

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO- UAD

REGINA HOLANDA DE MELO

O CUMPRIMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE EM
CONTRATO DE SEGURO DE VIDA SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS JOGOS

SOUSA
2018

REGINA HOLANDA DE MELO

O CUMPRIMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE EM
CONTRATO DE SEGURO DE VIDA SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS JOGOS

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. André Gomes Sousa Alves.

SOUSA

2018

REGINA HOLANDA DE MELO

O CUMPRIMENTO DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE EM
CONTRATO DE SEGURO DE VIDA SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS JOGOS

Trabalho monográfico apresentado ao
Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas e Sociais, da Universidade
Federal de Campina Grande, como
exigência parcial da obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas e
Sociais.

Orientador: Prof. Dr. André Gomes
Sousa Alves - UFCG

Aprovada em: 07 de março de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. André Gomes Sousa Alves - UFCG

Orientador

Prof. Dra. Vanine Arnould de Medeiros

Examinadora

Prof. Dra. Maria do Carmo Pereira Élide Dantas

Examinadora

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, por me conduzir em todos os momentos, iluminar as minhas ações, dando-me forças para sempre seguir em frente. Aos meus pais, Nair e Rogério, por serem fonte de inspiração, fortaleza e fé, a minha irmã, Gabriela, por ficar me apressar a concluir o presente trabalho. Todas as minhas conquistas, todos os meus méritos são de vocês.

A minha família por ser fonte inesgotável de amor, sempre a despertar o meu melhor lado e encorajar para buscar e dar o meu máximo em cada escolha.

Ao professor André Gomes Alves, também orientador a minha gratidão por promover o encontro com o Ilustre Adriano Marteleto Godinho, fonte de inspiração e conhecimento nesta temática. Assim, escrevi de forma livre, construí e desconstruí ideias durante a confecção do trabalho, de modo que as críticas e sugestões apenas moldavam as ausências ou excessos cometidos. Como um verdadeiro mestre, o Professor André não me impôs o modus operandi de pesquisa, mas lapidou a ideia em gestação no projeto, a proporcionar meu crescimento pela fascinante área do direito civil-econômico.

A incrível área do direito econômico é um amor recente, e para adentrar, também contei com o apoio do professor Geraldo, que já lecionou na UFCG. Ao senhor, sou grata pelos textos, auxílios e por compartilhar interessantes matérias comigo.

Durante todo o processo, Léia sempre muito paciente, além de dividir o apartamento, também me fez vários empréstimos do notebook para maximizar o trabalho na reta final. Assim, as minhas amigas que construí em Sousa, e estão diariamente na correria e produção deste trabalho. Então, muito obrigada, a quem chamo carinhosamente de angel, debis e sassá.

As minhas amigas do ensino médio por ser, em inúmeras ocasiões, o arrimo dos meus passos, compassados ou tortuosos.

Aos professores do CCJS, em especial aos professores de direito civil pelo empenho, dedicação e esforço na formação e desenvolvimento de seus alunos.

A todos aqueles que me incentivaram e me apoiaram nesta empreitada.

“É a tomada de risco que
faz o nosso mundo girar”

(Paula Greco Bandeira)

RESUMO

O presente trabalho visa discutir o direito à vida através da dignidade da pessoa humana, os efeitos da ortotanásia, enquanto morte no tempo adequado e sua incidência na percepção indenizatória em sede de contrato de seguro de vida. A legislação vigente, não possui norma específica sobre a matéria, mas há um consenso entre os profissionais da saúde em aplicar os cuidados paliativos, em consonância foi formulada a Resolução 1.805/2006, pelo Conselho Federal de Medicina com a finalidade de legitimar a ortotanásia. Assim, o objetivo deste trabalho é analisar sob a perspectiva da teoria dos jogos o cumprimento das diretivas antecipadas de vontade, representadas pelo testamento vital e mandato duradouro como instrumento legítimo, a permitir a indenização no contrato de seguro de vida aos terceiros beneficiários sob um prisma relacional de modalidade cooperativa versus coordenativa. Para tanto, busca-se compreender o conteúdo jurídico do princípio da autonomia da vontade e autonomia da vontade privada frente à ordem política, dentro do contexto de contrato como operação econômica. A perspectiva microeconômica da problemática apresentada foi trabalhada através do método de abordagem dialético, em que se busca através da contradição em preservar a dignidade da pessoa humana, manter enfermo vivo sem qualidade de vida ou possibilidade de efetiva melhora no quadro clínico. Além disso, apresenta como método de procedimento, o estruturalista, e técnica de pesquisa, a bibliográfica com auxílio da análise econômica do direito, ilustrando-o através de esquemas gráficos a teoria dos jogos na adoção dos comportamentos estratégicos escolhidos pelos agentes econômicos envolvidos na transação. No primeiro jogo, observa-se as práticas regulatórias adotadas pela Susep, numa interação entre a entidade autárquica e as seguradoras. No segundo jogo, adiciona-se a intervenção judicial através de beneficiário não assegurado no cumprimento das cláusulas gerais, específicas, ou decorrentes da incompletude dos contratos. Por resultado, a execução contratual, assim como a máxima cooperação entre Seguradora-segurado podem ser fomentadas através de institutos como o dano social e punitivesdamages. O prognóstico é diminuir o litígio, incentivar o cumprimento das apólices bem como os acordos extrajudiciais referentes às questões supervenientes, pois a racionalidade limitada demonstra ser impossível e inviável, economicamente falando, antever todos os eventos futuros.

Palavras-chave: Operação econômica. Diretivas antecipadas de vontade. Teoria dos jogos. Reparação civil.

ABSTRACT

The present body of work aims to discuss the right to life through the dignity of the human person, the effects of orthothanasia, as death in the proper time and its incidence in the indemnifying perception in the life insurance contract. The current legislation does not have a specific norm on the subject, but there is a consensus among health professionals to apply palliative care, as Resolution 1805/2006 was formulated by the Federal Medical Council with the purpose of legitimizing orthothanasia. This way, the objective of this body of work is to analyze from the perspective of game theory the fulfillment of the anticipated directives of will, represented by the living will and lasting mandate as a legitimate instrument, to allow indemnification in the life insurance contract to the third beneficiaries under a prism cooperative versus co-ordinate modality. To do so, it seeks to understand the legal content of the principle of autonomy of the will and autonomy of the private will against the political order, within the context of contract as an economic operation. The microeconomic perspective of the problematic presented was worked through the method of dialectical approach, in which it seeks through the contradiction in preserving the dignity of the human person, keeping sick people alive without quality of life or possibility of effective improvement in the clinical picture. In addition, it presents as method of procedure, the structuralist, and research technique, the bibliographical with the assistance of the economic analysis of the law, illustrating it through graphic schemes the theory of games in the adoption of the strategic behaviors chosen by the economic agents involved in the transaction. In the first game, it is observed the regulatory practices adopted by Susep, in an interaction between the autarchic entity and the insurers. In the second game, judicial intervention is added through an unsecured beneficiary in compliance with the general clauses, specific clauses or due to the incompleteness of the contracts. As a result, contractual enforcement, as well as maximum co-operation between insurer-insured can be fostered through institutes such as social harm and punitive damages. The prognosis is to reduce litigation, encourage accomplishment of policies, as well as out-of-court settlements regarding supervening issues, since limited rationality proves to be impossible and economically unfeasible to anticipate all future events.

Keywords: Economic operation. Anticipated directives of will. Theory of games. Civil repairs.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1-Relação entre crescimento do mercado de seguro versus PIB entre os anos de 2010-2015	44
Figura 2 -Jogo de regulação da Susep.....	46
Figura 3- Intervenção do judiciário.....	49

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 A OPERAÇÃO ECONÔMICA-CONTRATUAL DO SEGURO DE VIDA	13
2.1A atividade securitária e o fluxo das liberdades individuais.....	16
2.2 O contrato de seguro de vida e o programa econômico utilitário	20
2.3 A formalização dos interesses seguráveis entre a delimitação do risco e a coligação contratual	24
3AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E A TUTELA JURÍDICA ...	28
3.1 A tutela legal do direito à vida e o direito a morte	30
3.2 Autonomia da vontade e a decisão sobre a terminalidade da vida	34
3.3 A instrumentalização jurídica entre o testamento vital e o mandato duradouro.....	39
4 A APLICABILIDADE DA TEORIA DOS JOGOS NO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA	44
4.1 A coordenação da susep	47
4.2 Atuação coordenativa do judiciário.....	49
4.3 O dano social e as punitives damages como mecanismo de controle ao comportamento ilícito	52
REFERÊNCIAS.....	60

1 INTRODUÇÃO

O direito de viver deve ser pautado numa vida com dignidade, apesar desta condição ter um cunho subjetivo. Para tanto, a ciência jurídica elege um conteúdo normativo através de regras e princípios no intuito de disciplinar a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, está vivo em termos biológicos, mas sem gozar de dignidade mínima para usufruir o direito à vida pode ser um estado clínico totalmente repudiável pelo enfermo. Para evitar tamanha ausência de qualidade de vida, algumas pessoas em pleno gozo de sua capacidade física e mental decidem por prescrever em instrumento adequado as diretivas e valores que devem nortear as decisões sobre a sua própria saúde em caso de superveniente incapacidade na manifestação da vontade. Aponta-se como fundamento para tal escolha o princípio da autonomia privada e a própria dignidade da pessoa humana.

Tal preocupação adveio com os avanços das ciências da saúde ao prolongar o evento morte através de processo com métodos específicos e dotados de medicalização. A tecnologia aplicada a equipamentos também permite o desempenho de certas funções originárias e naturalmente realizadas pelo corpo humano. Neste sentido, está vivo em termos biológicos, mas sem gozar de dignidade mínima para usufruir o direito a vida pode ser um estado clínico totalmente repudiável pelo enfermo.

Diante desse contexto, o princípio bioético exsurge como elemento de respeito à autonomia do paciente, problemática que versa áreas transversais. Numa perspectiva, tem-se a regulamentação do testamento vital e mandato duradouro (espécies de Diretivas Antecipadas); em outra, a ausência de regulação normativa específica para assegurar tal direito. Muito embora, pesquisadores da área através de uma análise sistêmica tentam garantir com as DAV'S, a finalidade precípua de estabelecer e nortear as decisões no campo da saúde. Intervenções terapêuticas, exames invasivos, bem como os valores e desejos entendidos como importantes em futura incapacidade da manifestação da vontade são conteúdo de tais documentos.

As mudanças sociais sobre a terminalidade da vida é fruto da sobreposição dos valores e desejos dos pacientes, assegurados pela autonomia da vontade. Ante a lacuna, e

os conflitos na tomada de decisões sobre o fim da vida e o direito de escolher em não ser apenas um vivo biológico, muito se fala sobre a regulamentação da problemática apresentada. A normatização específica ocorre na esteira das transformações operadas no seio da sociedade. E não é diferente no que se refere ao tema ora em análise, apesar dos profissionais da saúde pouco se mobilizarem para pressionar a adoção de medidas destinadas a amparar, de forma eficaz, o anseio daqueles indivíduos que desejam estabelecer seleção de cuidados em caso de incapacidade superveniente da manifestação de vontade.

A regulamentação das diretivas antecipadas apresenta implicações diretas no mercado da contratação de seguros de vida. Tendo em vista, um conjunto de interesses, bem como as estratégias adotadas, a um de auferir lucros cada vez maiores, a outro de garantir uma vantagem pecuniária aos beneficiários. Esta peculiar relação, ainda apresenta o Estado através da função regulatória, e traz um viés centralizador a determinar ou não a eficácia de instrumentos como o testamento vital ou mandado duradouro.

Deste modo, tomando por base os riscos já inerentes nesta modalidade contratual, busca-se compreender a responsabilidade civil da Seguradora com os beneficiários frente ao cumprimento de DAV's como ato decorrente do princípio da autonomia privada em sede da estrutura estatal de regular por coordenação em colisão à ideia de cooperação entre os agentes econômicos.

Sob o prisma microeconômico, muitas são as questões relacionadas à apólice de seguro de vida, em que se tem crescentes demandas judiciais relacionadas ao seu fiel cumprimento. Seguindo esta linha de raciocínio, é preciso ressaltar se o monitoramento da vida financeira - já realizado por meio de troca de dados entre as instituições financeiras - irá se estender a ponto de exigir durante a triagem na adesão ao contrato de seguro de vida documento declaratório da existência ou inexistência de DAV's. Assim, o contrato como operação econômica é a perspectiva adotada neste trabalho para analisar como ocorrem transações desta natureza.

