos erigidos pela boa-fé objetiva.

O contrato de seguro tem por objetivo a transferência do risco existente na atividade econômica desenvolvida pelo segurado à seguradora, que se obriga a garantir interesse legítimo segurável, por meio de pagamento de prêmio¹⁷¹, relativo a bens ou pessoas contra riscos previstos no contrato. A observância ao princípio da boa-fé objetiva, nesse tipo de contrato, é fundamental, pois se caracteriza como elemento essencial direcionador das relações jurídicas obrigacionais advindas do contrato¹⁷². São três os elementos essenciais do contrato de seguro: o risco, a boa-fé e a mutualidade. Estes juntos formam o tripé do seguro ou a trilogia do seguro¹⁷³.

Trata-se de padrão de conduta imposto aos contratantes, no qual o segurado se obriga a descrever com precisão e clareza a natureza do risco que deseja cobrir e ser verdadeiro em todas

¹⁶⁸ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 110; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 56-57.

¹⁶⁹ SILVA, Michael César. *A doença preexistente no contrato de seguro de vida: O princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação*. In: *Direito Civil: Atualidades III. Princípios Jurídicos no Direito Privado*. Belo Horizonte, 2009, p. 420

¹⁷⁰ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 30

¹⁷¹ Contribuição em pecúnia avençada no contrato de seguro. SILVA, Michael César. *A doença preexistente no contrato de seguro de vida: O princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação*. In: *Direito Civil: Atualidades III. Princípios Jurídicos no Direito Privado*. Belo Horizonte, 2009, p. 424

¹⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato de seguro e a regulação do sinistro. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 5, n. 30, p. 5-23, jul-ago, 2004, p. 22-23.

¹⁷³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. Ed. rev. Ampl. São Paulo: Atlas, 2007, p. 404.

as declarações posteriores referentes às possíveis alterações do risco ou ocorrência de sinistro. É obrigação da seguradora, por outro lado, prestar informações exatas sobre o contrato e redigir o seu conteúdo de forma clara para que o segurado possa compreender os compromissos assumidos pelas partes. Se obrigam, portanto, as partes a agir de modo que as suas declarações expressem a mais absoluta verdade, devendo declarar os fatos com exatidão e realidade, com a finalidade de que os efeitos do contrato de seguro não gerem vantagem indevida e contrárias ao Direito¹⁷⁴.

O artigo 765 do Código Civil consagrou expressamente o princípio da boa-fé objetiva no contrato de seguro, que assim dispõe:

Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

No contrato de seguro a boa-fé objetiva possui função ainda mais relevante, já que é expressa e substancialmente consagrada, por imposição legal, no referido contrato. A sua aplicação tem papel indispensável na relação jurídica securitária com o intuito de resguardar os contratantes durante o vínculo contratual¹⁷⁵. A viabilidade do contrato de seguro depende da mais estrita boa-fé de ambas as partes e não deve existir somente no momento da celebração do contrato, mas durante toda a sua execução e liquidação.

O Código de Defesa do Consumidor incluiu a atividade securitária entre as relações de consumo, por meio do artigo 3º, §2º. Ocorrendo um sinistro e pendente alguma divergência, a interpretação a ser dada no contrato de seguro é restritiva e favorável ao segurado, por trata-se de contrato de adesão, nos termos dos artigos 46, 47 e 54 do diploma consumerista.

Devem, portanto, segurado e seguradora pautar-se em conduta sincera e leal, que norteará o tráfico jurídico, conforme os usos e costumes sociais e as exigências de boa-fé e veracidade em relação ao contrato de seguro, principalmente em relação às informações prestadas, as declarações, as circunstâncias e riscos relacionados ao conteúdo do contrato, sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva¹⁷⁶.

¹⁷⁴ SILVA, Michael César. *A doença preexistente no contrato de seguro de vida: O princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação*. In: Direito Civil: Atualidades III. Princípios Jurídicos no Direito Privado. Belo Horizonte, 2009, p. 425.

¹⁷⁵ KRINGER FILHO, Domingos Afonso. *Contrato de seguro no direito brasileiro*. Niterói: Labor Juris, 2000, p. 83-84.

¹⁷⁶ *Ibidem*. p. 85.

3.1.2 Definição de doença preexistente pela legislação vigente

A Lei n. 9.656¹⁷⁷ foi criada, em 1998, para regulamentar o funcionamento das operadoras dos planos e seguros de saúde no Brasil. Desde a criação da Lei, já havia previsão para a conduta das operadoras dos planos de saúde e dos beneficiários em relação às doenças preexistentes.

A Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS foi criada em 2000, por meio da Lei n. 9.961¹⁷⁸, que ficou responsável por regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, nos termos do artigo 1º, assim disposto:

Art. 1º - É criada a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro na cidade do Rio de Janeiro - RJ, prazo de duração indeterminado e atuação em todo o território nacional, como órgão de regulação, normatização, **controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.** (grifou-se)

O artigo 4º, inciso IX, da referida Lei atribui competência à ANS para conceituar doenças e lesão preexistentes:

Art. 4º Compete à ANS:
(...)
IX - normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes;

O conceito de doença preexistente foi definido pela ANS, por meio da Resolução do Conselho de Saúde Suplementar – CONSU – n. 2¹⁷⁹. A referida resolução foi revogada pela atual Resolução Normativa n. 162¹⁸⁰. O artigo 2º, inciso I, define doença e lesões preexistentes como aquelas que o beneficiário saiba ser portador ou sofrer no momento da contratação. Assim dispõe:

Art. 2º Para fins desta Resolução, considera-se:

¹⁷⁷ BRASIL. Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Publicado no DO 04/06/1998, p. 1.

¹⁷⁸ BRASIL. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Publicado no DO 29/01/2000, p. 5.

¹⁷⁹ BRASIL. Resolução do Conselho de Saúde Suplementar n. 2, de 02 de abril de 2002. Aprova o Contrato de Gestão a ser celebrado entre o Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Publicado no DO 03/04/2002, seção 1.

¹⁸⁰ BRASIL. Resolução Normativa n. 162, de 17 de outubro de 2007. Estabelece a obrigatoriedade da Carta de Orientação ao Beneficiário; dispõe sobre Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP); Cobertura Parcial Temporária (CPT); Declaração de Saúde e sobre o processo administrativo para comprovação do conhecimento prévio de DLP pelo beneficiário de plano privado de assistência à saúde no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar; revoga as Resoluções CONSU nº 2, de 4 de novembro de 1998, CONSU nº 17 de 23 de março de 1999, artigos 2º e 4º da Resolução CONSU nº 15 de 23 de março de 1999, a Resolução Normativa 20 de 12 de dezembro de 2002 e a Resolução Normativa RN nº 55, de 2 de novembro de 2003 e altera a Resolução Normativa - RN nº 124, de 30 de março de 2006. Publicado no DO 18/10/2007.

I - Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP) aquelas que o beneficiário ou seu representante legal saiba ser portador ou sofredor, no momento da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, de acordo com o art. 11 da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, o inciso IX do art 4º da Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000 e as diretrizes estabelecidas nesta Resolução;

O conceito sofre duras críticas pela doutrina, que a definem como antijurídica, ilegal e inconstitucional¹⁸¹. A crítica se dá em razão do relatório¹⁸² elaborado pelo Conselho Federal de Medicina, que explicitou a impossibilidade de identificação do início de uma enfermidade e concluiu que o conceito de doença preexistente aplicada às relações contratuais dos planos e seguros de saúde é de natureza relativa e desprovida de valor médico. *In verbis*:

4. CONCLUSÃO

Com base nas questões legais e éticas acima referidas, passo a apresentar as minhas conclusões sobre o tema:

1. O conceito de doença preexistente aplicada às relações contratuais dos planos e seguros de saúde é de natureza relativa e desprovida de valor médico.
2. Sendo a identificação de uma moléstia prévia um fato capaz de alterar os cálculos atuariais na determinação do *premium*, é legítima a cobrança de um *plus* sobre o valor básico.
3. A existência de uma doença prévia à assinatura do contrato não pode ser utilizada como justificativa para ação discriminatória, exceto a prevista no item anterior.
4. Havendo solicitação de exames pré-admissionais, estes correrão por conta do plano de saúde ou do seguro, em decorrência de que os mesmos são os principais beneficiários com a sua realização.

A Resolução Normativa 162 sofreu em 2009 alterações ditadas pela Resolução Normativa 195¹⁸³. No entanto, o teor do artigo 2º se manteve intacto, concluindo-se que a doença só será considerada preexistente, para fins jurídicos, se for conhecida pelo consumidor ou responsável à época da contratação¹⁸⁴. O consumidor, ainda que esteja acometido de determinada doença ou lesão antes da assinatura do contrato de plano de saúde, se não souber de seu acometimento, não será considerada, a mesma, como doença preexistente.

O referido dispositivo legal parte do pressuposto de que deve haver absoluta ignorância do consumidor ou do seu responsável em relação aos sintomas e da caracterização de toda e qualquer doença em seu corpo. Possibilita, em razão disso, a contratação de consumidores, que,

¹⁸¹ SILVEIRA, Karyna Rocha da. Doença Preexistente nos Planos de Saúde, 1ª edição. Saraiva, 05/2009. [Minha Biblioteca].

¹⁸² Conselho Federal de Medicina. Processo-Consulta CFM N. 0955/96. PC/CFM/N. 16/97. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/pareceres/cfm/1997/16_1997.htm>. Acesso em: 26 de agosto de 2018.

¹⁸³ BRASIL. Resolução Normativa n. 195, de 14 de julho de 2009. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Publicado no DO 15/07/2009.

¹⁸⁴ BOTTESINI, Maury Ângelo, MACHADO, Mauro Conti. Lei dos Planos e Seguros de Saúde Comentada - Artigo por Artigo, 3ª edição. Forense, 04/2015. [Minha Biblioteca].

apesar de não terem sido efetivamente diagnosticados com determinada doença ou lesão, muitas vezes identifica reações em seu corpo que não são informados à operadora¹⁸⁵.

Se um indivíduo identifica uma reação física ao consumir açúcar, mas é ignorante de que é portador da diabetes, ao contratar uma operadora de plano de saúde não faz referência ao desequilíbrio que o consumo de açúcar provoca em seu corpo, estará omitindo informação relevante para a análise do risco calculado pela operadora. Ainda assim, estará amparado pelo artigo 1º da Resolução Normativa 162, que define a doença e lesão preexistente, pois, de fato, não sabe ser portador de diabetes¹⁸⁶.

3.1.3 Exclusão de cobertura, suspensão ou rescisão do contrato em caso de doença preexistente

O artigo 11 da Lei n. 9.656/1998, é um dos dispositivos legais que prevê a possibilidade de exclusão contratual das doenças preexistentes pelas operadoras de planos de saúde pelo período de 24 meses. Assim dispõe:

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

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

A referida norma proíbe a operadora de saúde de excluir a cobertura de doenças e lesões preexistentes após 24 meses de vigência contratual. A Lei *permite*, portanto, que a cobertura seja excluída antes desse período. É, nos termos do mesmo dispositivo, ônus da operadora a prova de que o consumidor tinha conhecimento da doença preexistente e, a operadora é proibida de excluir a cobertura até fazer a prova. Acaso a operadora de plano de saúde verifique a existência de doença ou lesão preexistentes ao contrato e produza prova nesse sentido, a Lei permite que exclua a cobertura referente à tal doença/lesão.

O assunto tratado neste artigo é dos mais importantes da lei. Definir a denominação de Doença e Lesão Preexistente, a necessidade de conhecimento da existência pelo beneficiário ou por seu responsável e a estipulação de 24 meses como decadencial do direito de discutir a

¹⁸⁵ BOTTESINI, Maury Ângelo, MACHADO, Mauro Conti. Lei dos Planos e Seguros de Saúde Comentada - Artigo por Artigo, 3ª edição. Forense, 04/2015. [Minha Biblioteca].

¹⁸⁶ Idem.

preexistência das doenças e lesões preexistentes são grandes questões que confrontam usuários, operadoras de planos e seguros privados de assistência à saúde. O que busca o legislador é a filiação máxima possível, da maior quantidade de pessoas, aos planos e seguros de saúde.

Representa uma das maiores dificuldades para ser superada a inclusão de portadores de doenças cujo tratamento agrava fortemente a equação atuarial que organiza a administração, a implementação e o funcionamento dos planos e seguros privados de assistência à saúde.

O legislador buscou, portanto, preservar na relação contratual o dever de informação e a boa-fé dos contratantes. Dirigindo-se ao consumidor contratante, instituiu a obrigatoriedade da emissão da Carta de Orientação ao Beneficiário”, por meio da Resolução Normativa n. 162, de 2007. Chegou, ainda, a especificar o tamanho e a fonte das letras que deve ser redigido no documento. É o que dispõe os artigos 3º e 4º, nos seguintes termos:

Art. 3º. Institui-se a Carta de Orientação ao Beneficiário como parte integrante obrigatória dos contratos de planos privados de assistência à saúde individuais ou familiares e coletivos, em que haja previsão de cláusula de agravo ou cobertura parcial temporária. (Redação dada pela RN nº 200, de 2009.)

§ 1º A Carta de que trata o caput deste artigo é um documento padronizado pela ANS, que visa orientar o beneficiário sobre o preenchimento da Declaração de Saúde, no momento da assinatura do contrato, e deverá conter: I – a identificação e assinatura do beneficiário ou seu representante legal, e data da ciência; e

II – a identificação, o nº do CPF e a assinatura do intermediário entre a operadora e o beneficiário, responsável pela venda do plano privado de assistência à saúde e que presenciou o preenchimento da Declaração de Saúde.

§ 2º Em todos os contratos de planos privados de assistência à saúde, a Carta de Orientação ao Beneficiário deve estar localizada na página imediatamente anterior ao formulário de Declaração de Saúde e deve ser entregue juntamente com o formulário da Declaração de Saúde, no momento de seu preenchimento

Art. 4º. O Anexo desta Resolução traz o modelo da Carta de Orientação ao Beneficiário, a ser seguido em sua íntegra pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, incluindo a fonte e o tamanho a ser utilizado (Times New Roman, 12, espaçamento simples). (Redação dada pela RN nº 195, de 2009.)

Parágrafo único. Para abertura de processo administrativo por alegação de DLP, somente serão válidas as Cartas de Orientação ao Beneficiário sem qualquer rasura ou modificação da forma e conteúdo deste anexo.

A pena pela violação da boa-fé é a perda do seguro e a obrigação de pagar o prêmio, segundo disposição no artigo 766 do Código Civil. A interpretação da norma do artigo 11 da Lei n. 9.656/1998 e do artigo 766 do Código Civil em conjunto com as demais normas que disciplinam a responsabilidade das operadoras impõe rigorosa observação das estipulações contratuais para que nenhuma delas seja abusiva ou viole a proteção ditada a favor dos usuários, pela legislação civil e especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor.

A legislação vigente prevê, ainda, a possibilidade de que se rescinda ou suspenda o contrato de plano de saúde em casos de fraude contratual. É o que dispõe o inciso II do artigo 13 da Lei n. 9.656/1998, abaixo:

Art. 13. Os contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei têm renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência, não cabendo a cobrança de taxas ou qualquer outro valor no ato da renovação.

Parágrafo único. Os produtos de que trata o caput, contratados individualmente, terão vigência mínima de um ano, sendo vedadas:

(...)

II - a suspensão ou a rescisão unilateral do contrato, salvo por fraude ou não-pagamento da mensalidade por período superior a sessenta dias, consecutivos ou não, nos últimos doze meses de vigência do contrato, desde que o consumidor seja comprovadamente notificado até o quinquagésimo dia de inadimplência.

Os contratos firmados entre as operadoras de planos de saúde e o consumidor tem renovação automática, o que quer dizer que as partes não precisam se manifestar para que o contrato continue vigente. Contudo, o parágrafo único do mencionado artigo dispõe que, nos contratos individuais, é vedada a rescisão de forma unilateral pelo período inferior a um ano. Excetua tal regra o disposto no seu inciso II, no qual, *nos casos de fraude* ou não pagamento das mensalidades, pode haver a rescisão unilateral do contrato. Ou seja, a operadora de plano de saúde pode suspender ou rescindir o contrato unilateralmente mesmo que antes do período de um ano estabelecido pelo parágrafo único.