A incidência das condições gerais e particulares de cada contrato de seguro determina dentro na esfera privada o regime entre os agentes econômicos envolvidos. Desta maneira, a utilidade da transação pauta-se, para a Seguradora, em dissolver o risco e para o segurado, é garantir aos terceiros o prêmio, caso ocorra sinistro. A cobertura decorrente do contrato de seguro de vida, o cumprimento do testamento

vitalou mandato duradouro, e a possibilidade de adaptação procedimental são demandas intrínsecas na presente relação contratual.

Para entender a dinâmica em questão dentro da análise econômica do direito, busca-se a aplicação de teorias, a ser a teoria dos jogos uma das mais utilizadas. Desenvolver estudos nesta perspectiva, é uma forma de estudar os comportamentos estratégicos adotados pelas partes, no presente trabalho, exemplificadas pelo segurado e segurador no contrato de seguro de vida como núcleo essencial a guiar a decisão dos jogadores. Neste sentido, a teoria dos jogos desponta como um método fundamental na interpretação, avaliação e riscos de responsabilidade na esfera contratual.

Deste modo, e tendo por análise as práticas dos profissionais de saúde, os institutos jurídicos existentes no ordenamento pátrio, a conjectura de uma sociedade aberta, plural e multifacetada frente às garantias constitucionais, requer assim um movimento harmônico para assegurar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em suma, pretende-se demonstrar o suporte já existente para reconhecer o direito de declarar sua vontade vital de maneira antecipada, os entraves para reconhecer a garantia de receber um adequado tratamento, sem dor e cuidados paliativos insuficientes para manter a qualidade de vida, bem como o direito a plena dignidade mesmo em superveniente incapacidade para manifestar sua vontade, a ter como plano de fundo a ideia de contrato como operação econômica.

A perspectiva utilizada para compreender a problemática ora apresentada consiste em utilizar como método de abordagem a dialética, em que busca-se através da contradição em preservar a dignidade da pessoa humana, manter enfermo vivo sem qualidade de vida ou possibilidade de efetiva melhora no quadro clínico. Além disso, apresenta como método de procedimento, o estruturalista. Deste modo, busca estudar as relações entre o segurado e a seguradora no contrato de seguro de vida e as implicações peculiares deste tipo de relação jurídica, com a finalidade de fornecer subsídios para a construção de modelo de diretiva antecipada que possa ser efetivada no ordenamento jurídico brasileiro, mesmo sem norma específica, de modo a entender como ocorre estas relações através da análise econômica do direito, a ser a teoria dos jogos o método para alcançar tais objetivos. E por técnica de pesquisa foi utilizada a bibliográfica, em que se faz todo um levantamento em livros, revistas e sites especializados.

Entender a lógica do mercado, sob uma perspectiva da Teoria dos Jogos aplicada ao estudo normativo-jurídico dos contratos de seguro é de extrema importância. Tudo isso, para compreender como o contrato colaborativo pleno é interpretado pela ordem

política estatal, quais os limites impostos pelo Estado e como este ente atua de maneira a coordenar as diretivas a serem tomadas entre o segurado e a seguradora.

Ademais, é salutar estudar as condutas oportunistas, abusivas e ilícitas bem como os instrumentos já utilizados em outros países para coibir a má-fé dos agentes econômicos. Para tanto, o presente trabalho busca fornecer subsídios para fomentar as reflexões sobre as cláusulas do contrato de seguro de vida, os fatos supervenientes e a resolução de tais dilemas pela via cooperativa. Não obstante tamanha relevância prática no direito atuarial, a temática ainda é pouquíssima abordada pela doutrina nacional. Deste modo, requer estudos detalhados, integração de diversas áreas do direito para compreendê-la sem deixar de reconhecer obviamente os pilares do ordenamento jurídico e as contribuições das ciências da saúde.

2 A OPERAÇÃO ECONÔMICA-CONTRATUAL DO SEGURO DE VIDA

A evolução da sociedade através da circulação de riquezas provocou também a preocupação com os riscos dessas transações. Assim, é comum observar o uso da expressão “sociedade de risco”¹ atrelada à necessidade de mitigar o resultado ineficiente do contrato, muito embora esta teoria não se restrinja às vulnerabilidades contratuais. Para tanto, é essencial garantir o que os economistas intitulam de “melhorias de Pareto”² justamente para promover a otimização das transações através de um excedente econômico maior que zero (TIMM e GUARISSE, 2014).

Neste cenário, o acordo de vontades formalizado através de contrato não pode ser vislumbrado de maneira isolada, independente e autônomo à realidade ao qual está inserido. Por refletir uma realidade de interesses, situações econômicas-sociais, possui função instrumental, a requerer olhar atencioso sob a perspectiva econômica, de modo a analisar a formação, função e relevância para o mercado. Embora, não se possa confundir o contrato enquanto instituto jurídico autônomo com a ideia de operação econômica que lhe dá suporte. É necessário assim, para ter uma melhor percepção, compreender este caráter dúplice dos contratos (ROPPO, 2009).

Dentro desse panorama de relações complexas, dinâmicas e permeadas pelo risco alocado nem sempre de forma simétrica, os agentes desenvolvem técnicas para superar tais problemas. Assim, temos o risco econômico atrelado geralmente a álea jurídica ou risco jurídico, este característico de contratos com natureza aleatória em combinação a racionalidade limitada, no intuito de delimitar a oscilação econômica da operação pactuada bem como sua repercussão no valor das prestações (BANDEIRA, 2015).

O fenômeno da gestão dos riscos surge mediante o equilíbrio de interesses, o qual se contrapõe as práticas oportunistas fundadas no anseio de aumentar os lucros.

¹Sociedade de risco é título de livro de Ulrich Beck (2010); mas como esta teoria desenvolvida não fornece parâmetros sólidos diante da perspectiva dinâmica da globalização, a considerar os interesses econômicos em colisão nas condições heterogêneas estabelecidas entre produtor, consumidor e o Estado, sendo assim característica essencial na análise do contrato de seguro de vida; a construção de tal termo não corresponde a problemática deste trabalho. Assim, explica dentre outros fenômenos a exposição generalizada aos riscos pautados na ideia de progresso e evolução social, porém não consideram na construção dessa teoria os interesses econômicos e políticos como externalidades negativas ocasionadas pela interação dos agentes envolvidos.

²Sob a perspectiva econômica significa a troca de bens e sua alocação para quem mais atribui valor a aquele, assim, os agentes envolvidos na transação apresentam uma melhora após a troca e nenhum destes fica numa situação pior, quando levado em consideração o cenário inicial a transação.

Analisar os agentes envolvidos, buscar minimizar operações com excedente econômico igual ou inferior a zero é um dos principais objetivos para garantir a melhoria de Pareto. Em suma, a produção coletiva, a produtividade e sucessivamente o grau de eficiência em patamar que não ocorra prejuízo a nenhuma das partes depende da cooperação entre os agentes envolvidos na relação contratual.

Geralmente, os acordos são pautados na autonomia da vontade ³, de modo que o autointeresse em desfrutar de certo benefício pode levar as partes a cooperarem a fim de alcançar uma melhoria após a transação. Desta maneira, quando uma operação contratual realizada chegar ao nível em que nenhuma melhoria de Pareto se torne mais necessária, ocorrerá o ótimo de Pareto. Isso para exemplificar a maximização do excedente econômico entre o produtor e o consumidor, a gerar uma externalidade⁴ positiva e satisfatória caracterizador de ótimo social.

Assim, o contrato sob o prisma econômico-jurídico é compreendido como transação de mercado, uma troca entre pessoas físicas ou jurídicas. E este comportamento de permutar se dá por uma questão de evolução, em que os homens não são autossuficientes para suprir todas as necessidades. Nesta perspectiva, Allan Fasnsworth (2004, p.5), por exemplo, comenta: “Troca é a pedra de toque de qualquer sistema econômico que repousa sobre a livre iniciativa como o nosso faz. Esse sistema aloca os recursos largamente pelas trocas bilaterais de acordo com as barganhas entre os indivíduos”.

O essencial deste movimento dinâmico nas operações contratuais se dá pelo fluxo das liberdades individuais. Mas como nem sempre os agentes interagem com boa-fé objetiva, se faz necessário o uso de estratégias para limitar e restringir as ações danosas ao mercado de forma geral.

A utilização da palavra estratégia remete a uma competição, uma tabela com os movimentos realizados, e este viés é um dos objetos da análise econômica do Direito (AGUILLAR, 2016). O outro é relacionado à estrutura jurídica bem como o impacto das leis na coordenação de comportamentos adotados pelos agentes. Então,

³Essa autonomia da vontade tem um cunho subjetivo, em que emerge o poder interno com o objetivo de firmar com outrem uma relação jurídica capaz de satisfazer interesses pontuais. Muito embora, as intervenções estatais nas relações privadas são necessárias para limitar o poder concedido aos particulares em face das normas de ordem pública. Tal medida decorre do pressuposto de não se tratar a autonomia da vontade um direito ilimitado.

⁴De forma sucinta é o efeito provocado a partir o comportamento de certo agente na esfera de terceiro, de modo que pode ser negativa ou positiva na utilidade dos recursos diante das contingências econômico-financeiras. Então, essas preferências do agir individual são consideradas nos custos de transação, por exemplo.

infere-se inegável a importância de analisar as combinações de diferentes estratégias para maximizar o lucro dentro de uma operação econômico contratual, pois os payoffs⁵ de cada agente depende das escolhas traçadas por um e por outro assim como essas estratégias interrelacionam entre si.

Muitas das questões contemporâneas de forte repercussão sobre o direito econômico repousam na coligação contratual. Os agentes envolvidos nessa transação, determinados a maximizar os seus excedentes, por vezes omitem informações, a adotar práticas oportunistas. Isso provoca um desequilíbrio na relação contratual.

Dentro desse contexto, diversas são as modalidades de arranjos contratuais, e o contrato de seguro de vida por sua complexidade na fase de negociação tem exigido “performance” específicas na sua execução. Assim, apenas a análise puramente normativa é insuficiente de responder todas as questões envoltas nas tratativas à formação do contrato – em geral e do de seguro de vida. Dentre as problemáticas, o privilégio de informação decisiva é desconhecida para um dos agentes na formação do contrato é o elemento principal.

Nesse sentido, o viés econômico-contratual, a preocupação com o evento morte ou incapacidade severa, já que todos estamos sujeitos a superveniência de tais acontecimentos, impulsionou de maneira vertiginosa a busca por contrato de seguro de vida. Diferentemente dos demais, neste as partes não desejam consumir na integralidade seu produto. Assim, o evento futuro, incerto tem movimentado o mercado securitário por aqueles que pretendem salvaguardar financeiramente terceiro beneficiário em caso de infortúnio superveniente (MASCARENHAS, 2017).

O medo do risco superveniente é o elemento propulsor desta modalidade contratual. Entre a probabilidade da ocorrência de eventos fatídicos, próprios da natureza humana, estabelecem-se as tábuas da mortalidade⁶ como instrumentos para verificar através de critérios objetivos compartilhados entre as Seguradoras e coletados na sociedade por estudos específicos os valores dos prêmios.

⁵Representado por matriz para analisar e identificar os resultados provenientes de acordo com as estratégias utilizadas. É uma combinação matemática entre as possibilidades elencadas para os jogadores e os resultados que podem ser obtidos.

⁶São dados considerados pelo mercado, a levar em consideração o gênero, a idade, as condições de saúde, o modelo de vida, e outras questões objetivas a fim de aferir os índices de mortalidade, a compensar o pagamento do prêmio com a apólice em questão. Assim, é a representação da Lei dos grandes números, princípio matemático utilizado para auxiliar nos cálculos de contrato de seguros, baseados na exposição das unidades independentes com as possíveis perdas futuras.

Para tanto, o contrato de seguro de vida só existe devido à reunião de pessoas, pois não se pode falar em seguro de uma única pessoa, por exemplo. As vantagens cooperativas sustentam a intenção do segurado e segurador em fixar tal tipo de contrato. Assim, o segurado mediante o pagamento do prêmio, formalizado através de emissão da apólice pela Seguradora, transfere o risco e assegura terceiro beneficiário em caso de sinistro.

Presume-se como terceiro beneficiário o cônjuge, ascendentes e descendentes do segurado. Muito embora, este rol não é taxativo, muito menos se restringe a vínculos familiares, é possível que uma pessoa jurídica possa ser assistida por tal contrato de seguro de vida, como foi o que aconteceu, por exemplo, com a Disney, em que uma apólice protegia a empresa caso Carrier Fisher não pudesse cumprir seu contrato de três filmes na nova trilogia de Star Wars. No caso, como a atriz faleceu, a referida empresa recebeu um montante de U\$\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de dólares).

Desse modo, o contrato de seguro de vida é pautado no risco, mas a sua viabilidade só ocorre com a pulverização deste elemento através da captação de diversas pessoas na formação do fundo securitário. Assim, o pagamento de diversos prêmios garante a indenização superveniente de alguns em caso de sinistro. É uma relação simbiótica, em que os agentes em cooperação mútua transferem o risco individual para a Seguradora, e nesta perspectiva revela-se a natureza comutativa.

2.1A atividade securitária e o fluxo das liberdades individuais

A atividade securitária tornou-se objeto e instrumento essencial das políticas de regulação. O contrato de seguro, por ser pautada na confiança, lealdade, probidade entre as partes, também é a espécie contratual em que são observados mais problemas informacionais. Desta maneira, para evitar as falhas de mercado, o Estado visa coordenar através das ações positivas e deliberadas do legislador as práticas a serem adotadas desde as tratativas até a formação, bem como os cuidados em sede pós-contratual para garantir a boa-fé. Assim, a regulação ocorre por meio de normas e fiscalização por órgãos, representado no contrato de seguro pela SUSEP.

Desta maneira, o desenvolvimento econômico está diretamente relacionado com a liberdade dos agentes nas transações. Os critérios de ótimo de Pareto como também o

de Kaldor-hicks⁷são traços utilitaristas com resultados práticos importantes na sociedade de consumo. E por estar inserido o contrato de seguro neste contexto, as liberdades juntamente à eficiência econômica revelam-se como instrumentos de aferição de justiça e bem-estar geral quando empregados de forma complementar à ideia de desenvolvimento.

A relação entre a atividade securitária e o fluxo das liberdades individuais no contrato de seguro a torna uma atividade complexa. Não só cálculos matemáticos, mas também atuarias são utilizados para viabilizar a operação econômica de contrato de seguro, de modo a tentar impossibilitar práticas de má-fé, como a simulação de sinistro ou cláusulas abusivas, por exemplo.

A liberdade contratual dos agentes econômicos é a capacidade de voluntariamente impor e aceitar as condições contratuais. Então, a livre manifestação das partes, busca na autonomia privada a validade da norma criada na relação contratual. Deste modo, podemos falar que após a promulgação da Carta Magna de 1988, os cuidados com a liberdade irrestrita foram redobrados, chegando alguns estudiosos a formular o direito civil de cunho social.

A proteção constitucional tem um caráter mais intenso se a prestação contratual for de cunho extrapatrimonial como ocorre no contrato de seguro de vida. A vontade compreendida de forma extensa, absoluta, não possui mais respaldo legal, muito menos pode ser vislumbrada como único fator a dirigir os negócios jurídicos. Assim, autonomia privada é o princípio determinante na autorregulação, de modo a estabelecer limites da autonomia da vontade frente todo o arcabouço jurídico nacional.

O princípio da autonomia privada e o princípio da autonomia da vontade embora entendido por alguns estudiosos da área como semelhantes, não foi o posicionamento seguido para o presente trabalho. Deste modo, para fins de elucidar o conteúdo jurídico que distingue um princípio do outro, Orlando Gomes (2001, p.265) define autonomia da vontade em linhas gerais como “o poder atribuído à vontade na criação, modificação e extinção de relações jurídicas”.

Assim, a autonomia da vontade, a autonomia privada e a liberdade contratual são expressões que apresentam conotações distintas, mas relacionadas dentro de aspectos

⁷Difere do ótimo de Pareto já que pode obter através de outros arranjos produtivos, institucionais, pessoais mesmo a causar prejuízos a terceiros, se os possa compensar e chegar ao bem estar geral levam-se em consideração o resultado final e não as particularidades de cada sujeito envolvido direta ou indiretamente.

constitucionais civis. Deste modo, a autonomia da vontade tem um cunho subjetivo, em que emerge o poder interno com o objetivo de firmar com outrem uma relação jurídica capaz de satisfazer interesses pontuais. Para disciplinar os atos voluntários destinados a regular as demandas de cunho pessoal, surge a autonomia privada, esta funciona como um mecanismo de controle, a fim de coibir abusos, injustiças e violações frontais a ordem pública (MASCARENHAS, 2009).

Com isso, observam-se algumas divergências baseadas justamente na limitação conferida pela autonomia privada a propositura de determinados negócios jurídicos. Os obstáculos são decorrentes até de uma incongruência no próprio sistema jurídico, pois ocorre por vezes a proteção tal exacerbada de um bem, de maneira a culminar de forma paradoxal em sua violação, a citar a antiga impossibilidade de perceber o quantum indenizatório no contrato de seguro de vida em casos de suicídio.

Com tal panorama, a cooperação entre os agentes econômicos é mais exigida em transações pautadas em promessas cujo conteúdo ainda não fora realizado, como é o contrato de seguro de vida. Assim, a vontade das partes no anseio de satisfazer os seus interesses submete o segurado a responder um questionário objetivo e a seguradora a mensurar com base nas informações prestadas o risco e conseqüentemente o valor do prêmio.

Aspectos, conjecturas e toda informação que esteja diretamente relacionada ao pacto contratual deve ser observada sob pena de configurar má-fé, expressa os artigos 765, 766, 768 e 769 do Código Civil⁸. Infere-se, portanto, a compreensão do equilíbrio contratual, sob pena de provocar onerosidade excessiva. Nesta perspectiva, os sujeitos devem atuar de forma colaborativa e solidária para conservar o contrato firmado, pois caso atuem sem lealdade, probidade, ou realizem práticas oportunistas, o judiciário poderá ser acionado para tolher tais condutas.

⁸Art. 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. Parágrafo único. Se a inexatidão ou omissão nas declarações não resultar de má-fé do segurado, o segurador terá direito a resolver o contrato, ou a cobrar, mesmo após o sinistro, a diferença do prêmio. Art. 768. O segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato. Art. 769. O segurado é obrigado a comunicar ao segurador, logo que saiba, todo incidente suscetível de agravar consideravelmente o risco coberto, sob pena de perder o direito à garantia, se provar que silenciou de má-fé. § 1º O segurador, desde que o faça nos quinze dias seguintes ao recebimento do aviso da agravação do risco sem culpa do segurado, poderá dar-lhe ciência, por escrito, de sua decisão de resolver o contrato. § 2º A resolução só será eficaz trinta dias após a notificação, devendo ser restituída pelo segurador a diferença do prêmio.

Sob a égide de fluxo das liberdades individuais em relação contratual, a legislação infraconstitucional expressa a perda do direito à percepção de indenização em casos fraudulentos, em que o beneficiário tenha ocultado informação decisiva para a propositura do contrato de seguro de vida. Sendo assim, muitas são as estratégias “oportunistas” neste campo, a levar por vezes na escolha de técnicas de jogo soma-zero, em que o ganho de uma parte leva necessariamente à perda da outra parte. Não obstante tal casuística, é interessante notar a essência do contrato de seguro não deve ser pautada em opção de risco, mas sim em assegurar determinado bem, seja este patrimonial ou extrapatrimonial.

Maximizar os ganhos individuais, se despir de um julgamento moral, e entender a dinâmica entre segurado e segurador impõe a escolha de estratégias cooperativas. Neste aspecto, decisões do tipo colaborativas propõem-se os jogadores⁹, com a distribuição de ganhos e perdas, a fim de evitar ganhos absolutos. O preço da cooperação é uma forma de estruturar os agentes envolvidos, de modo a minimizar o problema do jogo da confiança na convergência de equilibrar os diversos interesses na resolução do jogo, representado neste caso, pela contratação do seguro de vida(GANNOUM, 2010).

Nesta linha de raciocínio, pode-se observar a importância de considerar em paralelo a densa normatividade, a utilização de critérios econômicos como técnica de interpretação para compreender como as pessoas decidem. As escolhas, e principalmente os resultados dessas escolhas são fatores essenciais na análise econômica do direito, a ponderar dentro desse processo as circunstâncias microeconômicas, de modo a explicar as consequências obtidas bem como auxiliar na construção de um sistema normativo eficiente.

Nesta perspectiva, a considerar os aspectos e diversos deveres a serem tomados pelos agentes envolvidos nesta relação, questiona-se sobre a natureza jurídica do contrato de seguro de vida, ora entendida como comutativo, ora aleatório. Então, para fins deste trabalho, a perspectiva adotada será este caráter dúplice, em comunhão a perspectiva alemã. Assim, é comutativo quando olhamos sob o prisma da garantia, ao realizar o pagamento do prêmio, efetua-se a transferência do risco, sendo estas prestações certas e definidas. Muito embora, o direito a percepção indenizatória só irá acontecer em caso de

⁹Jogadores são os agentes econômicos envolvidos numa relação contratual através da escolha racional pautada nas preferências e objetivos a serem alcançados com esta transação.

sinistro, evento aleatório. Nesta linha de raciocínio, à prestação da seguradora só irá ocorrer em evento incerto. A ilustrar essa ambivalência, temos *Geldleistungstheorie* e *Gefahrtragungstheorie*. Assim, a *Geldleistungstheorie* confere o caráter aleatório mediante o pagamento da indenização em caso de sinistro, já *Gefahrtragungstheorie* analisa sob o aspecto comutativo, em que trata-se de execução continuada após a transferência do risco a seguradora instrumentalizado pela emissão da apólice.

2.2 O contrato de seguro de vida e o programa econômico utilitário

O código civil nos fornece o conceito de contrato de seguro no art. 757, ao ressaltar que “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados”. Tal construção normativa sob o ponto de vista econômico busca garantir a finalidade social diante das liberdades operativas, sem deixar de aferir o nível de satisfação coletiva e individual da transação ora estabelecida.

O programa econômico utilitário nos fornece critérios objetivos para realização justa do direito. Assim, promove através da alocação de recursos dispensados pelos agentes econômicos um padrão de escolha que representa o maior custo-benefício para a coletividade de modo geral. Desta maneira, busca a norma jurídica, ao serem aplicadas em contratos de seguro de vida, estabelece o equilíbrio entre as vontades individualistas e sociais em convergência ao contrato eficiente na produção de riqueza.

Muito embora o contrato de seguro de vida seja influenciado por elementos subjetivos e considerações desestabilizadoras do ideal de justiça utilitário, a aplicação das normas não pode seguir este viés sob pena de macular a segurança jurídica. A concretização dos direitos em contrapartida ao cumprimento dos deveres pelos agentes sob a ótica marginal segue a lógica de desenvolver certa atividade (perda de utilidade) em busca de produzir unidade de consumo lucrativa (ganho de utilidade), de modo que o nível de satisfação alcance os participantes desta relação econômico-contratual. Assim, o sacrifício ou custo de oportunidade equilibra-se a necessidade de eficiência contratual mesmo com os custos de transação (ARAÚJO E SHIKIDA, 2016)

A utilização dos recursos produtivos em sede de contrato de seguro de vida decorre do nível de confiança. Desta maneira, quando a concretude na realização do direito aumenta, os custos para obtê-lo diminuem, o que ocasiona um ganho para toda a

coletividade envolvida nesta operação. O protecionismo estatal através da relativização da autonomia da vontade ao tentar garantir à elevação do bem-estar social em detrimento a liberdade individual pode afetar o programa utilitário consistente na compensação de cada agente no mercado segundo o seu interesse pactuado. Assim as práticas cooperativas por si são capazes de produzir um efeito positivo, muito importante na promoção da estabilidade do sistema econômico-jurídico desta relação.