A legislação também define por meio de critérios objetivos o que caracteriza a fraude. A Resolução Normativa n. 162, de 2007, da ANS, no artigo 5º, assim dispõe:

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

Caracteriza-se fraude o caso em que o consumidor não informa à operadora de saúde, na documentação contratual, por meio da Declaração de Saúde, o conhecimento da doença ou lesão preexistente ao momento da assinatura do contrato. O beneficiário que não declarar a doença preexistente no ato do contrato, fica sujeito à suspensão da cobertura ou rescisão unilateral do contrato, nos termos do inciso II do parágrafo único do artigo 13 da Lei n. 9.656/1998.

Importante destacar que o consumidor que tinha a doença preexistente, mas não tinha conhecimento dela, não está sujeito a tais penas. Como destaca o mencionado dispositivo, trata-se de fraude apenas à declaração de saúde preenchida pelo consumidor que tinha conhecimento da doença ou lesão preexistente no ato da contratação e a declarou falsamente. O artigo 11 da lei atribui o ônus de provar o conhecimento da doença ou lesão preexistente à operadora de

plano de saúde, o que demonstra que a Lei está em sintonia com os princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor.

Destaca-se, ainda, que o referido dispositivo não se refere à intenção do consumidor no ato do preenchimento da Declaração de Saúde. Também considera-se fraude, nos termos da referida norma, o consumidor que preencher falsamente a referida declaração, ainda que de boa-fé.

A legislação mencionada é extremamente específica em relação à configuração de fraude nos contratos de plano de saúde por doença preexistente e sobre suas penas, devendo ser analisada sempre sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor e, subsidiariamente, ao Código Civil brasileiro.

A Resolução Normativa n. 162, dispõe no §1º do art. 5º, o seguinte:

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

§1º O beneficiário tem o direito de preencher a Declaração de Saúde mediante entrevista qualificada orientada por um médico pertencente à lista de profissionais da rede de prestadores credenciados ou referenciados pela contratada, sem qualquer ônus para o beneficiário.

Para fortalecer ainda mais a garantia da proteção dos direitos consumeristas, prevê que, no ato da contratação, seja entregue ao consumidor a Carta de Orientação ao Beneficiário, a qual tem modelo legal específico. A carta tem o condão de auxiliar o consumidor a preencher a sua Declaração de Saúde, a qual pode, a escolha do consumidor, ser preenchida mediante entrevista qualificada e orientada por um médico da operadora de plano de saúde, sem custo algum para o consumidor.

A operadora do plano de saúde deve oferecer um médico para auxiliar o consumidor no momento da contratação para o preenchimento correto da Declaração de Saúde. O objetivo da norma é orientar o consumidor para o correto preenchimento da Declaração de Saúde, onde são declaradas as doenças e lesões que o consumidor saiba ser portador ou sofredor, além de esclarecer questões relativas aos direitos de cobertura e consequências da omissão de informações. Nesse sentido dispõe o parágrafo terceiro do mesmo artigo:

Art. 5º. (...)

§3º O objetivo da entrevista qualificada é orientar o beneficiário para o correto preenchimento da Declaração de Saúde, onde são declaradas as doenças ou lesões que

o beneficiário saiba ser portador ou sofredor, no momento da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, além de esclarecer questões relativas aos direitos de cobertura e consequências da omissão de informações.

O beneficiário escolherá o médico que lhe servirá de orientador para preencher o formulário exigido pela operadora ou pela seguradora, o qual apontará toda e qualquer lesão ou doença preexistente no titular do plano ou beneficiário na apólice, nos agregados e nos dependentes. Acaso o médico escolhido não seja credenciado pela operadora de saúde, o consumidor deve arcar com seus custos.

A norma prevê ainda a possibilidade de que a operadora realize qualquer tipo de exame ou perícia no consumidor. Nesse caso, a operadora não pode alegar omissão de informação de doença ou lesão preexistente por parte do consumidor.

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

Caso seja constatada alguma doença ou lesão preexistente no exame médico ou através da declaração expressa do consumidor, a operadora poderá oferecer cobertura total para as referidas doenças, sem custo adicional para o consumidor. É o que dispõe o artigo 6º da Lei n. 9.656/1998:

Art. 6º Sendo constatada por perícia ou na entrevista qualificada ou através de declaração expressa do beneficiário, a existência de doença ou lesão que possa gerar necessidade de eventos cirúrgicos, de uso de leitos de alta tecnologia e de procedimentos de alta complexidade, a operadora poderá oferecer cobertura total no caso de doenças ou lesões preexistentes, sem qualquer ônus adicional para o beneficiário.

O dispositivo que prevê a cobertura total de doença ou lesão preexistente constatada no momento da contratação é claro no sentido de que é uma *faculdade* da operadora oferecer tal cobertura sem ônus ao consumidor. Caso a operadora escolha pelo não-oferecimento da referida cobertura, deverá, obrigatoriamente oferecer ao consumidor a chamada Cobertura Parcial Temporária (CPT). É o que dispõe o artigo 6º, §1º da Resolução Normativa 162 de 2007 da ANS:

Caso a operadora opte pelo não oferecimento de cobertura total, deverá neste momento, oferecer CPT. O oferecimento de CPT neste caso é obrigatório, sendo facultado o oferecimento de Agravado como opção à CPT.

A CPT está prevista no artigo 2º, inciso II da referida Resolução Normativa, nos seguintes termos:

Cobertura Parcial Temporária (CPT) aquela que admite, por um período ininterrupto de até 24 meses, a partir da data da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, a suspensão da cobertura de Procedimentos de Alta Complexidade (PAC), leitos de alta tecnologia e procedimentos cirúrgicos, desde que relacionados exclusivamente às doenças ou lesões preexistentes declaradas pelo beneficiário ou seu representante legal;

Consiste na suspensão da cobertura de Procedimentos de Alta Complexidade (PAC)¹⁸⁷, leitos de alta tecnologia e procedimentos cirúrgicos, relacionados exclusivamente às doenças e lesões preexistentes, pelo período ininterrupto de até 24 meses, contados a partir da data de contratação.

A norma possibilita às operadoras a faculdade de oferecimento de Agravo em substituição à CPT. É o que dispõe o artigo 6º, §1º da Resolução Normativa 162/2007:

Caso a operadora opte pelo não oferecimento de cobertura total, deverá neste momento, oferecer CPT. O oferecimento de CPT neste caso é obrigatório, sendo facultado o oferecimento de Agravo como opção à CPT.

O Agravo, por sua vez, está previsto no artigo 2º, inciso III da referida Resolução Normativa:

Agravo como qualquer acréscimo no valor da contraprestação paga ao plano privado de assistência à saúde, para que o beneficiário tenha direito integral à cobertura contratada, para a doença ou lesão preexistente declarada, após os prazos de carências contratuais, de acordo com as condições negociadas entre a operadora e o beneficiário;

Trata-se de qualquer acréscimo no valor da contraprestação paga à operadora de plano de saúde, para que o consumidor tenha direito à cobertura integral para a doença ou lesão preexistente declarada ou constatada no exame, após os prazos de carências contratuais, nos termos das condições negociadas entre as partes.

O § 2º, do artigo 6º da Resolução Normativa dispõe que, caso a operadora não ofereça o CPT ou Agravo no momento da contratação, não poderá aplicar posteriormente¹⁸⁸ e após 24 meses da data da celebração do contrato, é vedado à operadora a alegação de doença ou lesão preexistente.¹⁸⁹

¹⁸⁷ A Resolução Normativa n. 338, de 2013 e seus anexos especifica o que são os PAC e discorre, em detalhes quais os tratamentos de cobertura obrigatória dependendo do tipo de contrato de planos e seguros privados de saúde que são autorizados a comercializar.

¹⁸⁸ Art. 6º, §2º, RN 162/2007, ANS - Caso a operadora não ofereça CPT no momento da adesão contratual, não caberá alegação de omissão de informação na Declaração de Saúde ou aplicação posterior de CPT ou Agravo, nas condições descritas no caput deste artigo.

¹⁸⁹ Art. 7º, RN 162/2007, ANS - A CPT e o Agravo dar-se-ão de acordo art. 2º, incisos II e III, desta Resolução, sendo vedada à operadora de planos privados de assistência à saúde, a alegação de DLP decorridos 24 meses da data da celebração do contrato ou da adesão ao plano privado de assistência à saúde.

Caso a operadora e o beneficiário firmem contrato com a Cobertura Parcial Temporária, após o fim do prazo de 24 meses, a cobertura passará a ser integral referente às doenças e lesões preexistentes, nos termos das condições contratadas e da Lei n. 9.656/98. É o que dispõe o artigo 7º da Resolução Normativa, nos seguintes termos:

Nos casos de CPT, findo o prazo de até 24 (vinte e quatro) meses da contratação ou adesão ao plano privado de assistência à saúde, a cobertura assistencial passará a ser integral, conforme a segmentação contratada e prevista na Lei nº 9.656, de 1998.

A ANS regulamenta de forma clara, ampla e específica sobre as questões jurídicas que envolvem os casos de doença preexistentes nos contratos de plano de saúde. Prevê cada situação, a fim de proteger o consumidor de eventuais abusos de operadoras de planos de saúde e de proteger as operadoras de eventuais fraudes contratuais relacionadas à omissão de doenças preexistentes.

3.2 O princípio da legalidade e o ativismo judicial

É preciso estudar brevemente, para tratar da política de *stare decisis* no Brasil, a necessidade do respeito ao princípio da legalidade e as consequências das decisões judiciais arbitrárias. A obediência aos métodos de fixação de precedentes é uma forma de garantir a previsibilidade do Poder Judiciário e para limitar o seu poder. É incapaz de gerir a função de distribuição de “justiça” nos casos concretos, um sistema judicial que admite diversas interpretações, pois não viabiliza a coerência da ordem jurídica, a liberdade, a previsibilidade e a igualdade perante o Direito. Trata-se, portanto, de porta aberta para a distribuição desigual e aleatória de “justiça”, com todas as suas perversas consequências¹⁹⁰.

Definir o conceito de um instituto jurídico, em muitas ocasiões, é uma tarefa árdua, uma vez que a linguagem jurídica pode prestar a grandes equívocos¹⁹¹. Poderia se afirmar que o poder discricionário não é mais que ditar um ato arbitrário. Ao mesmo tempo, poder-se-ia definir a arbitrariedade como um ato que viole a razão, fruto da simples vontade ou capricho¹⁹². Arbitrariedade é definido como “(...) ato ou procedimento contrário à justiça, à razão ou às leis, ditado somente pela vontade ou pelo capricho”. Portanto, a arbitrariedade é um dos limites

¹⁹⁰ MARINONI, Luis Guilherme. A ética dos precedentes [livro eletrônico]: Justificativa do novo CPC. Revista dos Tribunais. 2 ed. São Paulo, 2016.

¹⁹¹ CASSAGNE, Juan Carlos, Os grandes princípios do direito público: constitucional e administrativo; tradução Marly Peres. Editora Contracorrente, São Paulo, 2017.

¹⁹² Idem.

substantivos da discricionariedade¹⁹³. Há também quem defenda que a irrazoabilidade integra o conteúdo da arbitrariedade¹⁹⁴.

O ativismo judicial, na prática, se trata da participação intensa e ampla do poder judiciário com interferência no espaço de atuação dos outros poderes. É um modo pelo qual o magistrado interpreta a Constituição expandindo o seu alcance. Ou seja, o magistrado busca extrair o máximo do potencial do texto constitucional¹⁹⁵.

O ativismo judicial se caracteriza por três condutas: a) aplicando diretamente a constituição, ainda que ausente de normas legislativas; b) declarando inconstitucional uma norma legal com critérios menos rígidos; e c) impondo condutas ao poder público¹⁹⁶.

Os elementos caracterizadores do ativismo judicial são inerentes a todos os magistrados quando do exercício de suas atribuições, tornando possível afirmar que se verifica excesso no exercício de sua função jurisdicional. Esse fenômeno surge pelas seguintes razões: a) como consequência do exercício do poder judiciário de revisar os atos dos outros poderes por meio do controle de constitucionalidade; b) grande volume de demandas judiciais; c) abertura à discricionariedade do ato decisório; d) ampliação da capacidade de gerenciamento processual do magistrado; e) omissão legislativa; f) vagueza e ambiguidade do Direito¹⁹⁷.

Sendo o ativismo o controle sobre as políticas de ação do governo, é necessária a sua crítica, pois o Judiciário não pode assumir as funções de governo dos outros poderes¹⁹⁸. Ante as suas características, o ativismo pode ser considerado um processo político-institucional, no qual se assume um modelo de jurisdição constitucional, configurando-se um poder revestido de supremacia, com competências que não lhe são garantidas pela Constituição Federal¹⁹⁹.

O Poder Judiciário foi formatado de modo a ser o mais independente possível dos interesses dispostos em um litígio e dos demais Poderes do Estado²⁰⁰. O desprezo do Judiciário

¹⁹³ BREWER CARÍAS, Allan R. Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Mariano R. Brito. Montevideo: Fundação de Cultural Universitária, 2008, p. 622 ss.

¹⁹⁴ TAWIN, Guido S. La desviación de poder. Noción en crisis? Estudios de derecho administrativo. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, p. 11.

¹⁹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda, 2014.

¹⁹⁶ Idem.

¹⁹⁷ TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

¹⁹⁸ MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Ativismo judicial e judicialização da política da relação de consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no estado de São Paulo. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 347-360.

¹⁹⁹ TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 36.

²⁰⁰ JR, Ivo Teixeira Gico. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 479-499

à legislação levanta questões acerca da harmonia entre os Poderes do Estado e também relacionados à sua própria estrutura, na medida em que os julgadores deixam de respeitar a legislação como limite, com a finalidade de proteger a sociedade civil. Pensando nisso, o ativismo judicial pode ser considerado a “aceitação sistemática da possibilidade de alteração judicial de comandos legais mediante artifícios interpretativos ou simples desconsideração do texto da lei”²⁰¹.

O ativismo judicial, contudo, pode ser visto como uma reação diante do desencanto com o Poder Legislativo²⁰². Surgiu a legalidade principiológica, com base em tais preceitos, por meio da qual é prevista a possibilidade de superação do texto normativo pela aplicação de princípios constitucionais²⁰³. Agora, não se fez mais o culto da lei, como no velho Estado de Direito do liberalismo e, sim, da Constituição²⁰⁴. A juridicidade procura reconduzir o Direito a um labor fundamentado diretamente na Constituição Federal²⁰⁵, sem deixar por completo a norma legal, o que gera certa desconfiança²⁰⁶.

Esse discurso em prol da juridicidade é criticado, pois, na medida em que aumentam os meios de controle, poderes de tomada de decisão são alargados. Isso porque implica excessivo subjetivismo do ente público²⁰⁷, podendo aumentar os abusos e abrindo um leque de opções, inclusive contrárias a lei²⁰⁸. Ao aplicar a Constituição Federal, o agente público pode encontrar obstáculos para interpretá-la, por meio dos conceitos abertos que ali se encontram, e para filtrá-los a luz dos princípios constitucionais, que muitas vezes podem ser ainda mais flexíveis e até contraditórios²⁰⁹.

Ainda, a possibilidade de substituição do princípio da legalidade para a aplicação única da constitucionalidade, se, de um modo torna a lei menos rígida, por outro acaba por dar poderes efetivos aos juízes, gerando excesso de subjetivismo judicial²¹⁰.

²⁰¹ JR, Ivo Teixeira Gico. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 479-499

²⁰² VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV, São Paulo, v. 4, p. 443, jul./dez. 2008.

²⁰³ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 130 e 132.

²⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 424.

²⁰⁵ BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Transformações do direito administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 94 – 107.

²⁰⁶ Ibidem. p. 108.

²⁰⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 134.

²⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p. 183 e ss.

²⁰⁹ CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. Revista de Direito Administrativo - RDA, Belo Horizonte, ano 2017, n. 274, p. 175- 208, Janeiro a Abril 2017.

²¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. In: BRANDÃO, Rodrigo; BAPTISTA, Patrícia (Org.). Direito público. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2015. p. 21-40. (Coleção 80 anos Direito UERJ, v. 8)

O problema do ativismo judicial é que, o Poder Judiciário passa a ter comportamentos instáveis que variam de acordo com a vontade de cada magistrado e com o momento do julgamento. Essa instabilidade causada pelo ativismo judicial passa a potencializar o chamado anarquismo judicial²¹¹. A incerteza quanto à regra a ser aplicada em cada caso concreto gerará um aumento no número de ações judiciais, constituindo custo à sociedade²¹².

É necessário determinar quais aspectos a interpretação das necessidades da população pode influenciar no momento de julgar. Isso porque, para que a democracia seja tida como legítima, é necessário que os indivíduos sejam tratados com igualdade e o peso de cada decisão tenha valor de forma igualitária, o que gerará uma espécie de decisão formada pela pluralidade da sociedade²¹³.

A aplicação de uma regra para cada caso pode gerar um tratamento discriminatório e injusto, uma vez que pessoas com a mesma situação fática serão tratadas pelo Judiciário de forma completamente diversa. Uma terá seus direitos protegidos e a outra não. Um será punido e o outro não. O tratamento diferente, causador de injustiças, é o resultado do próprio ativismo judicial, que, ironicamente, busca fazer justiça no caso concreto²¹⁴.

A supremacia da lei, por outro lado, em relação às decisões, cria um procedimentalismo. O procedimentalismo é a fonte que gera decisões padronizadas no âmbito do Poder Judiciário, por meio da jurisprudência, e essa fonte precisa de renovação e não deve ser estagnada. Isso porque, não é aceitável que uma decisão previamente proferida, em um caso isolado, de acordo com a concepção de um juízo, seja a mesma para um caso novo²¹⁵. O ato de julgar merece juízo reflexivo, que consiste em procurar uma regra para um caso novo²¹⁶.

Deve-se buscar, portanto, formas de valorizar a lei formal, buscar a dignidade da legislação²¹⁷, o que sugere inserir a lei em um lugar pragmático e dogmático. É necessário reforçar a ideia que o cumprimento da legalidade não é uma questão de faculdade²¹⁸ e sim de imperiosidade. Acaso seja tratado como uma opção, a Constituição Federal seria um mero

²¹¹ JR, Ivo Teixeira Gico. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 479-499

²¹² Cfr. DE SOTO, H. Economia subterrânea: uma análise da realidade peruana. Rio de Janeiro: Globo, 1987

²¹³ MARIN, Jeferson Dytz. LEAL, Augusto Antônio Fontanive. Risco de arbitrariedades e a necessidade de decisões democráticas. Ver. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, p. 149-158, dez. 2014.

²¹⁴ JR, Ivo Teixeira Gico. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 479-499

²¹⁵ NEVEZ, Antonio Castanheira. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Coimbra, 2003.

²¹⁶ RICOEUR, Paul. O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição. São Paulo: Martins Fontes, 2008

²¹⁷ WALDRON, Jeremy. A dignidade da legislação. Tradução de L. C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²¹⁸ CASSESE, Sabino. Derecho administrativo: historia y futuro. Coordinación da edição espanhola de Alicia Isabel Saavedra-Bazaga. Sevilla: Instituto Nacional de Administración Pública (Inap), 2014. p. 344.

estatuto sem efetividade. Seria uma folha de papel, que seria sempre superada pelos fatores de poder²¹⁹.

A legalidade, no caso brasileiro, surgiu como antídoto natural, em um cenário no qual o Poder Executivo era o inimigo que precisava ser derrotado, já que a Presidência foi o maior símbolo institucional da ditadura²²⁰. Ainda que o Poder Legislativo não represente, exatamente, a vontade do povo²²¹, a lei do parlamento se mantém sendo de extrema importância como gerador de diálogo institucional, de modo que, a ausência de instrumentos legislativos pode causar situações de grave ilegitimidade²²².

O referido princípio está previsto na constituição brasileira de diversas formas. Pode-se identificá-lo no artigo 5º, inciso II, no qual dispõe sobre a liberdade de agir e deixar de agir dentro dos limites legais. Identifica-se também no artigo 5º, inciso XXXIX, que garante ao cidadão a ausência de crime sem previsão anterior em lei. A obediência da administração pública ao princípio da legalidade está previsto no artigo 37 da nossa Carta Magna, que foi com base no referido dispositivo que o STF editou a súmula vinculante n. 13, que veda a prática de nepotismo nos três poderes, no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios.

Defender o esvaziamento do dever constitucional de vinculação da administração pública à lei formal gera o risco do pesadelo *linzeriano*: uma administração pública que é liderada por um presidente autocrático e poderoso. Para evitar tal situação, devem ser criadas formas de contenção apropriadas, evitando-se o hiperpresidencialismo²²³.

As normas legais devem ser, portanto, objeto de um permanente trabalho de renovação, analisando-se o contexto em que se inserem, devendo ser aperfeiçoadas, gerando melhor adequação para a sociedade²²⁴.

²¹⁹ LASSALLE, Ferdinand. O que é uma constituição? Tradução de H. M. Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

²²⁰ Carlos Ari Sundfeld, Direito administrativo para céticos, op. cit., p. 123-130.

²²¹ MANKIW, Gregory. Introdução à economia. Tradução da 5. ed. norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 473-475.

²²² CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. Revista de Direito Administrativo - RDA, Belo Horizonte, ano 2017, n. 274, p. 175- 208, Janeiro a Abril 2017.

²²³ NINO, Carlos. Hyperpresidentialism and constitutional reform in Argentina. In: LIJPHART, Arend; WAISMAN, Carlos H. (Org.). Institutional design in new democracies. Boulder: Westview, 1996. p. 161-174.

²²⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, ed. esp. 93, dez. 2013.

3.2.1 Legalidade como forma de garantia de previsibilidade

Os seres humanos sempre precisaram de normas para definir um padrão de condutas e comportamentos para viver em sociedade²²⁵. Durante o absolutismo europeu, o argumento de legitimação do Estado estava atrelado a um direito natural de efetivar paz e controlar as guerras civis religiosas em curso na Europa naquele momento. Ao assumir a responsabilidade pelo poder, o homem passa a ser representado como súdito, que coloca o Estado como juiz racional de indivíduos irracionais. Assim foi criado o modelo de direito subjetivo como forma de controle do futuro²²⁶.

Esse modelo jurídico é baseado no controle do *horizonte de expectativas*, uma projeção feita no presente de como o futuro se portará diante dos limites estabelecidos pelas regras no presente. Assim, a institucionalização do Direito gera a aplicabilidade das normas jurídicas no futuro que, ainda que incerto, precisa ser controlado e contido por esse panorama que se prevê determinante nas possibilidades de interpretação e compreensão de normas jurídicas no futuro.

O modelo jurídico da modernidade é, portanto, uma forma peculiar de controlar o futuro, pois os textos normativos funcionariam como depoimento escrito da verdade, que seria compreendido por meio de uma subjetividade transcendental. Portanto, o direito, formalizado, passa a ser a expressão do desejo humano de controlar o futuro, que se daria tanto pela definição de pontos de partida na argumentação, como no controle da compreensão desses pontos quando for decidir os conflitos.

Foram estruturados, então, formas metodológicas para criar uma certa previsibilidade, por meio da restrição teórica à discricionariedade judicial. O raciocínio criado foi de que, quanto menos é a gama de possibilidades de ação, de decisão, do magistrado, mas previsível e mais racionais são as decisões. Ocorre que, desde as codificações do Século XIX, até a constitucionalização dos fins do Século XX e início do Século XXI, a teoria e a filosofia do Direito lidam com a seguinte questão: Há discricionariedade judicial?

O *horizonte de expectativas* é orientado para dar previsibilidade do futuro, impondo uma limitação à interpretação baseada nas normas jurídicas. Contudo, essa forma de controle passou a ser questionada durante o Século XX. Isso porque, os problemas de ambiguidade e vagueza nos textos cortam a conexão que se acreditava segura entre o significante como texto jurídico e

²²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. Revista de Direito Administrativo, v. 225, p. 114, jul/set. 2001.

²²⁶ MAIA, Alexandre de. *Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo*. Princípio da Legalidade - Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Forense, 07/2009.

o significado como interpretação jurídica. A partir daí, milhares de possibilidades foram criadas pela mudança na forma de interpretar textos jurídicos e, como consequência, direito subjetivos, que não pode meio da modificação formal dos textos legais.

A legalidade é, portanto, uma tentativa de estabelecer regras válidas e permanentes na sociedade humana, de modo a proteger a sociedade de arbitrariedades por parte dos que mantêm o poder. Essas normas devem ser estáveis e previsíveis, pelas quais seja possível antever as consequências das condutas²²⁷.

Apesar da existência de tais normas, a tomada de decisão jurídica é imprevisível, mesmo que o texto legislativo seja um só. Tal fato pode decorrer por diversas razões, tais como: a) metodologia do julgador, que primeiro decide o caso e, em busca de legitimar sua decisão, aplica uma norma jurídica como fundamento; b) interpretação do magistrado no momento de analisar o texto legal, quando é vago ou ambíguo; c) influências de fatores como política, amizade, entre outros²²⁸.

O fato é que a legislação contém conceitos vagos das quais a aplicação em certos casos não pode ser utilizada apenas por meios lógicos e racionais. Existem fatores que integram a tomada de decisões que não podem ser estabelecidos previamente. Tal situação ocorre na pluralidade de significados de um termo, que torna impossível a previsão de todas as ocorrências e situações sociais a serem prescritas nas normas. Diante de tal impossibilidade, qualificar tais significados depende da discricionariedade do julgador²²⁹.

3.2.2 Legalidade como forma de limitação de poder

O objetivo da lei é que os particulares não sejam cerceados pela tirania da autoridade pública²³⁰. Busca determinar que não há autoridade superior à da lei. Que o governante não governe além dos limites legais e que, somente em nome da lei que se exige a obediência dos indivíduos²³¹. Portanto, a lei deve ser o limite do agir²³²

²²⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 225, p. 114, jul/set. 2001.

²²⁸ BRANDÃO, Cláudio, CAVALCANTI, Francisco, ADEODATO, João (coord.). Princípio da Legalidade - Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. *Forense*, 07/2009. [Minha Biblioteca].

²²⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999 [1967], p. 388- 389.

²³⁰ CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Belo Horizonte, ano 2017, n. 274, p. 175- 208, Janeiro a Abril 2017.

²³¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 225, p. 114, jul/set. 2001.

²³² AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. I, p. 46.

Decorre dessa lógica que o princípio da legalidade estabelece o "governo das leis" no lugar do "governo dos homens"²³³. Ela é, portanto, condição indispensável para o reconhecimento dos limites ao poder político, sob pena do "império do arbítrio"²³⁴.

A legalidade é, portanto, um antídoto natural do poder monocrático, uma vez que tem como base a ideia da soberania popular²³⁵, garantindo que o Poder Executivo seja nada mais que a concretização da vontade popular. Essa vontade popular, que deve ser extraída por meio de uma assembleia de representantes do povo, devidamente eleitos, sendo esse o meio pelo qual os membros de uma comunidade são unidos e combinados como um corpo vivo coeso. A vontade popular, representada pelo governante, é a alma que dá vida, forma e unidade à comunidade²³⁶.

O princípio da legalidade segue, portanto, duas dimensões, a da legitimidade, substancial, e as formas de legitimação, procedimental. Na dimensão da legitimidade, busca-se a concretização de fins e valores positivados na norma. Já a legitimação procedimental é estabelecidas pelos governantes de modo a concretizar e atribuir novos valores e princípios pactuados na ordem constitucional.

Em busca de efetivar a limitação de poder, o princípio da legalidade foi fundamentado pelas ideias iluministas, quando do início dos Estado de direito. Foi criado a partir das teorias de Montesquieu, sobre a divisão clara entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Seu primeiro sinal de aparição ocorreu na Marga Carta em 1215, por meio do documento criado pelos barões ingleses, a fim de limitar o poder do rei João Sem Terra. Buscava-se limitar o poder do rei através de um ordenamento jurídico que visava substituir as vontades do governante pela vontade do povo, por meio de seus representantes²³⁷.

As técnicas de governo do período absolutista, anterior à Revolução Francesa, se fundamentavam na ideia de que a pessoa do soberano era de escolhido por Deus. A fonte de todo o Direito, em razão desse fato, estava concentrada em suas mãos, o que lhe permitia agir tanto por normas gerais, como por normas abstratas, por meio de atos singulares que poderiam, ainda, contrariar aquelas²³⁸.

²³³ LIXA, Mariana Fernandes. O princípio da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da penalidade disciplinar militar. *Revista Direito Militar*, nº 122, janeiro/fevereiro de 2017.

²³⁴ *Idem*.

²³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 100.

²³⁶ Tradução livre do original. LOCKE, John. *Two treatises of government*, cap. XIX, §212, p. 385. Versão eletrônica disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/222/0057_Bk.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2013.

²³⁷ MADEIRA, José Maria p. *Administração Pública: Tomo I*. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, pg. 36, 2014.

²³⁸ SANTOS NETO, João Antunes dos. *Legalidade e decisões políticas*. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 234, p. 157, out./dez. 2003. Acesso em 19/06/2017.

A teoria da separação dos poderes, na concepção de Montesquieu, era a prevenção e defesa da liberdade natural do ser humano, com a finalidade de protegê-lo do despotismo da autoridade²³⁹. Saindo do pressuposto que toda pessoa que detém poder sofre a tentação de abusar dele, visou ser necessário que o poder encontrasse seus limites. Assim, definiu que a forma mais adequada para estabelecer tais limites era separar o poder e buscar que as partes separadas se detenham entre si, reciprocamente²⁴⁰.

É inegável que esse controle recíproco leva ao equilíbrio dos diferentes poderes do Estado²⁴¹, que é conquistado por meio da distribuição das funções estatais entre diferentes órgãos, constituído por pessoas diversas, de modo que nenhum deles possa estabelecer sua vontade aos outros e nem ser submetido à vontade alheia à própria²⁴². Destaca-se que não se fala em órgãos isolados. Pelo contrário, é importante que os órgãos possam deter-se entre si, mas nada impede uma relação recíproca de colaboração entre eles²⁴³.

O preceito da separação dos poderes institui um dos pilares principais do edifício constitucional, que implica em vários elementos que devem se compor de forma harmoniosa para que se cumpra o Estado de Direito. Além de prever a submissão do Estado à lei e ao direito, compondo o princípio da legalidade e a justiça, presume-se uma divisão de funções em órgãos separados e autônomos com funções específicas e poderes limitados²⁴⁴. A separação de poderes é orgânica e pessoal²⁴⁵, podendo ser uma separação relativa, de poderes limitados e coordenados entre si²⁴⁶.

O regime de separação dos poderes compreende, além da partilha do poder do Estado nas funções especializadas adjudicadas a cada órgão, o estabelecimento de um freio recíproco de atribuições com a finalidade de evitar o despotismo²⁴⁷.

Sob essa perspectiva, a atuação do Estado e seus agentes só é legítima quando o exercício do poder está de acordo com os princípios, valores e regras positivadas pelo Direito.

²³⁹ BOSCH, Jorge Tristán, Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes. Buenos Aires. Universidade de Buenos Aires, Faculdade de Direito e Ciências Sociais, 1944, p.43.

²⁴⁰ Idem.

²⁴¹ BIDART CAMPOS, Germán, J. Derecho constitucional. tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1966, p. 698 e 703, obs. 31.

²⁴² BIDART CAMPOS, Germán, J. Derecho constitucional. tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1966, p. 698 e 703.

²⁴³ Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la Administración pública. Buenos Aires: Zavalía, 1951, p. 37.

²⁴⁴ CASSAGNE, Juan Carlos, Os grandes princípios do direito público: constitucional e administrativo; tradução Marly Peres. Editora Contracorrente, São Paulo, 2017.

²⁴⁵ VILE, Maurice J.C. Constitucionalismo y separación de los poderes. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 2007, p. 17/18.

²⁴⁶ ESTRADA, José Manuel. Curso de Derecho constitucional. tomo II. Buenos Aires: Sudamericana de Billetes de Banco, 1902, p. 37 e ss.