Com estes postulados, pode-se representar por cálculos matemáticos este jogo de interesses da seguinte maneira: $UT = UE \cdot N_C - C \cdot N_D$. Assim, o nível de utilidade total (UT) obtida pela coletividade é expressa através do produto de UE (utilidade esperada por cada um dos indivíduos que atuam no processo) por N_C (nível de confiança ou de credibilidade de que os direitos serão realizados) subtraído pelo produto de C (custo ou grau de sacrifício das preferências ou liberdades individuais) por N_D (nível de desconfiança) a considerar que as ações cooperativas sejam capazes de solucionar problemas de natureza econômica, como crises ou instabilidades, e da capacidade do judiciário de solucionar os conflitos. Considere-se para tanto ($N_C + N_D = 1$) (JARDIM e FRITZ, 2017).

O nível de satisfação (UT) está diretamente relacionado com atribuição de utilidade (UE) dada pelo agente. Até porque os agentes econômicos enquanto seres racionais buscam otimizar as utilidades, tanto é assim que custo do sacrifício para pagar o prêmio gera uma satisfação maior quando se pensa ao deslocar o risco para a seguradora, e esta por sua vez, pulveriza os riscos afim de obter um maior nível de otimização mesmo com os custos desta transação referentes as assimetrias de informação.

A utilização dos recursos escassos em prol da maximização das vantagens pessoais é condicionada a atuação estatal. Para alcançar a eficiência do mercado, o ótimo de pareto e os parâmetros de Kaldor-Hicks são critérios utilizados no desenvolvimento de programas distributivos, muito embora ambos não forneçam diante do cálculo utilitário as externalidades positivas e negativas envolvidas na relação econômico-contratual do seguro de vida.

A compensação das desvantagens de certos sujeitos ora entendidos como “vulneráveis” pode ser obtida através de políticas voltadas a promoção do bem-estar social. Desta forma o desequilíbrio social, informacional é compensado diante de práticas eficientes adotadas para regular a transação econômico-contratual. Trata-se,

portanto de uma aplicação racional a fórmula já expressada a considerar indissociável produção de riqueza e o fim social.

No entanto, a excessiva regulação em determinar abusividade de certas cláusulas mesmo quando pactuadas para produzir justamente aquela finalidade pode ocasionar mais malefícios que benefícios a sistemática mercadológica. Vejamos, ao aumentar a desconfiança no cumprimento do contrato como pactuado, eleva-se a insegurança jurídica. Adiciona-se a este fato, o uso de estratégias não cooperativas pautadas na crença de que o contrato faz lei entre as partes é máxima sem eficácia pois a voga atual é justamente a contrária. Assim, se a lei dita o contrato, conformando-o com base na ponderação de interesses principiológicos, não seria necessário tanto rigor na pactuação do mesmo, pois o questionamento será transferido para a esfera judicial.

Toda essa problemática, a considerar o programa utilitário do contrato vem num crescente sobre a efetividade do que foi convencionado chamar princípio da eficiência econômico-social. Neste os interesses pessoais são sopesados ao reflexo social considerando os custos envolvidos, de modo que prejuízos e benefícios se dialogam na promoção do bem coletivo através dos níveis de satisfação obtidos entre as trocas na produção de riqueza. Logo, as utilidades estabelecidas pelos agentes na troca de bem por prestação de serviço são valoradas em forma de relação de custo-benefício, uma vez que o sacrifício para pagar o prêmio se compense diante da segurança em transferir o risco em caso de sinistro superveniente, isso para exemplificar a relação do contrato de seguro de vida, objeto deste trabalho (JARDIM e FRITZ, 2017).

A teoria econômica segundo o PEES propaga incentivos de práticas comerciais diante das falhas informacionais com ideais distributivos de recursos em face da escassez do produto ora ofertados na transação. A necessidade de satisfazer os desejos pessoais não ocasiona o descompromisso com o outro, a desconsiderar o viés social, já que a lógica do mercado progressista só funciona quando entende a riqueza individualmente obtida em harmonia a produção de bem-estar coletivo. Afinal, um ambiente econômico saudável é justamente aquele em que os agentes cumprem com deveres, acreditam assim na concretude do direito, a elevar a confiança na relação econômico-contratual firmada.

Assim, o mercado, o direito e o estado através de seus instrumentos, instituições e programas buscam obter a eficiência econômico-contratual do seguro de vida. Para tanto a pedra angular dessa sistemática é o uso racional da riqueza privada para em nível utópico chegar em convívio social perfeito, em que os custos marginais privados

(CMgpr) e públicos (CMgpu), sejam equivalentes às receitas marginais privadas (RMpr) e públicas (RMgPu), (JARDIM e FRITZ, 2017).

As tomadas de decisões bem como as negociações quando praticadas por interesses recíprocos são ações cooperativas. E, para Coase (1991) este tipo de relação se equaciona de forma eficiente. No entanto, as externalidades provocadas nesses arranjos econômicos devem ser integradas para sanar as assimetrias de informação ou outras falhas mercadológicas.

Apesar deste aspecto racional na produção de riqueza privada, não se pretende frear a livre iniciativa muito emperrada no Brasil pelas práticas excessivamente intervencionistas. A mística contratual em que este faz lei entre as partes não pode ser substituída pelo forte dirigismo até então apregoado em nosso ordenamento, sob pena de restringir o empreendedorismo. Tanto é assim que o contrato em sua origem histórica é fruto do liberalismo representado pela máxima do *pacta sunt servanda*, fornecer um viés excessivamente social é desvirtuar o instituto.

Ademais, a normativa constitucional está ladeada de conceitos jurídicos indeterminados, como a função social do contrato, por exemplo, a servir apenas na legitimação de práticas coordenativas estatais. Soma-se ainda a essas expressões as técnicas de decisão pautadas em ponderação de interesses, de modo a mitigar bastante a autonomia da vontade, a propriedade privada, a livre iniciativa quando sopesados a princípios puramente sociais.

Então as combinações comerciais realizadas num contexto cooperativo entre as partes sempre provocam externalidades em terceiros úteis na construção das preferências satisfatórias do bem-serviço transacionado. Desta feita, em certas alocações de recursos as externalidades positivas se anulam com as negativas sem gerar assim qualquer prejuízo ou carência a um e outro grupo diretamente envolvido na transação.

A interação entre os agentes mesmo apresentando diversidade quanto à ideia de efetividade é essencial. Desta maneira, nem o intervencionismo exagerado nem a liberdade irrestrita podem ser tônicas na regulação do contrato de seguro de vida. E, para tanto, requer a apreciação entre a oferta e demanda na realização dos interesses recíprocos dentro da normativa mínima, afim de que a maximização dos lucros pessoais não ocorra em detrimento à carência de outro grupo.

O marco regulatório do mínimo ético legal intervém nas decisões dos agentes para exigir condutas não violadoras ao núcleo essencial do bem-estar coletivo. Assim a construção de um contrato eficiente é a escolha racional acerca da apropriação individual

de riqueza, a diminuir progressivamente os conflitos sociais envolvidos no custo de transação, exemplificados pelas assimetrias de informação.

Pretende-se então demonstrar diante dos princípios liberais a preocupação com o bem-estar geral. Ao respeitar as liberdades individuais, gera-se um empoderamento dos sujeitos envolvidos nesta relação econômico-contratual, pois na busca da satisfação, os agentes escolhem o melhor para si. Limitá-los, a invadir excessivamente em matérias de ordem privada pode-se comparar a uma cláusula abusiva, porém praticada pelo próprio Estado na busca de salvaguardar por normas jurídicas realidades, desejos que melhor se confirmaram no contrato tal qual como firmado.

Para, além disso, ao preservar as liberdades individuais através da livre contratação forma-se uma dinâmica espontânea, cooperativa e essencial a ordem econômica. Escolher conforme suas preferências ocasionam efeito colateral de transação eficiente e com menos riscos aos indivíduos. Assim, consolida-se uma estrutura bem ordenada sem necessariamente ter um planejamento deliberado, centralizado, regularizado em cada particularidade pelo Estado.

2.3 A formalização dos interesses seguráveis entre a delimitação do risco e a coligação contratual

A coligação contratual no seguro de vida desperta para a compreensão entre risco e álea. Tal distinção é importante para não confundir a natureza jurídica do instituto com as circunstâncias previamente asseguradas. Desta maneira, o risco é um acontecimento incerto, futuro, possível e independente da vontade das partes, e álea um desdobramento dessa situação superveniente a compor a interface da natureza jurídica dúplice do contrato de seguro de vida.

A atividade securitária diante das liberdades individuais na formalização dos interesses faz uso de técnicas de probabilidade para contornar as assimetrias de informação. Tal falha decorre quando uma parte é privilegiada por deter informação decisiva na contratação, escolha do plano, o que pode caracterizar práticas oportunistas. Nesta perspectiva, a Lei dos grandes números funciona através de cálculos matemáticos para aferir diante da seleção adversa e risco moral o valor do prêmio.

Neste itinerário mediado por técnicas de ciência estatística, é interessante analisar as etapas da relação econômico-contratual no seguro de vida. Assim, a seleção adversa se dá em fase anterior à assinatura de contrato, em que o segurado escolhe qual

o melhor plano diante das necessidades, às vezes omitindo informações para pagar uma taxa prêmio de valor menos elevado. Ultrapassada essa fase, o zelo, o cuidado com objeto contratual pode mudar, pois já se tem a certeza da cobertura, a este efeito pós-contratual denomina-se risco moral, pois não é possível a Seguradora verificar todos os comportamentos bem como analisar subjetivamente as ações dos segurados.

A toda evidência, o valor estabelecido pela Seguradora considera todos estes riscos já citados para estabelecer o valor da apólice. A lei dos grandes números responsável por esta aferição informa que ao considerar uma sequência de ensaios, a soma de todos os eventos obtidos de forma independente divididos pela quantidade total de ensaios quando estes considerados tendem ao infinito, se aproximam do valor esperado para definir o valor do prêmio a ser pago pelo segurado.

Este recurso estatístico fornece com grande aproximação, o número de sinistros determinados dentro de certa comunidade em dado tempo e espaço. Desta maneira, permite a construção de tabelas de previsões para definir o montante destinado em indenização, pois enquanto que os riscos são pulverizados, universais e gerais, os sinistros são limitados e particulares. Razão esta que explica a lógica econômico-contratual do seguro de vida.

Como se pode observar, os contratos de longa duração como o de seguro de vida são bem complexos e dinâmicos. E diante da impossibilidade de prever todas as circunstâncias supervenientes e necessidade de otimizar os custos, o modelo alternativo é a teoria do contrato incompleto, pela razão de “nenhum contrato estabelecer uma disciplina específica, para todos os eventos que poderiam interferir na execução das obrigações” (BELLATUONO, 2005, p.61).

Sendo assim, a técnica de escolher não decidir taxativamente todas as obrigações e deveres contratuais aumenta o desempenho necessário para transacionar de forma eficiente. A flexibilidade de resolver supervenientes lacunas imprime ao contrato gestão cooperativa de ambas as partes. Adiciona-se ao fato de ser ótima estratégia diante da “capacidade limitada de se descrever os infinitos estados da natureza, predispor medidas de execução da operação, se ou quando, sofrerem alterações” (SZTJAN, 2010, p. 14).

Como já se restou demonstrado, os contratos de longa duração são incompletos. Não é possível enumerar todas as contingências, e sob a perspectiva puramente econômica, “um agente investe em busca de informação até que o custo de buscas adicionais iguale o retorno marginal esperado de tais buscas” (FICI, 2000, p. 95). Desta

maneira, a incompletude contratual pode ser súbita, deliberada, inicial, sucessiva, jurídica ou econômica¹⁰

A formalização de um contrato completo ou mais próximo do completo aumenta demasiadamente os gastos com elaboração, execução. Desta maneira, para contratos de longa duração, a completude é uma ideia utópica. A racionalidade limitada¹¹ é uma das razões que buscam fundamentar e fortalecer a teoria do contrato incompleto. Assim, tal teoria não pode ser vislumbrada como fonte de insegurança jurídica, mas sim como mecanismo de escolhas satisfatórias, pautadas na cooperação das partes, e envoltas no papel normativo desempenhados pelas instituições.