²⁴⁷ BOSCH, Jorge Tristán, Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes. Buenos Aires. Universidade de Buenos Aires, Faculdade de Direito e Ciências Sociais, 1944.

Somente nesta acepção que deve o princípio da legalidade ser compreendido, sob pena de exercício de poder ilegítimo²⁴⁸.

A jurisprudência do STF²⁴⁹ firmou entendimento de ser possível o controle da legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. De acordo com o julgado na AI 640.272, cabe ao Poder Judiciário a análise da legalidade e constitucionalidade dos atos dos três Poderes constitucionais. Cabe, ainda, verificando a violação do princípio da legalidade, afastar a sua aplicação²⁵⁰.

É na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, efetivamente, a legalidade aparece enunciada de forma clara. A referida Declaração é decorrente das constituições originárias das Revoluções Liberais, quais sejam a inglesa, a americana e a francesa. É a partir desse momento que o direito passa a ser visto como um conjunto de convenções e normas estabelecidos socialmente e não um conjunto de leis oriundas de um poder divino.

O cerne da teoria do Estado de Direito é a ideia segundo a qual os diferentes órgãos do Estado não podem atuar, senão em virtude da lei²⁵¹. A legalidade remete ao Estado a noção de que qualquer direito pode ser criado ou modificado, por meio de uma convenção sancionada de forma processualmente correta. Assim, a sociedade deixa de obedecer a regra em razão de seu direito próprio, mas passa a obedecer a regra instituída pela sociedade, a qual define a quem e em que medida se deve obedecer²⁵². A lei já foi forma de expressão de vontade de Deus e da vontade do príncipe, mas, atualmente, acredita-se ser a expressão da vontade do povo²⁵³.

É necessário, no entanto, analisar a legalidade com a lupa da realidade. Isso porque, o princípio da legalidade foi superestimado pela doutrina convencional. O Congresso Nacional também foi superestimado, olvidando-se do fato de que é composto por seres humanos²⁵⁴. Esses

²⁴⁸ LIXA, Mariana Fernandes. O princípio da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da penalidade disciplinar militar. *Revista Direito Militar*, nº 122, janeiro/fevereiro de 2017.

²⁴⁹ BRASIL. STF. Acórdão. AgRg AI 796.832, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, julgado em 01/02/2011, DJe 23/02/2011; BRASIL. STF. Acórdão. AgRg ARE 757.716, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 27/08/2013, DJe 07/10/2013; BRASIL. STF. Acórdão. RMS 24.699, Rel. Ministro EROS GRAU, julgado em 30/11/2004, DJe 01/07/2005

²⁵⁰ BRASIL. STF. Acórdão. AgRg AI 640.272, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 28/02/2012, DJe 14/03/2012.

²⁵¹ SANTOS NETO, João Antunes dos. Legalidade e decisões políticas. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 234, p. 158, out./dez. 2003. Acesso em 19/06/2017.

²⁵² DUTRA, Delamar José V. A legalidade como forma do Estado de direito. *Kriterion*, Belo Horizonte, n. 109, p. 61-62, jun. 2004. Acesso em 18/06/2017.

²⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 225, p. 115, jul/set. 2001.

²⁵⁴ CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Belo Horizonte, ano 2017, n. 274, p. 175-208, Janeiro a Abril 2017.

representantes são influenciados por interesses, crenças, incentivos e dificuldades diversas e, nem sempre, a legalidade funciona como um antídoto natural das oligarquias e do arbítrio. Inclusive, podem criar um ambiente de manutenção desses problemas²⁵⁵.

A motivação desses representantes²⁵⁶ é atender à necessidade básica de um político: a manutenção no poder, podendo, quando possível aumentá-lo. Para isso, precisam de votos da população, adquiridos por meio de campanha, a qual necessitará dinheiro e apoio político²⁵⁷.

O princípio da legalidade é, portanto, o princípio que garante ao sistema jurídico a tão necessária segurança jurídica²⁵⁸. O que buscam todas estas normas em comum é a limitação das decisões judiciais, pois o princípio da legalidade é um dogma do mundo e sem ele não há segurança jurídica. O agente precisará, então, de dois tipos de incentivos: um interno e um externo.

Os incentivos internos são aqueles em que busca possíveis vantagens que possam contribuir para o seu projeto. Para isso, será necessário estar posicionado em cargos estratégicos, que incrementem o seu poder e aumentem suas possibilidades de obtenção de conveniências. Logo, buscará bons relacionamentos em troca de apoio entre os entes governamentais que precisem reciprocamente um do outro para tocar seus projetos²⁵⁹.

Os incentivos externos do agente são atender os grupos de interesse privados. O mandato de um representante eleito é fruto da vontade de um conjunto de pessoas que se viu representado nele. Por isso, tendem a ter uma inclinação a favorecer esse grupo. O representante também estará suscetível a capturas de entes privados que estejam dispostos a oferecer

²⁵⁵ CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Belo Horizonte, ano 2017, n. 274, p. 175- 208, Janeiro a Abril 2017.

²⁵⁶ Teoria composta pela corrente de pensamento do movimento de análise econômica do direito e das instituições públicas nos Estados Unidos, conhecido como Escola de Virgínia. O marco teórico de tais ideias é a obra de James Buchanan, ganhadora do prêmio Nobel de economia, que busca destacar a interdependência entre a economia, a política e o direito com o objetivo de fornecer modelos mais realistas da política e do fenômeno jurídico. ROWLEY, Charles K. *Public choice and the economic analysis of law*. In: MERCURO, Nicholas (Ed.). *Law and economics*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989. p. 123-124 e Para uma excelente coletânea da obra de James Buchanan sobre public choice, ver: BUCHANAN, James. *The collected works of James M. Buchanan*, v. 13: *Politics as public choice*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.

²⁵⁷ ROSE-ACKERMAN, Susan. *Análise econômica progressiva do direito — e o novo direito administrativo*. Tradução de Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo et al. (Org.). *Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 246.

²⁵⁸ BRANDÃO, Cláudio, CAVALCANTI, Francisco, ADEODATO, João (coord.). *Princípio da Legalidade - Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Forense, 07/2009. [Minha Biblioteca].

²⁵⁹ CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, Belo Horizonte, ano 2017, n. 274, p. 175- 208, Janeiro a Abril 2017.

vantagens para contribuir para o projeto de reeleição²⁶⁰, que são os chamados *rent-seeking*²⁶¹. Esses agentes tem como objetivo induzir as decisões dos representantes estatais regulatórios como forma de desenvolver sua posição no mercado ou em certo setor da economia²⁶².

Nesse cenário de democracia pluralista madisoniano²⁶³ a formação de vontade política pode sofrer interferências de facções que não são movidas pelos interesses populares, mas por motivações individuais e ambiciosas²⁶⁴. As leis produzidas são, portanto, frutos de interesses privados e não a vontade do povo. Tais fatos tornam-se desanimadora a capacidade de chegar a um consenso majoritário na assembleia de legisladores, sendo questionável se a vontade prevista nas normas são efetivamente o desejo da maioria²⁶⁵.

A decisão devidamente fundamentada, utilizando-se das normas previamente previstas é o que a doutrina chama de “paraíso de conceitos” dos juristas. O paraíso de conceitos é atingido quando, em qualquer regra no sistema jurídico é dado a um termo geral o mesmo significado sempre que este termo aparece no sistema. Ou seja, a regra não se aplica somente em casos específicos, mas sim, à todo o sistema jurídico²⁶⁶.

A regra na qual não se aplica um termo geral a um significado único no sistema, mas sim com significado singular, é um vício conhecido na teoria jurídica como formalismo ou conceptualismo. Tal vício consiste em uma atitude na qual se fixa o significado de uma regra, de modo em que os termos gerais terão significado diversos em cada caso em que esteja em causa a sua aplicação²⁶⁷.

Para atingir o paraíso dos conceitos e desviar dos vícios de formalismo ou conceptualismo, é necessário determinar o significado da regra, de modo que os seus termos gerais tenham o mesmo significado em todos os casos em que deva ser aplicado. Assim, consegue-se uma medida de previsibilidade, de maneira a considerar, de forma genérica, o que se deve fazer em uma série de casos futuros. A previsibilidade é, na verdade, poder resolver de

²⁶⁰ SMITH, Adam. A riqueza das nações. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁶¹ TULLOCK, Gordon. The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft. *Western Economic Journal*, v. 5, n. 3, p. 224-232, 1967.

²⁶² STIGLER, George J. A teoria da regulação econômica. In: Paulo Mattos et al., *Regulação econômica e democracia*, op. cit., p. 23-48.

²⁶³ Nos termos de Madison, esses grupos de facção são inevitáveis. É possível, no entanto, minimizar os seus efeitos. MADISON, James. *The federalista* n. 10. Com notas e introdução de Jacob E. Cooke. Middletown, Conn: Wesleyan University Press, 1961. p. 56-65.

²⁶⁴ MADISON, James. *The federalista* n. 10. Com notas e introdução de Jacob E. Cooke. Middletown, Conn: Wesleyan University Press, 1961. p. 56-65.

²⁶⁵ MANKIWI, Gregory. *Introdução à economia*. Tradução da 5. ed. norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 473-475.

²⁶⁶ HART, Herbert. *The concept of law*. Oxford: Clarendon, 1961, p. 127.

²⁶⁷ Idem.

forma antecipada questões que só podem ser resolvidas de forma razoável quem surgirem e forem identificadas²⁶⁸.

Contrário ao paraíso dos conceitos dos juristas está o ativismo judicial e as decisões arbitrárias. O ativismo judicial ganhou espaço no Brasil logo após a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, as influências dos sistemas europeus e norte-americanos e a legitimação dos direitos humanos. Isso porque, tais acontecimentos geraram uma maior participação do Estado na sociedade e, na inércia dos demais poderes, abriu-se espaço para o poder judiciário dirimir as lacunas deixadas pelos demais poderes²⁶⁹.

Em questões processuais, o Código de Processo Civil de 2015, venerou o princípio da legalidade e buscou garantir de forma ainda mais intensa o seu cumprimento. O artigo 11 do mencionado Código dispõe o seguinte:

Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

O artigo dispõe acerca da nulidade das decisões judiciais em caso de ausência de fundamentação. A definição de ausência de fundamentação também está prevista no Código, por meio do artigo 489, §1º, nos seguintes termos:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

Ou seja, prevê que não são consideradas fundamentadas as decisões que: a) se limita a indicar ato normativo, deixando de explicar sua relação com a causa; b) emprega preceitos jurídicos indeterminados, deixando de fundamentar a razão da sua incidência ao caso; c) utilizam argumentos que poderiam justificar qualquer outra decisão; d) não enfrenta todos os argumentos capazes de alterar a conclusão adotada pelo julgador; e) se limita a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem explicar a razão pela qual se aplicam ao caso concreto;

²⁶⁸ HART, Herbert. The concept of law. Oxford: Clarendon, 1961, p. 127.

²⁶⁹ MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Ativismo judicial e judicialização da política da relação de consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no estado de São Paulo. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 347-360.

e f) deixam de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a razão pela qual não se aplica ao caso concreto.

O referido artigo é uma demonstração de que o Código de Processo Civil de 2015 buscou a aplicação rigorosa do princípio da legalidade. Ainda, buscou limitar os poderes dos magistrados, apontando como devem ser proferidas as decisões, a fim de evitar o ativismo jurídico e dar maior segurança jurídica à sociedade²⁷⁰.

O princípio da legalidade também está presente no artigo 371, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Dispõe que o juiz apreciará as provas dos autos e indicará na decisão as razões da formação do seu convencimento.

3.3 Necessidade de modulação do enunciado 609 da Súmula do STJ

As teses jurídicas firmadas pelo enunciado 609 da Súmula do STJ são: a) a ilicitude da conduta da seguradora que recusa cobertura securitária, sob a alegação de doença e lesão preexistente, se não houve a exigência de exames médicos prévios; e b) a ilicitude da conduta da seguradora que recusa a cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, se não demonstrada a má-fé do segurado.

A Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao editar o referido enunciado indicou como referência doze precedentes originários, conforme mencionado no capítulo 2.2. O Recurso Especial n. 1.230.233 de MG, listado como o décimo segundo precedente originário é o único dos doze precedentes que analisou a aplicação das teses jurídicas em um contrato de plano de saúde e não de seguro de vida.

É de extrema importância a diferenciação desse último precedente entre os demais, pois há no sistema jurídico brasileiro farto arcabouço normativo específico para disciplinar os contratos de plano e seguro de saúde – conforme tratado no capítulo 3.1. Os contratos de plano e seguro de saúde são regidos pela Lei n. 9.656/1998 e regulamentados pela Agência Nacional da Saúde Suplementar e suas disposições não se aplicam aos contratos de seguro de vida, que

²⁷⁰ BRANDÃO, Cláudio, CAVALCANTI, Francisco, ADEODATO, João (coord.). Princípio da Legalidade - Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Forense, 07/2009. [Minha Biblioteca].

são regidos pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. Não devem, portanto, os contratos ser tratados de forma unitária, já que a eles não se aplicam as mesmas regras jurídicas.

A fim de identificar a aplicação das teses firmadas no enunciado 609 aos contratos de plano de saúde, aplica-se as técnicas da política de *stare decisi* estudadas no capítulo 1, fazendo um comparativo a técnica utilizada quando da edição do enunciado. Expõem-se, por fim, as razões pelas quais o enunciado 609 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça merece ser modulado para deixar de aplicar as teses firmadas aos contratos de plano e seguro de saúde.

3.3.1 Aplicação da técnica de criação de precedentes na edição do enunciado 609 da Súmula do STJ no precedente originário que trata de contrato de plano de saúde. Recurso Especial n. 1.230.233 MG

Como visto no capítulo 1, para que o Poder Judiciário opere com precedentes, é necessário indagar quais são os conteúdos de uma decisão judicial que determinarão a solução de novos casos e em que medida e como se devem tratar casos similares. Faz-se relevante, portanto, que o magistrado busque qual o comando normativo – *ratio decidendi* – da decisão. O comando normativo da decisão corresponde ao conteúdo que vinculará os demais órgãos judiciais, sendo necessária a sua identificação.

A identificação dos fundamentos centrais de certa decisão judicial é o que criará a tese jurídica. É, portanto, uma parte da fundamentação do julgado e não o resumo de toda a fundamentação utilizada. O comando normativo constitui, portanto, a tese de direito discutida que serviu de base para a decisão do caso concreto.

Utilizando-se o método fático-concreto, a identificação da *ratio decidendi* é feita por meio da extração de um conjunto de fatos, de forma que se afirme que sempre que estiverem presentes o fato A (relevante) e o fato B (relevante), e mesmo que ausente o fato C (irrelevante) a decisão será X²⁷¹.

De acordo com a primeira tese jurídica firmada pelo enunciado 609 da Súmula do STJ - a ilicitude da conduta da seguradora que recusa cobertura securitária, sob a alegação de doença e lesão preexistente, se não houve a exigência de exames médicos prévios -, os fatos relevantes são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da

²⁷¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. In O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudo em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 92.

contratação (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

Utilizando o mesmo método para a segunda tese jurídica firmada pelo enunciado – a ilicitude da conduta da seguradora que recusa cobertura securitária, sob a alegação de doença e lesão preexistente, se não houver comprovado a má-fé do segurado -, os fatos relevantes são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha comprovado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X). Não é relevante para a aplicação da tese, se o contrato firmado é de seguro de vida, seguro habitacional ou de seguro de saúde (C). De acordo com o enunciado da súmula, esse fato é irrelevante para que se alcance a decisão (X).

Os precedentes originários indicados na edição do enunciado, trazem onze casos no qual o contrato discutido é de seguro de vida e apenas um caso em que se trata de contrato de plano de saúde - Recurso Especial n. 1.230.233 MG. A natureza do contrato, é considerada irrelevante de acordo com o enunciado. Indaga-se, portanto, se, de fato, a natureza do contrato de seguro é ou deveria ser tratada como fato irrelevante para aplicação da tese jurídica.