A incerteza em contrato de seguro de vida está relacionada a cobertura dos riscos mensuráveis e imensuráveis considerados na operação Segurador-Segurado. Sob distintos prismas, a incerteza é o risco econômico, é arriscar, é a consequência de situações futuras ignoradas ou não preexistentes a época do negócio. O que leva a incompletude no contrato, a ser esta então técnica de gestão negativa da álea normal do contrato.

Estabelecidos os apontamentos primordiais sobre a teoria do contrato incompleto, verifica-se a tutela de interesse de tal instrumento no ordenamento jurídico brasileiro. Com efeito, o aspecto funcional permite o regramento da situação particular em consonância aos interesses dos agentes econômicos. Logo, é possível solucionar as lacunas existentes do negócio mesmo quando estas não possuem regulação específica no ordenamento (BANDEIRA, 2015).

A propósito, os jogadores representados por Segurador-Segurado, ao alocar os riscos estabelecem o grau de cobertura mediante a conduta comportamental para evitar a

¹⁰A incompletude súbita provém de cláusula ambígua, um defeito para expressar corretamente o real desejo das partes, e pode ser do tipo aparente ou real, o primeiro é suprimido via regra de interpretação, o segundo por técnica de integração. A incompletude deliberada elege pessoa, a ser terceiro estranho a relação contratual ou um dos contratantes para sanar a lacuna existente, nessa opção a cooperação entre as partes eleva-se. Desdobra-se a incompletude deliberada em inicial ou sucessiva, a diferenciar apenas uma da outra quanto ao momento em que surgiu a incompletude. E assim, a incompletude jurídica, como o próprio nome indica é a ausência de regulação específica sobre certa contingência contratual, a qual será completada através dos princípios e demais regras do ordenamento jurídico. Por fim, a incompletude econômica é aquela em que não se estabelece de imediato a satisfação econômica em todas as situações, diretamente relacionada aos custos de transação pois não estabelece previamente mediante cálculos de lucros, perdas e sacrifícios as obrigações e deveres diante de tal contingência.

¹¹ A racionalidade limitada é condição do próprio sujeito, enquanto agente econômico e inserido em sistemas complexos, de modo que torna a capacidade de predição de todos os eventos futuros impossíveis de serem antecipados, elencados e estipulados previamente na apólice do contrato de seguro de vida, como é a abordagem desse trabalho. Sendo assim, mesmo que se observe o grau máximo de cooperação e a informação perfeita, não é possível processar todos esses dados para formular as cláusulas contratuais. Ademais, o contrato perfeito demandaria muito tempo de maneira que inviabilizaria a lógica do mercado, o consumo de massa e a maximização dos lucros.

excessiva onerosidade superveniente. Assim, o risco do negócio previsível, mas não determinado será o objeto de cooperação máxima entre os jogadores através do que ficou convencionado chamar, gestão contratual.

Pois bem, a confiança é o traço importante identificado na externalização das vontades para firmar o contrato de seguro de vida. Nessa direção, a execução contratual diante de riscos supervenientes caracteriza-se pela escolha de novos critérios, por vezes, interpretativos ou integrativos a depender dos interesses e complexidade da demanda, não raros desprotegidos de norma específica no ordenamento jurídico.

A dinâmica de buscar o equilíbrio diante da coligação contratual sob o viés da perspectiva relacional rompe as ideias puramente individualistas. A cooperação, a solidariedade entre os sujeitos imprime nova conotação aos contratos, e não poderia ser diferente com o contrato de seguro de vida. Nesta seara, as diretivas antecipadas de vontade que será melhor abordada no próximo capítulo é mais uma lacuna em termos de normatização específica, mas que pode ganhar roupagem funcional quando na execução do contrato sob a luz da teoria incompleta.

Sendo assim, a problemática é urgente uma vez que muito se fala sobre a vida, mas pouco sobre a morte. Aliás, morte e vida são encaradas como antagônicas, por isso a dificuldade de ultrapassar, discutir temáticas com esse recorte. Pois bem, a morte é uma etapa da vida, localizada no ponto final, pensar desta maneira torna-se um norte para compreender, estudar e identificar a resolução de questões práticas a partir da normatização já existente.

3AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E A TUTELA JURÍDICA

Em busca de garantir a seletividade dos tratamentos terapêuticos em futura incapacidade na manifestação de decidir, surge nos anos sessenta, o que se chama de Diretivas Antecipadas de Vontade, estas foram tipificadas no direito estadunidense, em 1990, no PatientSelf-determinationAct. Esse diploma legal:

Reconhece o direito das pessoas à tomada de decisões referentes ao cuidado da saúde, aí incluídos os direitos de aceitação e recusa do tratamento, e ao registro por escrito, mediante documento, das mesmas opções, prevendo uma eventual futura incapacidade para o livre exercício da própria vontade. (CLOTET, 1993, p. 2).

Embora controverso, as diretivas antecipadas não são destinadas apenas as situações de terminalidade, mas também para determinar quais tipos de tratamentos a pessoa deseja receber em casos de incapacidade superveniente. O testamento vital e o mandato duradouro são instrumentos do gênero DAV's. Nesse sentido, a civilista Maria Berenice Dias (2005, p. 210) afirma que o testamento vital trata-se de “documento público elaborado por alguém plenamente capaz solicitando que nada seja levado a efeito, em caso de doença incurável, em particular as que desconectam do mundo, ou quando o prolongar a vida seja à custa de intenso sofrimento”. O mandato duradouro elege um terceiro de forma prévia para decidir sobre situações supervenientes de saúde, é um procurador sobre assuntos relacionados a saúde (GODINHO, 2016).

Entretanto, o princípio do consentimento informado não pode ser confundido com as diretivas antecipadas de vontade. Tais institutos estão relacionados mas guardam distinção essencial, em que o primeiro “nada mais representa do que receber, no campo da saúde, os princípios informadores da autonomia privada conforme as regras consolidadas pelo direito” (SZTAJN, 2002,p. 32) e o segundo é mais abrangente, com o intuito em atender aos comandos do enfermo que previamente buscou estabelecer ainda em pleno gozo da capacidade os valores, desejos norteadores das decisões no campo da saúde (BEAUCHAMP e CHILDRESS, 2002).

Os profissionais da saúde em atenção as recomendações do Relatório de Belmont devem informar sobre as terapias, tratamentos tradicionais e alternativos quando for o caso, bem como cuidados paliativos que podem ser adotados diante de certa enfermidade. Eleva-se desta maneira o paciente, notadamente sujeito histórico

passivo a condição de se autodeterminar dentre as possibilidades sobre as interferências terapêuticas a serem realizadas.

Apesar de elevar-se ao mais alto grau a capacidade de autodeterminação do paciente, convém esclarecer sobre o privilégio terapêutico. De forma geral, tal fenômeno corresponde a uma omissão por parte dos profissionais da saúde, em situações que a informação prestada na integralidade pode constituir numa provável piora no quadro clínico, ou ensejar um malefício maior, caso não ocorra a supressão acerca dos futuros efeitos a saúde do paciente. Sendo assim, admite-se também a intervenção em casos de risco de vida, e quando não se tenha tempo para pedir autorização ou o paciente poder manifestar sua vontade (DINIZ, 2008).

A problemática travada entre os profissionais da saúde e o enfermo tem a natureza de relação contratual. Porém, torna-se mais complexa que as demais da mesma espécie por envolver princípios bioéticos. Diante da configuração normativa presente no ordenamento jurídico brasileiro, as Diretivas Antecipadas de vontade tem-se apresentado como uma possível solução a ingerências tecnológicas na manutenção da vida com resultados pouco práticos, além de funcionar como documento previamente constituído com diretrizes em casos de superveniente incapacidade (GODINHO, 2016).

Estudos transversais, a aproximação entre o fato e valor protegido, o conhecimento prático e os saberes alheios fazem parte da progressão pretendida na problemática, ora exposta em busca de soluções satisfativas. A reflexão busca analisar a viabilidade prática das diretivas de vontade estabelecidas de forma antecipada no testamento vital ou mandato duradouro, de modo a inaugurar uma visão sistêmica no conflito de interesses repousados na visão legalista em manter a vida, mesmo em casos em que o enfermo está apenas biologicamente vivo.

Dentre desse contexto fático, é notório o descompasso frente uma questão com implicações urgentes de serem sanadas. O direito fundamental a dignidade deve ser respeitada, não apresenta relativizações, inexistente flexibilidade como outros direitos. Por outro lado, o argumento exclusivamente vitalista não possui respaldo frente o núcleo essencial positivado na Carta magna (GONÇALVES E MASCARENHAS, 2016). Até mesmo em sede infraconstitucional, temos o código civil que prescreve em seu art. 15 “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

Ademais, não se pode falar em direitos absolutos em contrapartida observa-se deveres absolutos. Esta questão é facilmente vislumbrada ao se notar a dificuldade em

reconhecer certas demandas, como a validade do testamento vital ou mandato duradouro por ser dever preservar a todo custo à manutenção da vida. Desta maneira, revela-se uma inconsistência lógica pensar na vida apenas pela ótica biológica sem questionar as circunstâncias da fase terminal, representada pela morte digna (MASCARENHAS, 2017).

Por vezes, a ausência de conhecimento leva a uma interpretação distorcida da diretiva antecipada de vontade. Discursos vitalistas, por vezes, enveredados pela ótica religiosa conduzem ao raciocínio que o testamento vital é uma maneira pela via contratual de garantir a legalização do Homicídio. Pois bem, o testamento vital até pode versar sobre futuras implicações nos campos da eutanásia, ortotánasia, mas de forma genérica é apenas uma maneira de garantir a escolha de forma prévia sobre os as intervenções terapêuticas tanto em situação de terminalidade da vida como superveniente incapacidade sem afrontar os limites legais e a lógica bioética do ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 A tutela legal do direito à vida e o direito a morte

O ponto de partida deste estudo é construído na compreensão do direito basilar a vida. Neste âmbito, muitos são os problemas, reflexões, questionamentos envolvidos nesta temática. Para tanto, é preciso se despir de discursos meramente vitalistas, mas também ter muito cuidado com a redução deste supra Direito a noções subjetivas e indefinidas pautadas na qualidade vida sob o prisma garantidor à autonomia da vontade.

Muito se fala sobre a vida, mas pouco sobre a morte, como se esta fosse o seu oposto. Para avançar os estudos, é preciso encarar a morte como uma etapa da vida, localizada no fim da linha temporal, mas sem significar o antagonismo como muitos entendem. Desta maneira, Marie de Hennezel (2013, p. 3) escreve:

Escondemos a morte como se ela fosse vergonhosa e suja. Vemos nela apenas horror, absurdo, sofrimento inútil e penoso, escândalo insuportável, conquanto ela seja o momento culminante da nossa vida, o seu coroamento, o que lhe confere sentido e valor.

Ainda no campo da Antropologia, podemos constatar que o tabu de falar sobre a morte bem como a maneira de encará-la está diretamente relacionado à cultura vitalista pautada na excessiva medicalização, e emprego de recursos na manutenção da vida.

Pois bem, para os hindunistas, especialmente na Índia, acredita-se que deve procurar uma boa morte, de modo que o sujeito voluntariamente aceite-a, como etapa final da vida. Neste sentido, AA.VV apud Adriano Goldinho (2017, p. 7) esclarece que:

entre os Dinka do Sul do Sudão, a morte ideal de um mestre idoso consiste em ele próprio, ainda vivo, presidir aos seus serviços fúnebres- este procedimento rouba à morte o seu poder arbitrário e aumenta a fertilidade e prosperidade da comunidade.

Na sociedade ocidental, a morte ganhou contornos complexos a partir das circunstâncias de enfermidade. Dentro desse contexto, como ocorre a instrumentalização a tutela legal do direito à vida? É possível falar em direito a morte? Como o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos de personalidade e as questões bioéticas estão sendo tratadas para resolver os problemas sobre os atos de disposição da própria vida?

A carta magna no título sobre os direitos e garantias fundamentais, consagra já no caput do art. 5º, a inviolabilidade da vida humana. Desta feita, é uma garantia para assegurar qualquer violação praticada por terceiro com a finalidade de atentar contra a existência da pessoa humana, seja esta agressão proveniente de particular ou poder público. Por outro lado, não se revela um dever de viver a todo custo como uma imposição estatal, mas preceito constitucional em reconhecer e resguardar a vida humana.