O precedente originário do enunciado 609 da Súmula do STJ que aborda a tese jurídica, *aplicando-a aos contratos de plano de saúde* - Recurso Especial n. 1.230.233 MG - trata, na origem, de ação cominatória ajuizada pelo segurado em face da seguradora, na qual o segurado alegou que contratou um seguro saúde e teve a solicitação de cirurgia bariátrica negada, sob fundamento de doença preexistente. Os pedidos foram julgados procedentes, em sentença, determinando que a seguradora oferecesse cobertura para a realização da cirurgia bariátrica.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu estar comprovada a má-fé do segurado no momento da contratação e que restou comprovado que a cirurgia a que se submeteu o segurado se deu em razão de doença preexistente. Deu provimento ao recurso de apelação da seguradora para julgar improcedentes os pedidos do segurado.

Interposto recurso especial pelo segurado, este foi provido para restabelecer os termos da sentença. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça destacou que o Tribunal de origem ressalta que o questionário respondido pelo segurado à época da contratação “traz consigo a prova inequívoca dessa má-fé” e que é irrefutável que o segurado apresentou informações inverídicas acerca do seu estado de saúde e, rever isso exigiria o revolvimento fático-probatório, encontrando óbice no enunciado n. 7 da Súmula do STJ.

Argumentou, ainda, que a jurisprudência da Corte é no sentido de que é ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro-saúde, se a seguradora não submeteu o segurado a prévio exame de saúde e não comprovou má-fé.

Afirma que para configurar conduta dolosa do segurado, esse deve ter tido o condão de ocultar ou dissimular o próprio risco segurado e que a omissão deve ter sido causa determinante para a seguradora assumir o risco da cobertura que se pretende afastar. Concluiu ser evidente que a estatura e o peso do segurado permite identificar, “num simples passar de olhos”, que se trata de pessoa que padece de obesidade mórbida e que no ato de adesão ao contrato o segurado encontrava-se mais de 85kg acima do seu peso ideal, o que foi constatado pela seguradora e que notoriamente acarreta diversos males a saúde.

Argumentou que a seguradora, portanto, sabia da obesidade mórbida do segurado, sendo evidente que os riscos certamente foram levados em consideração e aceitos ao admiti-lo como segurado, não podendo falar em vício na manifestação de vontade. Aduz, ademais, que o pedido de redução bariátrica se deu seis anos após o contrato ter sido firmado, o que demonstra ausência de premeditação dolosa do segurado. Conclui que restou caracterizada a má-fé bilateral.

Aplicando-se os métodos de identificação da *ratio decidendi* estudados no capítulo 1.2.2, necessita-se examinar os fatos do caso concreto, a fundamentação utilizada no acórdão estudado e a conclusão a que se chegou o Tribunal²⁷².

Os fatos confirmados pelo acórdão do Tribunal de origem no caso em comento são: a) Trata-se de contrato de plano de saúde, firmado entre o segurado e a operadora; b) a operadora do plano negou cobertura de cirurgia bariátrica do segurado, sob o fundamento de que se tratava de doença preexistente à contratação do seguro; c) o questionário respondido pelo segurado à época da contratação “traz consigo a prova inequívoca dessa má-fé”; d) que é irrefutável que o segurado apresentou informações inverídicas acerca do seu estado de saúde quando da contratação do plano.

O fato de tratar-se de contrato de plano de saúde, nos termos do enunciado, é irrelevante (C) para a aplicação da decisão, de acordo com o enunciado. O fato de a operadora ter negado cobertura de cirurgia bariátrica do segurado, sob o fundamento de que se tratava de doença preexistente à contratação do seguro é relevante (A). O fato de o segurado ter respondido o questionário à época da contratação ter sido considerada pelo Tribunal de origem como prova inequívoca de má-fé do segurado (B) é relevante. O fato de estar comprovado que o segurado prestou informações inverídicas acerca do seu estado de saúde quando da contratação do plano é irrelevante (C) para a aplicação da decisão.

²⁷² MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades*. In Direito Jurisprudencial: volume II/ coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 982.

Constata-se que o fato relevante (B) do precedente - de que restou comprovado a má-fé do segurado - é antagônica ao fato relevante (B) do enunciado da Súmula - que não tenha comprovado a má-fé do segurado. Ausente, portanto, o fato relevante (B), a decisão (X) - considera-se ilícita a conduta da seguradora - não pode ser aplicada.

O Superior Tribunal de Justiça, no entanto, assim não entendeu, utilizando-se de fatos irrelevantes (C), como a possibilidade de identificar, “num simples passar de olhos”, que o segurado se trata de pessoa que padece de obesidade mórbida e que no ato de adesão ao contrato o segurado encontrava-se mais de 85kg acima do seu peso ideal, o que foi constatado pela seguradora e que notoriamente acarreta diversos males a saúde, para concluir pela ilicitude da conduta (X).

O precedente indicado para firmar a tese jurídica do enunciado 609 da Súmula do STJ não aplicou, com base no método fático-concreto, o comando normativo da própria tese. Os precedentes indicados para a edição de enunciado de súmula devem ter similitude fática e identidade de soluções, o que não ocorre no precedente do Recurso Especial n. 1.230.233 MG.

O segundo método estudado no capítulo 1.2.2, abstrato-normativo, identifica o comando normativo da decisão produzindo a solução para o caso concreto e decidindo como serão julgados os casos futuros semelhantes. Em outras palavras, o Poder Judiciário ao decidir busca estabelecer uma regra geral e abstrata que compreenda uma *classe de assuntos*. Definem, portanto, um comando vinculantes mais amplo do que o necessário a solucionar o caso específico²⁷³.

No caso do Recurso Especial n. 1.230.233 MG, aplicando-se o método abstrato-normativo ao enunciado 609, deve-se, para identificar o comando normativo produzir solução para o caso concreto. A solução produzida pelo acórdão foi de restabelecer os termos da sentença, que havia julgado procedentes os pedidos iniciais do segurado, determinando que a seguradora oferecesse cobertura para a realização da cirurgia bariátrica, ante a constatação de ilicitude na recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente e má-fé do segurado. No método abstrato-normativo, os fundamentos da decisão são essenciais para compreender o entendimento que foi utilizado como pressuposto para a solução do caso em concreto alcançada pelo tribunal.

A fundamentação utilizada no acórdão do Recurso Especial n. 1.230.233 MG foi de que (A) a jurisprudência da Corte é no sentido de que é ilícita a recusa da cobertura securitária, sob

²⁷³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades*. In Direito Jurisprudencial: volume II/ coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 983.

a alegação de doença preexistente à contratação do seguro-saúde, se a seguradora não submeteu o segurado a prévio exame de saúde e não comprovou má-fé.

Afirma que a conduta dolosa do segurado deve ter tido o condão de ocultar ou dissimular o próprio risco segurado (B) e que a omissão deve ter sido causa determinante para a seguradora assumir o risco da cobertura que se pretende afastar (C). Concluiu ser evidente que a estatura e o peso do segurado permite identificar, “num simples passar de olhos”, que se trata de pessoa que padece de obesidade mórbida e que no ato de adesão ao contrato o segurado encontrava-se mais de 85kg acima do seu peso ideal, o que foi constatado pela seguradora e que notoriamente acarreta diversos males a saúde (D).

Os fundamentos da decisão, utilizando o método abstrato normativo, são essenciais para compreender o entendimento que foi utilizado como pressuposto para a solução do caso em concreto alcançada pelo tribunal e qual o nível de generalidade o Tribunal pretendeu afirmá-los. Maior será o número de casos que serão regidos por uma *ratio decidendi*, quanto mais genérica ela for.

O fundamento (A) - jurisprudência da Corte é no sentido de que é ilícita a recusa da cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente à contratação do seguro-saúde, se a seguradora não submeteu o segurado a prévio exame de saúde e não comprovou má-fé – trata-se da transcrição do enunciado 609 da Súmula do STJ. Apesar de indicado como fundamento, o acórdão recorrido entra em contradição quanto à esse fundamento.

Afirma, por um lado, que o acórdão recorrido reconheceu comprovada a má-fé o segurado ante a omissão de doença preexistente no preenchimento da declaração de saúde, no ato do contrato. Aduz que não é possível alterar a conclusão do acórdão recorrido, ante a impossibilidade de análise fático-probatória em recurso especial, ante o óbice do enunciado 7 da Súmula do STJ. Transcreve a tese jurídica prevista no enunciado 609 no sentido de que é ilícita a conduta da operadora se não comprovar a má-fé do segurado. Conclui, por outro lado, que foi ilícita a conduta da operadora - fazendo a reanálise fático-probatória vedada pelo enunciado sumular n. 7 -, pois não restou comprovada que a conduta dolosa do segurado deve ter tido o condão de ocultar ou dissimular o próprio risco segurado ou que a omissão do segurado tenha sido causa determinante para a seguradora assumir o risco da cobertura.

Nos termos do precedente, a seguradora sabia da obesidade mórbida do segurado, sendo evidente que os riscos certamente foram levados em consideração e aceitos ao admiti-lo como segurado, não podendo falar em vício na manifestação de vontade. Aduz, ademais, que o pedido de redução bariátrica se deu seis anos após o contrato ter sido firmado, o que demonstra ausência de premeditação dolosa do segurado. Conclui que restou caracterizada a má-fé bilateral.

O precedente utiliza como fundamento a tese jurídica prevista no enunciado, mas cria novos requisitos, mais específicos, para aplicá-la. Por um lado, o enunciado afirma que demonstrada a má-fé do segurado, a recusa da operadora em cobrir doença preexistente é lícita. Por outro, o precedente entende que esses fatos por si só não são suficientes, devendo-se considerar ainda se a conduta do segurado teve o condão de ocultar ou dissimular o risco do segurado ou que a omissão tenha sido causa determinante para a seguradora assumir o risco da cobertura.

A formulação do comando normativo, utilizando esse método, pela análise do precedente estudado, torna o nível de generalidade cada vez maior. E, maior será o número de casos que serão regidos por uma *ratio decidendi*, quanto mais genérica ela for. A sua formulação em termos muito amplos torna o comando superinclusivo, abrangendo situações de fato que não chegaram a ser consideradas.

3.3.2 Aplicação da técnica de criação de precedentes nos julgados originários da tese jurídica

Conforme tratado no item 1.2.2, a produção de um precedente vinculante exige, primeiramente, o respeito aos princípios da inércia da jurisdição e da congruência, que vinculam a decisão ao pedido formulado no caso. A decisão proferida pela Corte que trata de questões que vão além do caso concreto é frágil, pois baseada em uma visão incompleta da questão e, portanto, sujeita a erro. Conferir caráter normativo a decisões nessas condições poderia culminar na violação dos princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal.

Aplicados os métodos e identificada a *ratio decidendi*, essa passa a ser a parte vinculante do precedente. Trata-se de uma vinculação argumentativa. O precedente traz um constrangimento argumentativo adicional à obrigação de que casos semelhantes sejam decididos de forma semelhante. A força do precedente é a exigência de que os Tribunais pratiquem um tipo de coerência²⁷⁴ ou de integridade²⁷⁵. É preciso, por isso, muitas vezes, identificar se não há uma razão relevante capaz de levar à superação do precedente – total ou parcialmente.

Deve-se indagar, ainda, quais são os conteúdos de uma decisão judicial que determinarão a solução de novos casos e em que medida e como se devem tratar casos similares aos julgados, mas com particularidades que necessitam o enfrentamento de questão jurídica específica.

²⁷⁴ MACCORMICK, Neil. Retórica e estado de direito. Elsevier Brasil, 2008.

²⁷⁵ DWORKIN, Ronald. Law's empire. Harvard University Press, 1986.

Conforme visto no item 1.2.3, o julgador, depois de identificar um precedente que se aplique ao caso em julgamento tem três opções de conduta. A primeira é aplicar o precedente, justificando a similitude fática e jurídica do caso. A segunda opção é não aplicá-lo justificando a sua distinção com o caso em julgamento. A terceira opção é superá-lo, parcial ou totalmente.

O único precedente originário, que foi utilizado como fundamento para a edição do enunciado 609 em relação à aplicação da tese *aos contratos de seguro e plano de saúde* não seguiu os métodos de identificação da *ratio decidendi*, tendo, inclusive, proferido decisão de forma diversa ao disposto no enunciado, conforme demonstrado no capítulo 1.2.1.

Se faz necessário, portanto, efetuar a aplicação dos métodos aos precedentes originários da tese jurídica²⁷⁶, identificados no capítulo 1.2.

3.3.2.1 Recurso Especial n. 86.095 SP vs. tese jurídica do enunciado sumular n. 609

Utilizando-se o método fático-concreto, os fatos relevantes de acordo com a tese jurídica são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B) ou não tenha demonstrado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

Os fatos do precedente são: a) Trata-se de contrato de plano de saúde firmado entre o segurado e a operadora; b) o segurado já era portador do vírus da AIDS quando ingressou no contrato; c) a operadora recusa de assegurar cobertura para tratamento de AIDS, sob fundamento de que a considera epidêmica e o contrato firmado prevê a exclusão de epidemias; d) não foram realizados exames prévios no segurado no ato da contratação.

O fato de tratar-se de contrato de plano de saúde, nos termos da tese jurídica, é irrelevante (C) para a aplicação da decisão. O fato de o segurado ser portador do vírus da AIDS quando ingressou no contrato é irrelevante (C). O fato de a operadora ter se recusado a assegurar cobertura para o tratamento de AIDS, sob o fundamento de que se considera epidêmica e há previsão contratual nesse sentido é irrelevante (C) e o fato de não terem sido realizados exames prévios no segurado no ato da contratação, também é irrelevante (C). Destaca-se que o termo “irrelevante” aqui utilizado diz respeito à irrelevância para fins de aplicação da decisão (X), utilizando-se o método fático-concreto.

²⁷⁶ De necessidade de exigência de exames prévios ou de comprovação de má-fé para configurar a litude da negativa da seguradora, sob o fundamento de doença preexistente.

O caso, como se vê, não tem similitude fática com a tese jurídica, pois a negativa da operadora não foi sob fundamento de tratar-se de doença preexistente e, sim, por considerar a doença do segurado como epidêmica e existir exclusão contratual para esse tipo de doença. Esse precedente, portanto, não deve ser indicado para justificar decisão que concluiu pela obrigatoriedade de exigir exames médicos prévios do segurado no caso de negativa por doença preexistente, pois não debate a questão em si.

A técnica do *distinguishing* deve ser utilizada quando não haja semelhanças relevantes ou identidades essenciais entre os casos²⁷⁷, como na presente comparação. Sabe-se que nenhum caso será intrinsecamente similar a outro, sendo a individualização dos elementos relevantes em um ou no outra matéria confiada à valoração e à decisão do intérprete encarregado de aplicá-lo²⁷⁸. Não se exige, por isso, propriamente identidade entre os casos, mas tão somente *relevante semelhanças* ou *identidades essenciais* entre eles²⁷⁹. Deve-se buscar a semelhança entre as categorias invocadas nos casos que justifiquem a aplicação de um precedente²⁸⁰.

São casos de distinção: a) conflito com normas derivadas de outros precedentes normativos; b) o reconhecimento de situação que a Corte não queria abranger quando fixou a regra; e c) constatação da existência de peculiaridades fáticas, no caso a ser decidido²⁸¹.

Em primeiro exame, verifica-se que o precedente e a tese jurídica são semelhantes e deveriam merecer o mesmo tratamento, por se tratarem de contrato de seguro, por haver negativa de cobertura da seguradora. A argumentação desenvolvida pelas partes, no entanto, pode demonstrar peculiaridades de fato que leve a uma discussão jurídica distinta. No caso da tese jurídica, o que se discute é obrigatoriedade da seguradora cobrir doenças e lesões preexistentes ao contrato, se não exigir exames prévios do segurado ou não comprovar a sua má-fé. No precedente, por sua vez, o que se discute é a obrigatoriedade da seguradora cobrir doença epidêmica – independentemente de ser ou não preexistente ao contrato – e se a AIDS é ou não considerada epidemia.

Verificada essa situação, o órgão judicial deve deixar de aplicar o precedente. As peculiaridades fáticas do precedente do Recurso Especial n. 86.095 SP são distintas das

²⁷⁷ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009. p. 50

²⁷⁸ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 110.

²⁷⁹ ALVIM, Teresa Arruda. *Precedentes e Evolução do Direito, Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 57-64.

²⁸⁰ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009. p. 50

²⁸¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades*. In *Direito Jurisprudencial: volume II/ coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

peculiaridades fáticas da tese jurídica, o que demonstra que não deveria ser indicada como precedente originário da tese.

3.3.2.2 Recurso Especial n. 198.015 de Goiás vs. tese jurídica do enunciado sumular n. 609

Utilizando-se o método fático-concreto, os fatos relevantes de acordo com a tese jurídica são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob o fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B) ou não tenha demonstrado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

Os fatos do precedente - Recurso Especial n. 198.015 de Goiás – são: a) Trata-se de contrato de seguro de vida; b) teve a indenização negada pela seguradora, sob o fundamento de que a segurada era portadora de doença preexistente à contratação do seguro; c) no ato da contratação não foi preenchido o questionário de saúde sobre as condições da segurada; d) não foram exigidos exames prévios na segurada pela seguradora. A sentença julgou procedente o pedido do beneficiário.

O fato de tratar-se de contrato de seguro de vida é irrelevante (C), nos termos da tese jurídica. O fato de a seguradora ter negado o pagamento da indenização sob o fundamento de que a segurada era portadora de doença preexistente à contratação do seguro é relevante (A). O fato de não ter sido preenchido no ato da contratação o questionário de saúde sobre as condições da segurada é irrelevante (C). O fato de não terem sido exigidos exames prévios na segurada pela seguradora é relevante (B).

Observa-se estarem presentes os fatos relevantes (A) - que a seguradora negue cobertura securitária, sob o fundamento de doença ou lesão preexistente - e (B) - não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação - no caso, devendo, portanto, ser aplicada a decisão (X) - considera-se ilícita a conduta da seguradora.

Não há falar, nesse caso, da utilização do *distinguishing*, já que há propriamente identidade entre os casos. Deve-se, portanto aplicar o instituto denominado “associação”. A associação é feita quando os fatos, a questão de direito e a fundamentação do primeiro caso são confrontados com os fatos relevantes e a questão de direito posta no segundo caso. Muitas vezes existe alguma diferença fática entre os casos. Caso o operador do direito opte por aplicar o precedente àquele caso, configura uma *associação positiva*, pois enseja uma expansão do comando normativo dos precedentes.

Devem ser examinados e confrontados quatro elementos essenciais na avaliação da semelhança entre dois casos, com a finalidade de aplicar - ou não – um precedente. São eles: a) os fatos relevantes de cada qual; b) as normas e valores que incidem sobre cada conjunto de fatos; c) a questão de direito que suscitam; e d) os argumentos que fundamentaram a decisão do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso²⁸².

Os quatro elementos são verificados no precedente Recurso Especial n. 198.015 de Goiás e na tese jurídica formulada pelo enunciado sumular 609 do STJ, razão pela qual está adequada a indicação do precedente como fundamento jurisprudencial da tese jurídica formulada pelo enunciado.

3.3.2.3 Recurso Especial n. 89.412 de São Paulo vs. tese jurídica do enunciado sumular n. 609

Utilizando-se o método fático-concreto, os fatos relevantes de acordo com a tese jurídica são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob o fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B) ou não tenha demonstrado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

Os fatos do precedente - O Recurso Especial n. 89.412 de São Paulo – são: a) trata-se de contrato de seguro de saúde; b) seguradora se negou a prestar assistência médica ao filho do segurado, sob o fundamento de que se tratava de doença epidêmica (AIDS) e existir cláusula contratual de exclusão para esse tipo de doença; c) à época da celebração do contrato com o segurado, a seguradora admitiu portadores do HIV positivo, independentemente de ter natureza epidêmica ou não.

Ao final, decidiu que a seguradora não poderia suspender a assistência médica do filho do segurado por ferir o princípio do *pacta sunt servanda*, decorrente da boa-fé e da intenção das partes no momento de contratar, respeitadas durante o período em que a seguradora prestou os serviços solicitados.

O fato de tratar-se de contrato de plano de saúde, nos termos da tese jurídica, é irrelevante (C) para a aplicação da decisão. O fato de o segurado ser portador do vírus da AIDS quando ingressou no contrato é irrelevante (C). O fato de a operadora ter se recusado a assegurar cobertura para o tratamento de AIDS, sob o fundamento de que se considera epidêmica e há

²⁸² MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. In O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudo em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p.

previsão contratual nesse sentido é irrelevante (C) à época da celebração do contrato com o segurado, a seguradora admitiu portadores do HIV positivo (C). Destaca-se que o termo “irrelevante” aqui utilizado diz respeito à irrelevância para fins de aplicação da decisão (X), utilizando-se o método fático-concreto.

O caso, como se vê, não tem similitude fática com a tese jurídica, pois a negativa da operadora não foi sob fundamento de tratar-se de doença preexistente e, sim, por considerar a doença do segurado como epidêmica e existir exclusão contratual para esse tipo de doença. Esse precedente, portanto, não dever ser indicado para justificar decisão que concluiu pela obrigatoriedade de exigir exames médicos prévios do segurado no caso de negativa por doença preexistente, pois não debate a questão em si.

A técnica do *distinguishing* deve ser utilizada quando não haja semelhanças relevantes ou identidades essenciais entre os casos²⁸³, como na presente comparação. Sabe-se que nenhum caso será intrinsecamente similar a outro, sendo a individualização dos elementos relevantes em um ou no outro matéria confiada à valoração e à decisão do intérprete encarregado de aplicá-lo²⁸⁴. Não se exige, por isso, propriamente identidade entre os casos, mas tão somente *relevante semelhanças* ou *identidades essenciais* entre eles²⁸⁵. Deve-se buscar a semelhança entre as categorias invocadas nos casos que justifiquem a aplicação de um precedente²⁸⁶.

São casos de distinção: a) conflito com normas derivadas de outros precedentes normativos; b) o reconhecimento de situação que a Corte não queria abranger quando fixou a regra; e c) constatação da existência de peculiaridades fáticas, no caso a ser decidido²⁸⁷.

Verifica-se, em primeiro exame, que o precedente e a tese jurídica são semelhantes e deveriam merecer o mesmo tratamento, por se tratarem de contrato de seguro, por haver negativa de cobertura da seguradora. A argumentação desenvolvida pelas partes, no entanto, pode demonstrar peculiaridades de fato que leve a uma discussão jurídica distinta. No caso da tese jurídica, o que se discute é obrigatoriedade da seguradora cobrir doenças e lesões preexistentes ao contrato, se não exigir exames prévios do segurado ou não comprovar a sua má-fé. No precedente, por sua vez, o que se discute é a obrigatoriedade da seguradora cobrir

²⁸³ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009. p. 50

²⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 110.

²⁸⁵ ALVIM, Teresa Arruda. *Precedentes e Evolução do Direito, Direito Jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 57-64.

²⁸⁶ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009. p. 50

²⁸⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades*. In *Direito Jurisprudencial: volume II/ coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

doença epidêmica – independentemente de ser ou não preexistente ao contrato – e se a AIDS é ou não considerada epidemia.

Verificada essa situação, o órgão judicial deve deixar de aplicar o precedente. As peculiaridades fáticas do precedente do Recurso Especial n. 89.412 de São Paulo são distintas das peculiaridades fáticas da tese jurídica, o que demonstra que não deveria ser indicada como precedente originário da tese.

3.3.3 Razões pelas quais o enunciado não deveria abarcar os contratos de plano de saúde

No dia 11 de abril de 2018, a seção de direito privado do Superior Tribunal de Justiça aprovou o enunciado 609 da súmula do STJ, que dispõe que a recusa de cobertura securitária, sob a alegação de doença preexistente, é ilícita se não houve a exigência de exames médicos prévios à contratação ou a demonstração de má-fé do segurado. Os precedentes que deram origem à tese jurídica firmada pelo enunciado 609 da Súmula do STJ, conforme estudados nos capítulos anteriores, apresentam peculiaridades que devem ser observadas ao aplica-los nos novos casos.

3.3.3.1 Precedentes originários desatualizados quanto ao marco regulatório

Fazendo-se a comparação entre a aplicação dos precedentes dos Recurso Especial n. 86.095 SP, Recurso Especial n. 198.015 de Goiás e Recurso Especial n. 89.412 de São Paulo com a tese jurídica do enunciado sumular n. 609, identifica-se que é possível a utilização do instituto da associação apenas no Recurso Especial n. 198.015 de Goiás. Os demais precedentes não guardam similitude fática com a tese jurídica aplicada, não devendo ser utilizada como fundamento para a fixação do entendimento.

O precedente, no entanto, apesar de guardar similitude fática com a tese jurídica, está desatualizado quando ao marco regulatório acerca do tema no Brasil. Há época da interposição do recurso especial em 1998, a legislação vigente era o Código Civil de 1916 e a Lei n. 9.656/1998 era recém-publicada e ainda não estava em vigência. A Agência Nacional de Saúde Suplementar, que passou a regulamentar as situações de conflito acerca da negativa de cobertura por doença preexistente fora criada apenas em 2000 e suas Resoluções Normativas, que definiram e regulamentaram as doenças e lesões preexistentes ainda não existiam.

O recurso especial fora interposto diante de uma realidade jurídica que não corresponde à atual, não tendo sido possível que o Superior Tribunal de Justiça analisasse a questão com

base em todo o arcabouço normativo que passou a regulamentar as doenças e lesões preexistentes. Tanto é, que o precedente não faz menção à qualquer dispositivo da Lei de Plano de Saúde ou às Resoluções Normativas da ANS.

A Lei de Plano de Saúde prevê a possibilidade de exclusão contratual das doenças e lesões preexistentes pelas operadoras de plano de saúde pelo período de 24 meses, nos termos do se artigo 11º. O referido dispositivo não é analisado pelo precedente e, até a formação do enunciado sumular 609 do STJ, não o foi. O fundamento dos precedentes que aplicam a tese jurídica do enunciado, como já relatado, é apenas a indicação da jurisprudência da Corte, que está defasada em relação ao marco regulatório.

O instituto da associação dos precedentes para aplicação no novo caso exige semelhança entre os fatos relevantes de cada caso, entre as normas e valores que incidem sobre cada conjunto de fatos, entre a questão de direito que suscitam e entre os argumentos que fundamentaram a decisão do precedente e sua adequação para orientar a decisão do novo caso²⁸⁸.

Os novos casos, não devem ser baseados no entendimento firmados pelo precedente do Recurso Especial n. 198.015 de Goiás, pois não há identidade entre as normas e valores que incidem sobre cada conjunto de fatos. As normas não podem ser desconsideradas, para que seja

²⁸⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. In O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudo em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2.

aplicado o entendimento jurisprudencial firmando anteriormente à sua vigência, sob pena de configurar clara violação ao princípio da legalidade²⁸⁹ e interferência entre os poderes²⁹⁰.

3.3.3.2 Seguro de vida vs. Plano de saúde

Apesar de ser considerado como irrelevante a natureza do contrato de seguro pelo enunciado n. 609 da Súmula do STJ, é de extrema importância demonstrar que os contratos de seguro de vida e de plano de saúde merecem tratamentos diferentes. Isso porque, diferentemente dos outros tipos de contrato de seguro, os planos de saúde são regulamentados por Lei específica – Lei n. 9.656/98 e por agência reguladora própria, aplicando-se a ela normas diversas do que as aplicadas aos contratos de seguro de modo geral.

O tratamento dado pelo Recurso Especial n. 198.015 de Goiás, foi o tratamento adequado para a realidade de um contrato de seguro de vida, que à época recebia o mesmo tratamento legal que os contratos de plano de saúde. Ainda, que o precedente tivesse sido julgado em data posterior ao marco normativo mencionado no capítulo anterior, não poderia

²⁸⁹ A lei positiva, em carácter formal e material, baseia-se na validade de um ato jurídico a partir de uma norma superior que o fundamente. Quando concebida dessa forma, a legalidade passa a integrar o princípio da legitimidade, chamado também de juridicidade que abarca, alédo do sentido estrito da legalidade, a razoabilidade, ou justiça. O princípio da legalidade, é, portanto, combinado com outros princípios constitucionais, uma forma estabelecer limites à discricionariedade e de gerar segurança jurídica em relação às expectativas de conduta do Estado. Nesse sentido: CASSAGNE, Juan Carlos, Os grandes princípios do direito público: constitucional e administrativo; tradução Marly Peres. Editora Contracorrente, São Paulo, 2017; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Filosofía del Derecho. p. 598 ss. 5ª ed. Bosch, 1979, Barcelona; COMADIRA, julio R. Derecho administrativo. p. 125/126. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1996; COVIELLO, Padro. J. J. La protección de la confianza del administrado. Lexis-Nexis. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004, p. 365; LIXA, Mariana Fernandes. O princípio da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da penalidade disciplinar militar. Revista Direito Militar, nº 122, janeiro/fevereiro de 2017.

²⁹⁰ O preceito da separação dos poderes institui um dos pilares principais do edifício constitucional, que implica em vários elementos que devem se compor de forma harmoniosa para que se cumpra o Estado de Direito. Além de prever a submissão do Estado à lei e ao direito, compondo o princípio da legalidade e a justiça, presume-se uma divisão de funções em órgãos separados e autônomos com funções específicas e poderes limitados. A separação de poderes é orgânica e pessoal, podendo ser uma separação relativa, de poderes limitados e coordenados entre si. O regime de separação dos poderes compreende, além da partilha do poder do Estado nas funções especializadas adjudicadas a cada órgão, o estabelecimento de um freio recíproco de atribuições com a finalidade de evitar o despotismo. Sob tal perspectiva, a atuação do Estado e seus agentes só é legítima quando o exercício do poder está de acordo com os princípios, valores e regras positivadas pelo Direito. Somente nesta acepção que deve o princípio da legalidade ser compreendido, sob pena de exercício de poder ilegítimo. Nesse sentido: CASSAGNE, Juan Carlos, Os grandes princípios do direito público: constitucional e administrativo; tradução Marly Peres. Editora Contracorrente, São Paulo, 2017; VILE, Maurice J.C. Constitucionalismo y separación de los poderes. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 2007, p. 17/18; ESTRADA, José Manuel. Curso de Derecho constitucional. tomo II. Buenos Aires: Sudamericana de Billetes de Banco, 1902, p. 37 e ss.; BOSCH, Jorge Tristán, Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes. Buenos Aires. Universidade de Buenos Aires, Faculdade de Direito e Ciências Sociais, 1944; LIXA, Mariana Fernandes. O princípio da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da penalidade disciplinar militar. Revista Direito Militar, nº 122, janeiro/fevereiro de 2017.

aplicar ao caso as normas previstas na Lei de Plano de Saúde ou as Resoluções Normativas da Agência Nacional de Saúde Suplementar.

Os precedentes posteriores à Lei 9.656/98 e às Resoluções Normativas da ANS, que utilizaram como fundamento a indicação do precedente do Recurso Especial n. 198.015 de Goiás deveriam ter feito uma análise acerca da natureza do contrato e, identificado a necessidade de tratamento diverso com base na ausência de identidade entre as normas e valores que incidem sobre cada conjunto de fatos. Diante da identificação, aplicado o instituto do *distiguising* e fundamentado a decisão com base nos precedentes atualizados quanto ao marco regulatório e quanto à natureza do contrato.

3.3.4 Sugestão de modulação do enunciado 609 da Súmula do STJ

Resta demonstrado, portanto, que a tese jurídica firmada pelo enunciado 609 da Súmula do STJ é baseada em precedentes que não tem identidade entre as normas que incidem sobre cada conjunto, estando desatualizados quanto ao marco regulatório que regulamenta as condições de possibilidade de recusa das operadoras de plano de saúde, sob o fundamento de doença e lesão preexistente.

O instituto da superação, conforme estudado no capítulo 1.2.4, constitui o enfrentamento de um precedente já preestabelecido sob o fundamento de que ele perdeu seu argumento normativo. É uma tarefa árdua, pois é preciso justificar a razão pela qual determinado precedente perdeu a sua normatividade²⁹¹. O precedente pode ser superado na hipótese de ser considerado uma forma claramente equivocada de interpretar uma determinada norma, na hipótese de ter se tornado incompatível com uma nova legislação e na hipótese de haver claras evidências de que o Poder Legislativo desaprova o precedente. Pode, ainda, ser superada na hipótese de a autoridade do precedente vir sendo minada ao longo do tempo em decisões judiciais esparsas²⁹².