É interessante pontuar que tal direito não faz alusão apenas ao estado de vivo biológico mas expande-se para a formatação da dignidade da pessoa humana. Nesta dimensão, tutela-se o direito de existir, de ser, atrelando-o as todas as condições saudáveis à digna manutenção da vida, no que tange a própria autonomia e formatada através do viés social. Infere-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana é um conceito aberto, plural, multifacetado, e em construção para atender a todas demandas relacionadas as circunstâncias religiosas, políticas, éticas, biomédicas, a ser está última o objeto do presente trabalho em consonância aos ditames legais estabelecidos no Código Civil sobre os direitos personalíssimos (PRATA, 2012).

A escolha pelo termo direito personalíssimo foi pautada no pensamento de Santos Cifuentes (1995, p. 197), justificada por ser mais clara, menos ambígua e indicativa. Em definição, entende ser “direitos subjetivos privados, inatos e vitalícios, que tem por objeto manifestações interiores da pessoa e que, por serem,

extrapatrimoniais e necessários, não podem ser transmitidos nem dispostos de forma absoluta e radical”.

Como nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida, uma vez que existe situações¹² em que será suprimida, questiona-se: a relativização ocorrerá apenas a condutas de terceiros atentatórios a inviolabilidade humana? Pois bem, o presente trabalho busca pesquisar justamente se com os devidos resguardos, o titular não poderia escolher segundo seus valores em casos de superveniente incapacidade ou estados de terminalidade por fim a vida ao se fazer cumprir as diretivas antecipadas de vontade.

Neste panorama, consolidou-se no ordenamento jurídico a aproximação entre Direito e ética, de modo a ser também permeável aos valores morais. Tudo isso para tentar solucionar a complexa problemática do direito à vida. No entanto, ainda é muito forte os discursos fomentados pela sacralidade, com o viés religioso a ponto de contaminar a evolução do debate na busca por soluções dos crescentes conflitos éticos relacionados aos aspectos da saúde (GONÇALVES e MASCARENHAS, 2015).

Desta maneira, a ideia de absoluta inviolabilidade da vida e a qualidade desta devem ser sopesados, pois escolher uma ou outra via é excluir valorações importantes para solucionar a problemática. Isso porque, pautar-se apenas na qualidade de vida humana, trará consequências drásticas, a ponto de formular a premissa que terá pessoas dignas e outras menos dignas ou não dignas (GODINHO, 2016). E, o princípio da dignidade da pessoa humana representa um núcleo duro para preservar e salvaguardar qualquer limitação ao direito à vida, de modo que todos os sujeitos são dignos independentemente da condição clínica. Infere-se, portanto, não existir direito sobre a vida, mas sim direito à vida.

Para além da inviolabilidade, é irrenunciável o direito à vida, ainda que parcial não é possível a supressão deste direito. Logo o consentimento pelo próprio sujeito de direito para realização de qualquer ato atentatório a sua existência não possui validade alguma. Tanto é assim que o Código Penal pune o auxílio ao suicídio, e os atos praticados contra o desenvolvimento da vida intrauterino mesmo quando consentido.

Ao percorrer esta linha argumentativa, pode-se entender que não existe um direito a morte. O fato de a vida ser relativizada em certas circunstâncias, bem como o

¹²A pena de morte, o estado de necessidade e a legítima defesa são situações legais em que ocorre a relativização do direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro.

direito à morte digna, defendida por alguns doutrinadores¹³, não possui o condão de proclamar o direito de morrer. Assim, o presente trabalho volta-se ao cumprimento das diretivas antecipadas de vontade apenas nas situações em que for inútil a intervenção terapêutica por se tratar de estado vegetativo permanente (EVP), ou impossibilidade de reversão do quadro clínico, quando tais sujeitos de forma prévia tenham escolhido segundo suas crenças o modo como queira ser tratado nesta etapa da vida.

Assim, o direito à vida dentre os atributos já elencados é também indisponível. Embora existam diversas formas de aproveitamento com a relativização de tais características que compõem este direito basilar, a supressão ao direito a vida é vedada. Desta maneira, Gonçalves (2008, p. 88) afirma “só tem relevância jurídica os elementos da personalidade que consubstanciem, desenvolvam ou facultem a plenitude ontológica da pessoa, a sua absoluta realização final”.

Então, inexistente o direito subjetivo a morte, assim como também não se tem o dever de viver a todo custo. A prática de suicídio embora não seja tipificada assim como a ausência de punição em caso de tentativa frustrada, não é considerado lícito. Ademais, como ensina Pádua (2005, p. 271) “nem tudo que não é sancionado anda pelos caminhos da licitude”. Desta maneira, a prática do suicídio corresponde mais a uma liberdade não punida pelas normas jurídicas que uma faculdade assegurada pelo Direito. Tanto é assim que impedir alguém de cometer aborto, suicídio não provoca nenhuma violação ao direito da pessoa que buscava efetuar tais práticas.

Infere-se, portanto, que a vida tem dimensão extraindividual e objetiva, a qual deve ser assegurada independentemente da vontade de seu titular. Este viés conferido ao direito à vida converge para os interesses e valores comunitários, até porque este caráter misto de ter a esfera da liberdade representado pela autodeterminação mas também moldar e limitar esta autonomia é fundamental para conservar o núcleo duro deste supra direito.

¹³ Os doutrinadores argentinos, por exemplo, defendem de forma uníssona a morte digna, tanto é assim que neste país apresenta a lei 26.742/2012, intitulada lei da morte digna.

3.2 Autonomia da vontade e a decisão sobre a terminalidade da vida

É certo que a compreensão da autonomia privada ganhou contornos e transformações profundas a partir do século XIX¹⁴. O caráter voluntário e estritamente individualista era o valor primordial, de modo a ser o perfil dos contratos estabelecidos até as codificações oitocentistas do século XIX. Observadas tais peculiaridades, Paolo Gallo (2007, p. 263) entende ser:

Certo é que a autonomia privada não pode significar direito indiscriminado de lesar os outros, de desfrutar da ignorância alheia, da boa-fé, ou ainda de impor condições iníquas ou vexatórias. O contrato deve ser o máximo possível equânime e correto, mas ao mesmo tempo livre.

Então, resta-se evidente que autonomia da vontade não é um campo irrestrito, haja vista a formatação da autonomia privada para regular esse livre-arbítrio. Tal remodelamento opera-se em virtude da constitucionalização, a luz dos direitos sociais e nuances do contemporâneo sistema jurídico. Neste contexto, autonomia privada e autonomia negocial são expressões muito utilizadas para representar as diversas manifestações exteriorizadas da vontade. Sobre tais aspectos, cabe salientar a crítica de Pietro Perlingieri a fim de distinguir uma da outra, já que a autonomia negocial é (2007, p.338):

Capaz também de se referir às hipóteses dos negócios com estrutura unilateral e dos negócios com conteúdo não patrimonial. Querendo, pois, propor um conceito como o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados e públicos, ainda que não necessariamente próprios.

A relevância de entender o atual contexto da autonomia da vontade, autonomia privada e expressões correlatas é essencial para construção dos tipos contratuais. E como as pessoas tem realizado uma gama de combinações com distintos efeitos, urge pensar como o Direito Brasileiro, com as normas jurídicas já existentes pode solucionar os conflitos advindos dessas modalidades contratuais exóticas, já que os assuntos tratados nos contratos não são todas vezes estritamente jurídicos ou regulados pelo

¹⁴A Revolução Industrial foi um dos acontecimentos que forneceu uma nova roupagem a autonomia da vontade, pois a exploração da mão de obra, com jornadas de trabalhos excessivas, sem direito a descanso ou equipamentos de proteção despertou a necessidade em relativizar os contratos estabelecidos entre o empregador e empregado e a ordem instituída em que existe uma igualdade formal entre os indivíduos.

poder público. As diretivas antecipadas de vontade, objeto do presente trabalho é um dos questionamentos, alicerçados sob a ótica do viver e morrer com dignidade.

Dentro desse panorama, vislumbra-se o direito à autodeterminação, mais especificamente no campo da saúde compreende o consentimento informado. Nesta perspectiva, o enfermo enquanto sujeito de direito, detém o poder de escolha sobre o tratamento terapêutico, bem como rejeitar se submeter a intervenções cirúrgicas que represente indevida intromissão a integridade física. Infere-se, portanto que o conceito de autonomia está atrelado a capacidade da pessoa de autorrealizar e escolher dentro de condições válidas o exercício da sua vontade.

Nesta linha de raciocínio, os efeitos da autonomia da vontade do paciente também encontravam obstáculos diante do antigo modelo paternalista. Neste, a eleição dos tratamentos terapêuticos era uma questão de ordem exclusiva dos profissionais da saúde, sequer os familiares tinham como eleger outras formas para a possível cura do enfermo. O poder destes profissionais era tão grande que não havia um questionamento nos cuidados adotados, não existia, portanto, a judicialização dessas demandas (SZTAJN, 2002). Atualmente, o enfermo não é mais sujeito passivo, por isso, os cuidados em informar o quadro clínico bem como as medias terapêuticas que podem ser utilizadas.

Não se pretende afastar o conhecimento técnico dos profissionais da saúde, a ciência para diagnosticar as moléstias, e a necessidade destes na reversão de quadros clínicos “graves”. De forma mais estrita, a prática médica deve apenas ser compassiva, a permitir quando possível, a atuação do enfermo de maneira ativa na escolha dos cuidados referentes à nutrição, manutenção da pressão, regulação hormonal e todos os tratamentos terapêuticos necessários. Em contrapartida, para garantir esta atuação mais ativa do enfermo, é necessário não responsabilizar os profissionais envolvidos em cumprir fielmente tais diretrizes explicitadas em situações de doença terminal, demências avançadas¹⁵.

A conjuntura de um perfil mais atuante do paciente já é temática inserida nas grades curriculares de cursos da área da saúde. A mudança deve em grande parte ao acesso maior a informação, o conhecimento jurídico, além da crescente difusão nas mídias impressas e na rede mundial de computadores sobre o fomento de papel

¹⁵A ausência de comitês de ética para solucionar casos complexos adicionado a ausência de regulamentação específica sobre as diretivas antecipadas de vontade provoca uma insegurança jurídica nos profissionais de saúde em cumprir o testamento vital ou mandato duradouro.

participativo nas questões que envolvem a saúde do paciente, principalmente nos casos conhecidos como “críticos”.

Como se pode observar, dentro do campo da saúde, o consentimento informado¹⁶, esclarecido e livre é imperativo de boa ética profissional. Assim, o médico e outros profissionais da saúde devem informar de maneira acessível, clara e objetiva o quadro clínico do paciente, bem como analisar se a manifestação do enfermo corresponde a sua íntima vontade, pois o efeito de medicamentos e manipulações externas são fatores a cercear a autonomia do paciente.

Diante de todo o exposto, a doutrina remansosa destaca o conteúdo jurídico da autonomia privada diferentemente da concepção clássica anteriormente adotada na concepção filosófica kantiana. Data vênua, os direitos extrapatrimoniais como a segurança do próprio corpo não podem sofrer a ingerência estatal a ponto de se ferir as liberdades constitucionais destinadas a assegurar a plena dignidade da pessoa humana (PRATA, 1982).

Postas estas premissas balisares sobre a autonomia da vontade, urge-se questionar sobre as decisões de terminalidade da vida. Para tanto, seria a morte o único caminho para aplacar a dor e sofrimento dos enfermos? O grevista de fome e o paciente Testemunha Jeová que recusa a transfusão de sangue podem ser fundamentos para que o indivíduo de forma prévia, esclarecida e capaz declare as diretrizes a serem seguidas no campo da saúde em superveniente incapacidade?

A evolução da medicina, principalmente na área oncológica permite diante da impossibilidade de cura, a continuação da vida com o mínimo de dignidade. Os cuidados paliativos e amparos clínicos realizados com a finalidade de impedir a obstinação terapêutica são, portanto, condutas que para VILLAS-BÔAS (2005, p.50)“visam ao conforto do paciente, sem interferirem propriamente na evolução da doença”. Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina através da Resolução

¹⁶ Fernando Scaff (2006, p. 124) em brilhante tese, elucida que “Com a imposição de que seja obtido tal consentimento informado, o objetivo visado é, sobretudo, a garantia de respeito a um verdadeiro e próprio direito da personalidade do paciente, protegendo, em especial, a sua liberdade e o respeito à sua intimidade, identificadas na possibilidade de que, eventualmente, seja por ele recusada realização de uma intervenção de natureza médica proposta e com a qual não concorde- por razões éticas, religiosas, pelo receio das consequências do risco de sequelas ou por qualquer motivo, declarado ou não -, mesmo que exista efetiva e real recomendação técnica para que se realize o tratamento proposto pelo especialista. Nesse sentido, a necessidade de que se obtenha o consentimento informado do destinatário dos cuidados médicos significa que lhe sejam garantidas, dentre outras, as faculdades de escolher os recursos médicos disponíveis, de recusar um tratamento proposto e de ter conhecimento prévio acerca dos riscos e das consequências que advirão da ocorrência de uma determinada intervenção clínica, cirúrgica, ou laboratorial, ou então da ausência dela.

1.805/2006, juntamente ao Código de ética médica determina essa postura pautada nos cuidados paliativos para atender o enfermo e sua família, a compreender assim cuidados físicos, psicológicos e até espirituais, pois como se tornou frequente afirmar nos corredores de hospital “quando não há mais o que fazer, há muito o que se fazer”.

Diante dessa trincheira dignidade da pessoa humana e qualidade de vida surge a problemática das decisões sobre a terminalidade da vida. Para adentrar nesta perspectiva, é salutar entender o que foi considerado para fins de pesquisa como terminalidade¹⁷, para não confundir enfermo em estado grave de saúde com aquele que está na iminência da morte. Também não configura estado inevitável de morte, o enfermo que debilitado, acometido por doença crônica ou com severas limitações para atividades cotidianas.

Assim, quanto ao paciente terminal é indiscutível os caminhos nessa trajetória da vida, qual seja, a eutanásia, a ortotánasia e a distanásia. A primeira modalidade apresenta muitas subclassificações mas de forma genérica é o ato de abreviar a vida, a ponto que arrisca dizer ser “morte sem dor, sem sofrimento desnecessário. Atualmente, é entendida como uma prática para abreviar a vida, a fim de aliviar ou evitar sofrimento para os pacientes” (Batista, Barreto e Miranda, 2009, pag. 54). Infere-se, portanto, numa conduta pontual para pôr fim a vida.

Entre o matar e deixar morrer temos o direito à morte digna e as situações de terminalidade de vida. Desta maneira, entende-se por ortotánasia, a partir da visão de Barroso e Martel (2012, p. 25-26) ser:

Morte em seu tempo adequado, não combatida com os métodos extraordinários e desproporcionais utilizados na distanásia, nem apressada por ação intencional externa, como na eutanásia. É uma aceitação da morte, pois permite que ela siga seu curso. É prática sensível ao processo de humanização da morte, ao alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos com aplicação de meios desproporcionados que imporiam sofrimentos adicionais.

Para além do matar e deixar morrer, temos também o prolongar da morte, prática vedada de forma uníssona para a comunidade acadêmica, profissionais da saúde e Estados de Direito. Sendo assim, consiste em processo infrutífero de refrear a morte, tal fato ocorre devido a manutenção apenas do estado de vivo biológico, para exemplificar, podemos citar o estado de falência múltipla de órgãos, nestes casos é incontestado o fim da

¹⁷ É o critério que estabelece o fim da vida pelo período dos próximos seis meses, apesar de muito severo e ser entendido como um diagnóstico com precisão imbuída de arbitrariedade por parcela de estudiosos, ainda assim é muito utilizada entre os profissionais da saúde.

vida, porém as inações orgânicas podem ser contornadas através de equipamentos que artificialmente realizam as atividades desempenhadas pelo corpo humano.

Neste sentido, com inúmeros mecanismos para manter a vida, ou melhor, a sobre vida, Maria Elisa Villas-Bôas (2000, p.45) destaca:

Tem-se os ventiladores mecânicos para suprir a falência respiratória, após manobras de reanimação cardiorrespiratória; drogas cardiotrópicas para fazer o coração recalcitrante continuar a bater, métodos dialíticos para assumir a função dos rins quando estes já não funcionam...Apenas o sistema nervoso ainda não pode ser substituído, razão por que configura atual critério médico e jurídico de morte.

A necessidade de explicar esses caminhos supracitados ao fim da vida reflete o fenômeno da morte medicalizada, pois a morte natural passou a ser a exceção. A terminalidade da vida tem o seu momento natural, apesar não existir um CID específico para registrar tal momento, o que se observa, por vezes, é o retardamento desta. Não obstante, pode ocorrer o abreviamento também, porém, o presente trabalho em consonância a Resolução 1995/2012 do CFM entende legítima a prática da ortotánasia.

As decisões sobre processo natural até o evento morte quando norteadas pelos cuidados paliativos não devem ser ignoradas, quiçá confundidas com a prática de eutanásia¹⁸. Desta maneira, a Resolução 1995/2012 já no art. 1º demonstra-se favorável as condutas do deixar morrer instrumentalizadas pelas DAV's ao prescrever que “ o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

No entanto, as incongruências entre o deixar morrer e o matar ainda são empecilhos para atuação do profissional da saúde em sede de situações de terminalidade de vida. Muito embora, instituições de referência do mundo, e até mesmo a Igreja Católica já tenham se manifestado sobre os cuidados paliativos, cuidados estes diretamente relacionados a prática ortotanásica e defendidos pelo CFM nas circunstâncias em que o curar é inviável, a restar apenas o cuidar, de modo a considerar as diretrizes escolhidas pelo paciente antes de culminar em estado crônico-degenerativo, a legislação ainda não admite a prática de ortotánasia.

Como pode-se observar, o deixar morrer é compromisso humanitário e ético do profissional da saúde. Assim, as decisões sobre a terminalidade de vida dentro do

¹⁸ A ação Civil Pública nº2007.34.00.01489-3, proposta pelo Ministério Público Federal contra o CFM, confundiu a eutanásia passiva com a ortotánasia.

panorama contemporâneo é otimizar os recursos de saúde disponíveis e atender dentro de certos parâmetros estabelecidos os desejos do paciente. Para compreender essas decisões sobre o processo natural da morte é salutar observar a capacidade de manifestar¹⁹ a vontade, bem como a forma que foi elaborado o documento.

3.3 A instrumentalização jurídica entre o testamento vital e o mandato duradouro

No ordenamento jurídico brasileiro não existe lei específica para regular as diretivas antecipadas de vontade. Muito embora esta ausência também esteja relacionada aos poucos estudos sobre a temática, analisar as diretivas antecipadas de vontade é estudar o processo de autonomia da declaração de acordo com as condicionantes, a citar: autodeterminação, competência, capacidade cognitiva, bem como a ausência de qualquer manipulação, e até mesmo paternalismo em decisão sobre a terminalidade de vida.

Desta feita, o testamento vital, também denominado testamento biológico, testamento de vida ou testamento do paciente é instrumento de diretiva antecipada de vontade. Laura Ferreira dos Santos (2011, p.47) elucida de forma brilhante os conceitos distintivos de DAV's para testamento Vital e mandato duradouro²⁰. Assim, é preciso

¹⁹ Pois crianças, e demais pessoas civilmente incapazes no plano jurídico podem estar na condição de enfermo, de modo a querer fazer uso das diretivas antecipadas de vontade para manifestar os seus desejos em situações de terminalidade de vida. Assim, deve-se ter em mente que tal situação não seria uma emancipação, mas apenas o gozo da capacidade natural.

²⁰Testamento Vital é a tradução portuguesa mais comum da expressão americana living Will. Nos Estados Unidos da América, o termo living will abrange habitualmente apenas uma declaração ou diretiva antecipada de tratamento elaborada tendo em vista a circunstância futura em que a pessoa já não se encontra capaz de decidir sobre os tratamentos que deseja ou não receber, embora também possa por vezes ser entendida como incluindo a pessoa de confiança a quem antecipadamente tínhamos dado poder para nos representar quando essas circunstâncias ocorressem. Em inglês, a esta procuração chama-se um durablepowerofattorney, medical powerattorney, ou a proxy directive. Em português tem-se usado a expressão “procurador de cuidados de saúde”. De qualquer modo, nos Estados Unidos, em sentido estrito, um living will é algo independente da nomeação do procurador de cuidados de saúde, relacionando-se apenas com os tratamentos a que a pessoa deseja ou não submeter-se na circunstância de perder a capacidade decisional. No caso de querer dar mais hipóteses a que de fato as suas vontades sejam respeitadas, essas vontades não deverão apenas ser comunicadas oralmente- aos familiares ou ao médico pessoal-, mas encontrarem-se expressas em um documento escrito. Nos Estados Unidos, advancedirectivas (diretivas antecipadas) é uma expressão genérica, não se especificando se estamos perante uma diretiva que, em simultâneo, é uma declaração antecipada de tratamento e uma nomeação de um procurador de cuidados de saúde, ou se refere apenas a um dos aspectos mencionados. Uma diretiva antecipada é assim “uma declaração (...) sobre o tipo e amplitude ou alcance do tratamento que se desejaria ter, na assunção de que se pode vir a ficar incapaz de participar na elaboração de uma decisão sobre tratamento quando essa necessidade surgir (...)”. De um modo mais preciso, esta diretiva antecipada “pode nomear uma pessoa para tomar decisões em nosso nome, dar instruções sobre os tratamentos que deveriam ou não ser fornecidos, ou fazer ambas as coisas”.

esclarecer sobre a imprecisão do termo testamento Vital, uma vez que este não tem por objetivo produzir efeitos pós-morte, mas sim uma eficácia inter vivos.

Ademais, pode-se questionar sobre a validade temporal relacionada aos efeitos da declaração de vontade e possibilidade de novos tratamentos a época. Para sanar tais problemas, alguns países estabeleceram limites temporais para a produção dos efeitos da vontade antecipada na modalidade testamento vital. Assim, a França estabeleceu o prazo de três anos, enquanto Portugal cinco anos. Tudo isso para garantir que as inovações biotecnológicas desenvolvidas não deixem de ser aplicadas por conta de uma deliberação tomada em época que não existia novas formas de tratamento ou paliativos.

Nesta linha de raciocínio, é salutar também destacar durante a confecção do documento a manifestação de diretrizes e princípios que embasam a presente declaração. Tal medida tem por escopo tentar captar a íntima vontade deliberada em sede de documento escrito com as devidas formalidades já existentes para outros institutos. Desta maneira, o consentimento informado deve ser livre, prévio, e espontâneo, sem qualquer erro, dolo, coação, pois fazer tal manifestação de vontade já em estado crônico ou avançado de doença, ou quando se foi abandonado pelos entes queridos possui intrínseca mácula ao caráter de expressão personalíssima.

Para, além disso, é extremamente importante verificar na confecção do testamento se as manifestações são autênticas bem como higidez mental do interessado. Assim, a necessidade de testemunhas para confirmar a circunstância de ser ato livre e desimpedido é essencial ao feito²¹. Alguns países formulam modelos para ajudar na declaração de vontade, a citar como instruções o aconselhamento de um profissional da saúde antes de redigir o testamento vital. Como tal medida trata-se de aconselhamento, não é obrigatória a exigência de médico para expressar e formular esta modalidade de diretiva antecipada de vontade.

Diante destes primeiros apontamentos, pode-se questionar sobre a mudança de consentimento informado. Ora, pode-se aplicar por analogia, o dispositivo previsto no art. 1.858 do Código Civil em que “o testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo”. Então, pode-se revogar, e como trata-se de documental formal, escrito, a modificação ou revogação do mesmo deve ocorrer da mesma forma, ou até pela própria destruição do documento. Entretanto, tais entendimentos provêm de fontes legais já existentes em nosso ordenamento para regular situações diversas mas

²¹ As testemunhas devem ser em número de três para reforçar a vontade declarada e totalmente desinteressadas ou sem vínculo de 1º e 2º grau do interessado sob pena de invalidar o documento.

não deixam de ser sólidos subsídios para construir soluções válidas e eficazes para as delicadas situações que envolvem o direito de morrer dignamente.