A hipótese aplicada ao enunciado 609 em relação aos contratos de plano de saúde é a hipótese de o precedente ter se tornado incompatível com a nova legislação. Prevê expressamente no artigo 11º da Lei n. 9.656/1998 a possibilidade de exclusão de cobertura de doenças e lesões preexistentes à data da contratação pelo período de vinte e quatro meses, e pelo artigo 13º do mesmo diploma, que dispõe acerca da possibilidade de suspensão ou rescisão

²⁹¹ SILTAIA, Raimo. Op. cit., p. 73.

²⁹² SUMMERS, Robert; ENG, Svein. Departures from Precedente. Neil MacCormick; Robert S. Summers (Eds.). Interpreting precedents. p. 525.

unilateral do contrato em caso de fraude – posteriormente regulamentado pelo artigo 5º da Resolução Normativa n. 162 de 2007, da ANS, no sentido de que o beneficiário deverá informar à contratada, quando expressamente solicitado na documentação contratual, por meio da Declaração de Saúde, o conhecimento de Doença ou Lesão Preexistente, à época da assinatura do contrato ou ingresso contratual, sob pena de caracterização de fraude.

A modulação do enunciado pode ser realizada de forma integral ou parcial e deve ser expressado apenas aos órgãos que foram encarregados da sua formulação por meio de um completo encargo argumentativo, envolvendo a demonstração do desgaste do precedente em relação à consistência sistêmica e congruência social²⁹³. A alteração parcial, denominada *overturinig*, pode ocorrer de duas formas: por meio da sua transformação – *transformation* – ou pode ser rescrita – *overriding*²⁹⁴.

Propõem-se, ao enunciado 609 da Súmula do STJ, a alteração parcial do enunciado, por meio da sua transformação. Ocorre a transformação quando a Corte reconfigura o precedente parcialmente, considerando, para tanto, aspectos fático-jurídicos não considerados como relevantes na decisão anterior. Serve, em tese, para mudar em parte o precedente com a produção de resultado com ele compatível²⁹⁵.

Os aspectos fáticos jurídicos considerados como relevantes no enunciado são: que a seguradora negue cobertura securitária, sob o fundamento de doença ou lesão preexistente (A), não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B) ou não tenha demonstrado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

Constitui-se, atualmente, como fato irrelevante, se o contrato firmado é de natureza de vida ou de plano de saúde. Propõem-se, portanto, que esse fato seja considerado relevante, de modo a não aplicar aos contratos de plano de saúde, ante a ausência de reiteradas decisões²⁹⁶

²⁹³ EISENBERG, Melvin. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 104-105.

²⁹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 116.

²⁹⁵ EISENBERG, Melvin. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 132-135.

²⁹⁶ As súmulas são extratos, que visam retratar precedentes, alocando-se em um nível acima do nível de precedentes. Por isso, deve-se fixar às circunstâncias fático-jurídicas que deram azo à formação dos precedentes subjacentes, devendo-se manter congruência com os julgados que lhe serviram de base. As súmulas vinculantes, por sua vez, instituídas pela Emenda Constitucional n. 45/2004, devem ter por objeto o teor de *reiteradas decisões* sobre matéria constitucional. A edição da súmula, portanto, não confere à Corte poder normativo autônomo e sem relação com a sua atividade judicante. Nos termos da Constituição Federal, o conteúdo da súmula precisa representar uma síntese da questão sobre a qual a Corte já se pronunciou, no mínimo, *mais de uma vez*. Nesse sentido: CÂMARA, Alexandre Freiras. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 429; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedentes – O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: renovar, 2008, p. 166.

acerca do tema, considerando o arcabouço normativo – Lei n. 9.656/98 e Resoluções Normativas da ANS – que prevê expressamente como lícita a conduta da operadora que nega cobertura de doença preexistente mesmo sem a necessidade da exigência de exames prévios ou da demonstração da má-fé do segurado.

Os aspectos fáticos jurídicos considerados como relevantes no enunciado seriam: que o contrato discutido não seja referente à plano de saúde (A); ou que o contrato não seja regulamentado pela Lei n. 9.656/1998 (A); que a seguradora negue cobertura securitária, sob o fundamento de doença ou lesão preexistente (B); não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B); ou não tenha demonstrado a má-fé do segurado (B). Constatados esses fatos, a decisão será: considera-se ilícita a conduta da seguradora (X).

CONCLUSÃO

A questão posta no presente trabalho foi acerca da necessidade de modulação do enunciado sumular do STJ n. 609. Aplicando os métodos de operacionalização de precedente da política do *stare decisis*, foram analisados doze precedentes que deram origem ao enunciado.

Apenas o décimo segundo precedente trata da negativa securitária, sob o fundamento de doença preexistente em um contrato de plano de saúde e não de seguro de vida. Por meio da análise desse precedente, concluiu-se que, de acordo com o método fático-concreto, o Superior Tribunal de Justiça não aplicou o comando normativo da própria tese jurídica.

Os fatos relevantes da tese jurídica, utilizando o método fático-concreto, são: a negativa securitária sob o fundamento de doença preexistente (A); que a seguradora não tenha exigido a realização de exames prévios do segurado no ato da contratação (B); ou que não tenha sido comprovada a má-fé do segurado (B). Diante de tais fatos, deve-se concluir pela ilicitude da conduta da seguradora (X). Para a aplicação da tese jurídica, é irrelevante (C) a natureza do contrato – se de seguro de vida ou de plano de saúde.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o referido precedente considerou: que se tratava de negativa de plano de saúde, sob o fundamento de doença preexistente (A); que o fato do segurado ter respondido o questionário à época da contratação foi considerado pelo Tribunal de origem como prova inequívoca da sua má-fé (B) “num passar de olhos” era possível identificar que o segurado se encontrava mais de 85kg acima do seu peso ideal, o que teria sido constatado pela seguradora (C). Com base nesses fundamentos, considerou ilícita a conduta da operadora (X). Constata-se, que o STJ utilizou fatos irrelevantes (C), como a possibilidade de identificar “num simples passar de olhos” que o segurado se encontrava mais de 85kg acima do seu peso ideal, como fundamento para, contraditoriamente, aplicar a tese jurídica, desconsiderando os fatos relevantes (A) e (B).

Os precedentes que deram origem à tese jurídica posteriormente editada no enunciado 609 da Súmula do STJ foram os julgados Recurso Especial n. 86.095 de SP, Recurso Especial n. 198.015 de Goiás e o Recurso Especial n. 89.412 de São Paulo.

Conclui-se, na análise dos acórdãos do Recurso Especial n. 86.095 e do n. 89.412, ambos de São Paulo, que não há similitude fática entre a tese jurídica e os precedentes, pois a negativa da operadora de saúde não foi sob o fundamento de doença preexistente, mas, sim, por considerar a doença do segurado como epidêmica e existir exclusão contratual para esse tipo de doença. A indicação desses precedentes não deve ser realizada para justificar decisão que

concluiu pela obrigatoriedade de exigir exames médicos prévios do segurado no caso de negativa por doença preexistente, pois não debate a questão em si.

A análise do Recurso Especial n. 198.015 concluiu que há propriamente identidade entre os casos, não sendo possível a aplicação do instituto do *distinguishing*. Apesar da similitude fática, o precedente está desatualizado quanto ao marco regulatório acerca do tema no Brasil. Quando da interposição do recurso especial, a legislação vigente correspondia ao Código Civil de 1916. A Lei n. 9.656/98 ainda não estava vigente e a Agência Nacional de Saúde Suplementar ainda não existia. Não há entre os casos identidade entre as normas e valores que incidem sobre cada conjunto de fatos. As normas não podem ser desconsideradas para que seja aplicado o entendimento jurisprudencial firmado antes da sua vigência, sob pena de configurar violação ao princípio da legalidade.

Demonstra-se, portanto, que é de extrema relevância observar que os contratos de saúde de vida e de plano de saúde merecem tratamentos diferentes. Isso porque, diferentemente dos outros tipos de contratos de seguro, os planos de saúde são regulamentados por Lei própria e por agência reguladora própria, aplicando-se a ela normas diversas do que as aplicadas aos contratos de seguro de modo geral.

Conclui-se que a tese jurídica firmada pelo enunciado 609 da Súmula do STJ é baseada em precedentes que não tem identidade entre as normas que incidem sobre eles, estando desatualizado quanto ao marco regulatório que regulamenta as condições de possibilidade de recusa das operadoras de plano de saúde, sob o fundamento de doença e lesão preexistente.

Propõem-se, por fim, pela modulação parcial do enunciado, por meio de sua transformação, para que a natureza do contrato securitário – plano de saúde ou seguro de vida – seja considerado relevante, de modo a não aplicar aos contratos de plano de saúde, ante a ausência de reiteradas decisões acerca do tema, considerando o arcabouço normativo – Lei n. 9.656/1998 e Resoluções Normativas da ANS – que preveem expressamente como lícita a conduta da operadora que nega cobertura de doença preexistente mesmo sem a necessidade da exigência de exames prévios ou da demonstração da má-fé do segurado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1/64, nov. 1989; COLE, Charles D. Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law. Trad. Maria Cristina Zucchi. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 87, n. 752, p. 11/21, jun. 1998;

ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 63, p. 1/64, nov. 1989

ALEXY, Robert; DREIER, Ralf. Precedent in the Federal Republic of Germany. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997. p. 26/27; TARUFFO, Michele; LA TORRE, Massimo. Precedent in Italy. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Op. cit. p. 154/155; RUIZ MIGUEL, Alfonso; LAPORTA, Francisco J. Precedent in Spain. In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). *Interpreting precedents: a comparative study*. p. 272.

ALVIM, Teresa Arruda. Precedentes e Evolução do Direito, Direito Jurisprudencial. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 57-64.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. v. I, p. 46.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 225, p. 114, jul/set. 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Subjetividade judicial na ponderação de valores: alguns exageros na adoção indiscriminada da teoria dos princípios. In: BRANDÃO, Rodrigo; BAPTISTA, Patrícia (Org.). *Direito público*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2015. p. 21-40. (Coleção 80 anos Direito UERJ, v. 8)

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, GEOFFREY. Precedent in the United Kingdom. Neil MacCormick; Robert S. Summers (Eds.). *Interpreting precedents*. p.336-337.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 108.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 39-41. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 02.06.2012; SILVA, Virgílio Afonso da. O STF e o controle de constitucionalidade: deliberação, diálogo e razão pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 250, p. 197-227, 2009

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: COUTINHO, Jacinto N. de Miranda

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Op. cit. p. 235/250.

BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. Modelo decisório do Supremo Tribunal Federal e duas sugestões de mudança. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). Prudências, ousadias e mudanças necessárias ao STF. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-dez-28/retrospectiva-2010-prudencias-ousadias-mudancas-necessarias-stf>>. Acesso em: 09.10.2012.

BIDART CAMPOS, Germán, J. Derecho constitucional. tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1966, p. 698 e 703, obs. 31.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 130 e 132.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 424.

BOSCH, Jorge Tristán, Ensayo de interpretación de la doctrina de la separación de los poderes. Buenos Aires. Universidade de Buenos Aires, Faculdade de Direito e Ciências Sociais, 1944, p.43.

BOTTESINI, Maury Ângelo, MACHADO, Mauro Conti. Lei dos Planos e Seguros de Saúde Comentada - Artigo por Artigo, 3ª edição. Forense, 04/2015. [Minha Biblioteca].

BRANDÃO, Cláudio, CAVALCANTI, Francisco, ADEODATO, João (coord.). Princípio da Legalidade - Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Forense, 07/2009. [Minha Biblioteca].

BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 45, de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União em 31/12/2004, p. 9.

BRASIL. Lei n. 9.656, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Publicado no DO 04/06/1998, p. 1.

BRASIL. Lei n. 9.961, de 28 de janeiro de 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Publicado no DO 29/01/2000, p. 5.

BRASIL. Resolução do Conselho de Saúde Suplementar n. 2, de 02 de abril de 2002. Aprova o Contrato de Gestão a ser celebrado entre o Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. Publicado no DO 03/04/2002, seção 1.

BRASIL. Resolução Normativa n. 162, de 17 de outubro de 2007. Estabelece a obrigatoriedade da Carta de Orientação ao Beneficiário; dispõe sobre Doenças ou Lesões Preexistentes (DLP); Cobertura Parcial Temporária (CPT); Declaração de Saúde e sobre o processo administrativo para comprovação do conhecimento prévio de DLP pelo beneficiário de plano privado de assistência à saúde no âmbito da Agência Nacional de Saúde Suplementar; revoga as Resoluções CONSU nº 2, de 4 de novembro de 1998, CONSU nº 17 de 23 de março de 1999, artigos 2º e 4º da Resolução CONSU nº 15 de 23 de março de 1999, a Resolução Normativa 20 de 12 de dezembro de 2002 e a Resolução Normativa RN nº 55, de 2 de novembro de 2003 e altera a Resolução Normativa - RN nº 124, de 30 de março de 2006. Publicado no DO 18/10/2007.

BRASIL. Resolução Normativa n. 195, de 14 de julho de 2009. Dispõe sobre a classificação e características dos planos privados de assistência à saúde, regulamenta a sua contratação, institui a orientação para contratação de planos privados de assistência à saúde e dá outras providências. Publicado no DO 15/07/2009.

BRASIL. STF. Acórdão. AgRg AI 640.272, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 28/02/2012, DJe 14/03/2012.

BRASIL. STF. Acórdão. AgRg AI 796.832, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, julgado em 01/02/2011, DJe 23/02/2011; BRASIL. STF. Acórdão. AgRg ARE 757.716, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 27/08/2013, DJe 07/10/2013; BRASIL. STF. Acórdão. RMS 24.699, Rel. Ministro EROS GRAU, julgado em 30/11/2004, DJe 01/07/2005

BREWER CARÍAS, Allan R. Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Mariano R. Brito. Montevideu: Fundação de Cultural Universitária, 2008, p. 622 ss.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do precedente judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012. p. 272/273.

CÂMARA, Alexandre Freiras. O Novo Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Atlas, 2015. p. 429.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. Precedentes (o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo). Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 79-100.

CASSAGNE, Juan Carlos, Os grandes princípios do direito público: constitucional e administrativo; tradução Marly Peres. Editora Contracorrente, São Paulo, 2017.

CASSESE, Sabino. Derecho administrativo: historia y futuro. Coordenação da edição espanhola de Alicia Isabel Saavedra-Bazaga. Sevilha: Instituto Nacional de Administración Pública (Inap), 2014. p. 344.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 7. Ed. rev. Ampl. São Paulo: Atlas, 2007, p. 404.

COLE, Charles D. Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do common law. Trad. Maria Cristina Zucchi. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 87, n. 752, p. 11/21, jun. 1998

COUTO E SILVA, Clóvis do. A obrigação como processo. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 10-11.

CYRINO, André. Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro. Revista de Direito Administrativo - RDA, Belo Horizonte, ano 2017, n. 274, p. 175- 208, Janeiro a Abril 2017.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 4. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DE SOTO, H. Economia subterrânea: uma análise da realidade peruana. Rio de Janeiro: Globo, 1987

DUTRA, Delamar José V. A legalidade como forma do Estado de direito. Kriterion, Belo Horizonte, n. 109, p. 61-62, jun. 2004.

DUXBURY, Neil. The Nature and Authority of Precedents. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 113.

DWORKIN, Ronald. Law's empire. Harvard University Press, 1986.

EISENBERG, Melvin. The Nature of the Common Law. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 104-105.

ELSTER, Jon. Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences. Nova York: Cambridge University Press, 2007, p. 406-408;

ESTRADA, José Manuel. Curso de Derecho constitucional. tomo II. Buenos Aires: Sudamericana de Billetes de Banco, 1902, p. 37 e ss.

FABIAN, Christoph. O dever de informar no direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 157.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Reformas essenciais ao aperfeiçoamento das instituições políticas brasileiras. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, ed. esp., p. 93, dez. 2013.

FEREJOHN, John; PASQUALE, Pasquino. Constitutional Courts as deliberative institutions: towards institutional theory of constitutional justice. In: SADURSKI, Wojciech (org.). Constitutional Justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=9eoyGt->

fFmYC&pg=PA2l&lpg=PA2l&dq=Constitutional+Courts+as+deliberative+institutions:+towards+institutional+theory+of+constitutional+justice&source=bl&ots=lfbgJ68bUm&sig=31SS_CICs_rOyFicT56KZAHvn7A&hl=ptBR&sa=X&ei=sypwUNXpKtLW0gH9j4D4Bg&ved=0CCUQ6AEwAA#v=onepage&q=Constitutional%20Courts%20as%20deliberative%20institutions%3A%20towards%20institutional%20theory%20of%20constitutional%20justice&f=false
>. Acesso em: 05.10.2012;

FINE, Toni M. O uso do precedente e o papel do princípio do stare decisis no sistema legal norte-americano. p. 247 /258;

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review cit., p. 284 e ss.; EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. The choices justices make. Washington: CQ Press, 1998.

FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. Texas Law Review, vol. 84, 2005, p. 284 e ss.;

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do consumidor. 3. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007, p. 30

GERHARDT, Michael. The Power of Precedent. New York: Oxford University Press, 2008. p. 19.

GLOW, Lisa L. Offensive Collateral Estoppel in Arizona: Fair Litigation v Judicial Economy. Arizona Law Review. Vol. 30. 1988.

GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. Modern Law Review, London, v. 22, p. 117/124, 1959;

GRECO, Leonardo. Novas súmulas do STF e alguns reflexos sobre o mandado de segurança Revista Dialética de Direito Processual, n. 10, p. 44-54, jan. 2004.

HART, Herbert. The concept of law. Oxford: Clarendon, 1961, p. 127.

HEINSZ, Timothy J. Grieve it Again: Of Stare Decisis, Res Judicata and Collateral Estoppel in Labor Arbitration. Boston College Law Review. vol. 38. 1997.

JR, Ivo Teixeira Gico. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 479-499

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999 [1967], p. 388- 389.

KORNHAUSER, Lewis A.; SAGER, Lawrence G. The one and the many. California Law Review, vol. 81, n. 1, p. 1-61, jan. 1993;

KRINGER FILHO, Domingos Afonso. Contrato de seguro no direito brasileiro. Niterói: Labor Juris, 2000, p. 83-84.

LASSALLE, Ferdinand. O que é uma constituição? Tradução de H. M. Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

LEAL, Victor Nunes. Passado e Futuro da Súmula do STF, Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, 1981. p. 1, 145.

LIXA, Mariana Fernandes. O princípio da legalidade, razoabilidade e proporcionalidade na aplicação da penalidade disciplinar militar. Revista Direito Militar, nº 122, janeiro/fevereiro de 2017.

LLEWELYN, Karl N. The common law tradition: deciding appeals. Boston: Little, Brown and Company, 1960. p. 77 e ss.;

MACCORMICK, Neil, Why Cases Have Rationes and What These Are, Precedent in Law. Oxford: Oxford University Press, 1987. p. 170.

MACCORMICK, Neil. Legal Reasoning and Legal Theory (1978). Oxford University Press, 2003. p. 215;

MACCORMICK, Neil. Retórica e estado de direito. Coleção Teoria e Filosofia do Direito. Elsevier Brasil, 2008, p. 194.

MADEIRA, José Maria p. Administração Pública: Tomo I. 12. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 36, 2014.

MADISON, James. The federalista n. 10. Com notas e introdução de Jacob E. Cooke. Middletown, Conn: Wesleyan University Press, 1961. p. 56-65.

MAIA, Alexandre de. Racionalidade e progresso nas teorias jurídicas: o problema do planejamento do futuro na história do direito pela legalidade e pelo conceito de direito subjetivo. Princípio da Legalidade - Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito. Forense, 07/2009.

MALTZ, Earl. The nature of precedent. North Carolina Law Review, Chapei Hill, v. 66, jan. 1988, p. 372/376

MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. Ativismo judicial e judicialização da política da relação de consumo: uma análise do controle jurisdicional dos contratos de planos de saúde privado no estado de São Paulo. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 347-360.

MANKIOW, Gregory. Introdução à economia. Tradução da 5. ed. norte-americana. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 473-475.

MARIN, Jeferson Dytz. LEAL, Augusto Antônio Fontanive. Risco de arbitrariedades e a necessidade de decisões democráticas. Ver. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 41, p. 149-158, dez. 2014.

MARINONI, Luis Guilherme. O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinários e especial repetitivos. Revista de Processo 2015. RePro 249, 2015. p. 401.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios (2010), 2. Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 224-228.

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent? In: MACCORMICK, D. Neil e SUMMERS, Robert S. (Org.). Interpreting precedents: a comparative study. England: Dartmouth Publishing Company Limited e Ashgate Publishing Limited, 1997, p. 503/518;

MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent? Neil MacCormick; Robert S. Summers (Eds.). Interpreting precedents. p. 503-517.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 100.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Precedentes no STF: dificuldades e possibilidades. In Direito Jurisprudencial: volume II/ coords. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Luiz Guilherme Marinoni, Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; BARROSO, Luís Roberto. Trabalhando com uma nova lógica: a ascensão dos precedentes no direito brasileiro. In O novo processo civil brasileiro: temas relevantes – estudo em homenagem ao professor, jurista e Ministro Luiz Fux. 1. Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2018, v. 2, p. 80.

MENDES, Conrado Hübner. Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Cortada Barbieri (org.). Direito e interpretação. Racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, p. 337-361, 2011

MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas – do controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente (2013), 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 51.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 110.

MONAGHAN, Henry Paul. Stare decisis and constitutional adjudication. Columbia Law Review, Nova Iorque, v. 88, n. 4, mai. 1988, p. 763/766; RE, Edward D. Stare decisis. Revista de Processo, São Paulo, v. 19, n. 73, p. 47 /54, jan./mar. 1994;

MOTTA, Otávio. Justificação da Decisão Judicial: a Elaboração da Motivação e a Formação do Precedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 192/198; CRAMER, Ronaldo. Precedentes Judiciais – Teoria e Dinâmica. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 106.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. 2. Ed. Rio de Janeiro. Renovar, 2006, p. 112

NEVEZ, Antonio Castanheira. A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia. Coimbra, 2003.

NINO, Carlos. Hyperpresidentialism and constitutional reform in Argentina. In: LIJPHART, Arend; WAISMAN, Carlos H. (Org.). Institutional design in new democracies. Boulder: Westview, 1996. p. 161-174.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2000, vol. 1, p. 41-44.

REALE, Miguel. Lições preliminares de Direito (1973). Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 175.

RICOEUR, Paul. O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição. São Paulo: Martins Fontes, 2008

ROSE-ACKERMAN, Susan. Análise econômica progressiva do direito — e o novo direito administrativo. Tradução de Mariana Mota Prado. In: MATTOS, Paulo et al. (Org.). Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 246.

ROSEVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 80.

ROSEVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 110; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSEVALD, Nelson. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 56-57.

SANTOS NETO, João Antunes dos. Legalidade e decisões políticas. Revista de Direito Administrativo, vol. 234, p. 157, out./dez. 2003. Acesso em 19/06/2017.

SCHAUER, Frederick. Precedent cit., p. 571 e ss.; SCHAUER, Frederick. Rules, the rule of law, and the Constitution cit, p. 69; CARDOZO, Benjamin N. The nature of the judicial process. Nova York: Dover Publications, 2005, p. 19.

SCHAUER, Frederick. Precedent. Op. cit. p. 571/605; SCHAUER, Frederick. Rules, the rule of law, and the Constitution. Constitutional commentary. Minneapolis, v. 6, p. 69/85, 1989

SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*, Palo Alto, v. 39, p. 571/605, fev. 1987

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a Lawyer*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2009. p. 50

SCHIER, Flora Margarida Clock. *A boa-fé como pressuposto fundamental do dever de informar*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 46.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Efeito vinculante: sua legitimação e aplicação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 247 /258.

SILVA, Michael César. *A doença preexistente no contrato de seguro de vida: O princípio da boa-fé objetiva e o dever de informação*. In: *Direito Civil: Atualidades III. Princípios Jurídicos no Direito Privado*. Belo Horizonte, 2009, p. 7.

SILVEIRA, Karyna Rocha da. *Doença Preexistente nos Planos de Saúde*, 1ª edição. Saraiva, 05/2009. [Minha Biblioteca].

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

STIGLER, George J. *A teoria da regulação econômica*. In: Paulo Mattos et al., *Regulação econômica e democracia*, op. cit., p. 23-48.

SUMMERS, Robert S. *Precedent in the United States (New York State)*. p. 390/394;

SUMMERS, Robert; ENG, Svein. *Departures from Precedente*. Neil MacCormick; Robert S. Summers (Eds.). *Interpreting precedents*. p. 525.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 134.

TARUFFO, Michele. *Precedente e Giurisprudenza*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Proceduta Civile*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 711-712.

TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

TAWIN, Guido S. *La desviación de poder. ¿Noción en crisis?* *Estudios de derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, p. 11.

TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e direito civil*. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano IV, n. 4 e ano V, n. 5 – 2003- 2004, p. 170-171. Disponível em <http://www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista04e05/Docente/10.pdf>. Acessado em 04/02/2019;

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O contrato de seguro e a regulação do sinistro. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, v. 5, n. 30, p. 5-23, jul-ago, 2004, p. 22-23.

TULLOCK, Gordon. The welfare costs of tariffs, monopolies, and theft. *Western Economic Journal*, v. 5, n. 3, p. 224-232, 1967.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, p. 443, jul./dez. 2008.

VILE, Maurice J.C. *Constitucionalismo y separación de los poderes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionais, 2007, p. 17/18.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução de L. C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ANEXO I

86 casos analisados.

Legenda:

----- Precedentes que não são mais de uma vez indicados por outros

----- Precedentes indicados mais de uma vez por outros

----- Precedente originário

MAIS RECENTE (13/12/2018):

1. AgInt no AREsp 1.208.044/SP

1.1. AgInt no AREsp 1.202.183/SP

1.1.1. AgInt no AREsp 826.988/MT

1.1.1.1. AgRg no REsp 612.836/MG

1.1.1.1.1. REsp 576.088/ES

1.1.1.1.1.1. REsp 402.457/RO

1.1.1.1.1.1.1. REsp 229.078/SP

1.1.1.1.1.1.1.1. REsp 86.095/SP

1.1.1.1.1.1.2. REsp 198.015/GO

1.1.1.1.1.2. REsp 229.078/SP

1.1.1.1.1.3. REsp 198.015/GO

1.1.1.1.2. REsp 332.787/GO

1.1.1.1.2.1. REsp 258.805/MG

1.1.1.1.2.1.1. REsp 198.015/GO

1.1.1.1.2.1.2. REsp 244.841/SP

1.1.1.1.2.1.2.1. REsp 229.078/SP

1.1.1.1.2.1.2.2. REsp 86.095/SP

1.1.1.1.2.1.2.3. REsp 198.015/GO

1.1.1.1.2.1.3. REsp 229.078/SP

1.1.1.1.2.2. REsp 198.015/GO

1.1.1.1.2.3. REsp 229.078/SP

1.1.1.2. Ag 1.062.383/RS

1.1.1.2.1. Ag 973.265/SP

1.1.1.2.1.1. REsp 263.564/SP

1.1.1.2.1.1.1. AG 396.472/MG

1.1.1.2.1.1.1.1. REsp 248.135/SP

1.1.1.2.1.1.1.1.1. REsp 198.015/GO

- 1.1.1.2.1.1.1.1.2. REsp 229.078/SP
- 1.1.1.2.1.1.1.2. REsp 244.841/SP
- 1.1.1.2.1.1.2. REsp 234.219/SP
 - 1.1.1.2.1.1.2.1. REsp 86.095/SP
 - 1.1.1.2.1.1.2.2. REsp 89.412/SP
 - 1.1.1.2.1.1.2.3. REsp 242.180/SP
 - 1.1.1.2.1.1.2.3.1. REsp 84.937/SP
 - 1.1.1.2.1.1.2.3.1.1. REsp 86.095/SP
 - 1.1.1.2.1.1.2.3.2. REsp 229.078/SP
 - 1.1.1.2.1.1.2.4. REsp 244.841/SP
 - 1.1.1.2.1.1.2.5. REsp 229.078/SP
- 1.1.1.2.1.1.3. REsp 191.241/PR (não fala da tese)
- 1.1.1.2.1.1.4. REsp 244.841/SP
- 1.1.1.2.1.1.5. REsp 272.830/SE
 - 1.1.1.2.1.1.5.1. REsp 244.841/SP
 - 1.1.1.2.1.1.5.2. REsp 229.078/SP
 - 1.1.1.2.1.1.5.3. REsp 198.481/MG (não fala da tese)
 - 1.1.1.2.1.1.5.4. REsp 198.015/GO
- 1.1.1.2.1.1.6. REsp 116.024 (não fala da tese)
- 1.1.1.2.1.1.7. Ag 311.830
 - 1.1.1.2.1.1.7.1. REsp 86.095/SP
 - 1.1.1.2.1.1.7.2. REsp 244.841/SP
 - 1.1.1.2.1.1.7.3. REsp 229.078/SP
 - 1.1.1.2.1.1.7.4. REsp 272.830/SE
 - 1.1.1.2.1.1.7.5. REsp 198.015/GO
- 1.1.1.2.1.1.8. REsp 198.015/GO
- 1.1.1.2.1.1.9. REsp 311.509/SP
 - 1.1.1.2.1.1.9.1. REsp 244.841/SP
- 1.1.1.2.1.2. REsp 229.078/SP
- 1.1.1.2.1.3. REsp 533.404/RO
 - 1.1.1.2.1.3.1. REsp 534.675/SP
 - 1.1.1.2.1.3.1.1. AG 396.472/MG
 - 1.1.1.2.1.3.1.2. REsp 234.219/SP
 - 1.1.1.2.1.3.1.3. REsp 191.241/PR

- 1.1.1.2.1.3.1.3.1. REsp 272.830/SE
- 1.1.1.2.1.3.1.3.2. REsp 116.024
- 1.1.1.2.1.3.1.3.3. AG 311.830
- 1.1.1.2.1.3.1.3.4. REsp 198.015/GO
- 1.1.1.2.1.3.1.3.5. REsp 311.509/SP
- 1.1.1.2.1.4. REsp 402.457/RO
- 1.1.1.2.1.5. REsp 393.809/SE (não fala da tese)
- 1.1.1.2.1.6. REsp 576.088/ES
- 1.1.1.2.1.7. REsp 86.095/SP
- 1.1.1.2.1.8. REsp 244.841/SP
 - 1.1.1.2.1.8.1. REsp 402.457/RO
 - 1.1.1.2.1.8.2. REsp 576.088/ES
 - 1.1.1.2.1.8.3. REsp 86.095/SP
 - 1.1.1.2.1.8.4. REsp 244.841/SP
- 1.1.1.2.2. REsp 777.974/MG
 - 1.1.1.2.2.1. REsp 244.841/SP
 - 1.1.1.2.2.2. REsp 576.088/ES
 - 1.1.1.2.2.3. REsp 332.787/GO
- 1.1.1.2.3. REsp 651.713/PR
 - 1.1.1.2.3.1. REsp 272.830/SE
 - 1.1.1.2.3.2. REsp 198.015/GO
 - 1.1.1.2.3.3. REsp 331.465/RO
 - 1.1.1.2.3.3.1. REsp 258.805/MG
 - 1.1.1.2.3.3.2. REsp 198.015/GO
 - 1.1.1.2.3.3.3. REsp 229.078/SP
- 1.1.1.2.4. AG 653.720/RS
 - 1.1.1.2.4.1. REsp 229.078/SP
 - 1.1.1.2.4.2. REsp 244.841/SP
- 1.1.1.3. REsp 811.617/AL
 - 1.1.1.3.1. REsp 402.457/RO
- 1.1.2. REsp 1.215.413/MT
 - 1.1.2.1. AREsp 7.041/SP
 - 1.1.2.1.1. Ag 1.251.211/ES (não trata da tese)
 - 1.1.2.1.2. Ag 1.062.383/RS

1.1.2.2. AG 1.062.383/RS

1.1.2.3. AG 1.162.957/DF (não trata da tese)