Em razão das analogias realizadas, Resoluções emitidas pelo CFM e próprio Código de Ética Médica infere-se que a ausência de norma legal específica não é justificativa para não reconhecer o testamento vital. Os princípios e normas jurídicas já existentes no ordenamento permitem a formatação, validade e produção de efeitos desta modalidade de projetar dentro de certos parâmetros a vontade para casos de superveniente incapacidade na declaração.

Noutro contexto, para além de Testamento Vital, temos o Mandato duradouro como modalidade de DAV's. Este instrumento pode ser conceituado como

um documento no qual o paciente nomeia um ou mais "procuradores" que deverão ser consultados pelos médicos, em caso de incapacidade do paciente – terminal ou não, quando estes tiverem que tomar alguma decisão sobre o tratamento ou não tratamento. O procurador de saúde decidirá tendo por base a vontade do paciente (PENALVA, 2009, p.55-56).

O instituto não pode ser confundido então com a indicação de curador para os casos de incapacidade, pois curador nesta ocasião apenas irá realizar a gestão dos bens. Sendo assim, também é modalidade de diretiva sem legislação específica, muito embora não tem nenhum dispositivo que expressamente o proíba, afinal, não existe qualquer empecilho nos artigos que regem a representação (arts. 115 a 120) e o mandato (arts. 653 a 692) no Código Civil. A exemplo do Testamento Vital, o Mandato Duradouro já foi considerado por normas não jurídicas, a citar Portaria 1.820/2009²², editado pelo Ministério da Saúde.

Apesar do suposto perigo de confiar a terceiros as decisões na terminalidade de vida em caso de incapacidade, é imprescindível que tal declaração se coadune com os desejos do paciente, sob pena de não ser cumprido. Esta flexibilidade de não precisar as circunstâncias deve ser vista como ponto positivo, a permitir ao mandatário a escolha de tecnologias que poderão ser empregadas na manutenção da saúde do enfermo (PRATA, 2012)

Sendo assim, o procurador por ser o responsável nesta fase final da vida, deve ser pessoa capaz e ter aceitado a incumbência oferecida. A forma do instrumento por uma questão de segurança jurídica e em analogia as regras já contidas em nosso

²² art. 5. Toda pessoa deve ter seus valores, cultura e direitos respeitados na relação com os serviços de saúde, garantido-lhe: (...) VII- a indicação de sua livre escolha, a quem confiará a tomada de decisões para a eventualidade de tornar-se incapaz de exercer sua autonomia.

ordenamento, deverá ser reduzido a escrito, e preferencialmente lavrado de forma pública para assegurar de qualquer distorção.

4 A APLICABILIDADE DA TEORIA DOS JOGOS NO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA

A tomada de decisões na esfera contratual impõe escolhas estratégicas para alcançar ao final da transação o maior payoff possível. Assim, o presente trabalho com uma análise objetiva, a partir do pressuposto que a escolha é dotada de racionalidade²³, muito embora esta racionalidade seja limitada, busca compreender o comportamento do segurado, segurador bem como o papel do Estado manifestado através do ente regulador e atuação do judiciário, a revelar com esta última as facetas ex-post da regulação coordenativa.

Os debates sobre a estrutura institucional revelam a preocupação em promover o estado de bem-estar coletivo. Nesse sentido, a eficiência é conceito importante de ser compreendido pois apresenta uma análise dúplice -subjéctiva e objetiva- ao considerar os benefícios e custos como também os sujeitos envolvidos na transação de contrato de seguro de vida. Em linguagem jurídica, há distinção entre eficiência, eficácia e efetividade, mas como apenas o primeiro termo nos interessa neste trabalho, torna-se interessante elucidar o conceito por Pimenta (2006, p. 145) ao afirmar que:

O direito, como variável economicamente relevante, deve procurar moldar a conduta dos agentes econômicos de forma que os bens e serviços fiquem na propriedade daqueles que não estariam dispostos a cedê-los nem pela compensação financeira que receberiam por isso. A legislação é economicamente eficiente se aloca os bens e serviços para aqueles indivíduos que os valorizam a ponto de não estarem dispostos a abrir mão deles se lhes for oferecido o seu valor em dinheiro. Visto de outro ângulo, esse padrão de eficiência da legislação se verifica quando esta, diante de um eventual conflito de interesses, soluciona-o de forma que os ganhos para o vencedor do conflito sejam maiores do que as perdas para o sucumbente.

²³É cediço notar que o desenvolvimento e aproximação da psicologia, economia, medicina, política, direito tornou possível perceber através de uma análise subjéctiva (não objeto desse trabalho) a influência da emoção sob o medo irracional. Não obstante, a forma como a informação é repassada, o grau de instrução do público a quem está é direcionada são fatores caracterizadores da chamada “cascata de disponibilidade”, Kahneman explicita ser (pag.181, 2017) “uma cadeia de eventos autossustentável, que pode começar de notícias na mídia sobre um evento relativamente menor e levar ao pânico público e ação governamental de larga escala”. Desta maneira, o autor partilha também da crença em que os responsáveis por elaborar, conduzir e executar as políticas públicas devem estar atentos a esta carga subjéctiva pois não é suficiente a busca por proteção aos perigos, mas também reconhecer a influência dos medos provocados nas condutas dos agentes. Afinal, quando ocorre uma vinculação excessiva de certa matéria, o público interpreta a informação olhando apenas para o numerador, a esquecer o denominador e por consequência a probabilidade de ocorrência do evento fatídico.

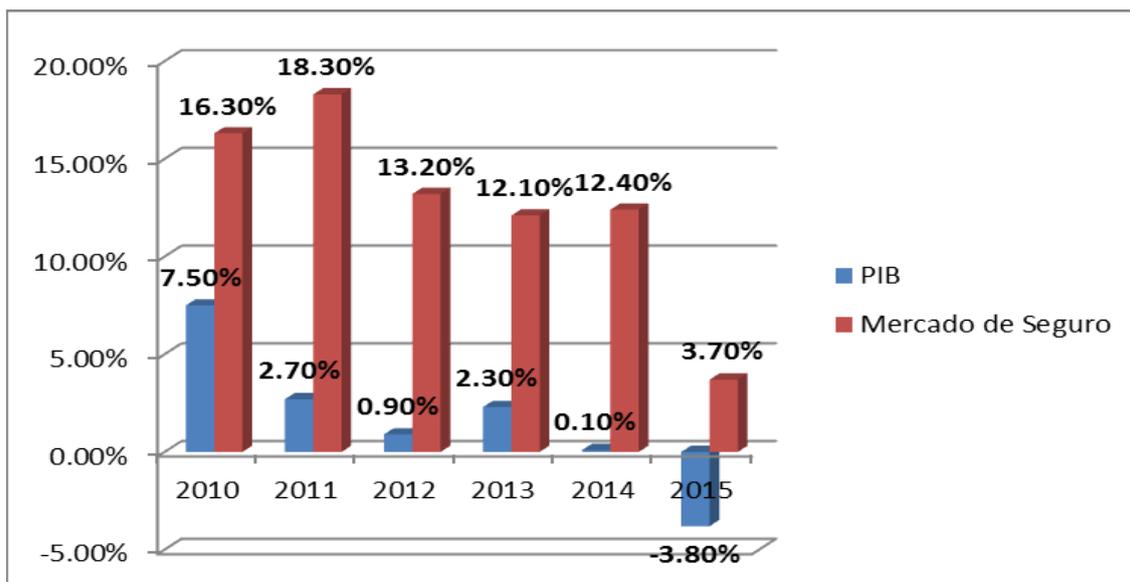
Desta maneira, sob a análise econômica do Direito não é possível aferir o certo e o errado, o justo e o injusto. Apenas a eficiência é um parâmetro para auxiliar sobre o que é melhor para sociedade, pois os recursos são escassos e os esforços para produzir uma unidade produtiva não devem causar prejuízos ou serem “desperdiçados”. Assim, a Teoria dos jogos elenca as formas de comportamento cooperativo e coordenativo como mecanismos para averiguar se a transação realizada reproduz a eficácia almejada, qual seja, o melhor equilíbrio para as ambas as partes (BUGARIN e BUGARIN, 2015).

É cediço que a operação econômica do contrato de seguro de vida concentra-se no risco entabulado pelos perigos e incertezas do cotidiano. E para resguardar de um superveniente sinistro, o segurado elege os terceiros beneficiários, a condição e abrangência do prêmio. Os agentes também chamados de jogadores negociam, discutem e finalizam o acordo através de documento formalizado, neste caso representado pela apólice.

Apesar de ser uma relação contratual, não se deseja consumir o objeto do seguro de vida em sua integralidade. Desta maneira, pressupõe jogo do tipo cooperativo, pois Segurado e segurador atuam de forma colaborativa, a estabelecer compromissos que os vinculem e regulem (MASCARENHAS, 2017). Sendo assim, até mesmo o cumprimento de diretiva antecipada de vontade poderia ser transacionado sem a necessidade de uma intervenção externa. Salienta-se a comunicação durante as tratativas como uma forma de conjuntamente produzir a melhor solução.

É evidente que a assimetria de informação assume o protagonismo na relação contratual de seguro de vida referente às escolhas sobre a “melhor cobertura”. Muito embora a informação imperfeita, o Segurador através de um compartilhamento de banco de dados, análises de mercado e estratégia para alcançar o payoff diferente de zero, busca ao estabelecer o valor do prêmio e na quantidade de pessoas que aderiram ao seguro dissolver os riscos. Trata-se de jogo com informação imperfeita, uma vez que a Seguradora não sabe as outras jogadas, pouco menos a real intenção do segurado de pactuar o seguro de vida. Além de imperfeita, também é incompleta ao que tange o conhecimento do segurado sobre as estratégias e recompensas que deseja obter. Apesar de todas essas circunstâncias é seguimento empresarial com crescimento vertiginoso, como podemos constatar ao compararmos com o PIB (Produto Interno Bruto), conforme o gráfico a seguir:

Figura 1-Relação entre crescimento do mercado de seguro versus PIB entre os anos de 2010-2015



Fonte: Igor Mascarenhas, (2017, pag.73)

Não obstante essas peculiaridades, a cooperação não deixa de prevalecer neste jogo contratual. Com isso, pode-se surgir o seguinte questionamento: a teoria dos jogos possui a aplicabilidade com modelos de informação imperfeita? Então, como o segurado responde a um questionário objetivo, mesmo com a assimetria informacional as condições estão pré-estabelecidas, e para as situações não arbitradas ex ante, critérios são pactuados para solucionar supervenientes problemas, numa demonstração clara de que a cooperação é a melhor estratégia para execução de contrato incompleto, sobretudo diante das situações em que possa ocorrer excessiva onerosidade ou inadimplemento no dever de determinação da lacuna, conforme já fora discutido no primeiro capítulo deste trabalho.

Diante deste contexto apresentado, a busca pelo equilíbrio é um dos objetivos perseguidos desta teoria. E ainda que tenha restrições, ao deter-se no sentido objetivo, a considerar determinadas variáveis em certa quantidade de eventos, a teoria dos jogos auxilia a construir e explorar as condutas estratégicas adotadas pelos agentes. Logo, fornece bons indicadores de parâmetro na construção desta interação econômico-contratual pois “se elimina muitos dos fatores que poderiam dificultar uma análise mais apurada que se objetiva descrever” conforme extrai-se na lição de Fernando (2010, p. 70).

Apesar de a modalidade contratual discutida neste trabalho ser o de adesão, por maximizar e atender as demandas em massa, é necessário estruturar as estratégias cooperativas, não cooperativas e ações coordenativas tomadas pelo Estado. Para explicar, tal complexidade Fernando Araújo (2007, p. 51) expõe:

O contrato não é, pois, nos termos simplificadores e esclarecedores da teoria dos Jogos, uma investigação espontânea de saída do estado de ‘não-contrato’ e de desconfiança generalizada que caracterizaria o ‘estado hobbessiano’: é uma via que exige deliberação, assunção de uma margem de risco e sujeição universal a quadros valorativos e normativos que incentivem a contratação. Em suma, em termos estratégicos é o ‘não-contrato’ que predomina.

Diversos são os tipos de jogos, por ser objeto deste trabalho o contrato de seguro de vida, sabemos que se trata de um jogo sequencial. Nesta modalidade de jogo, é possível saber a decisão do outro jogador antes de tomar a sua. Em termos práticos, o segurado sabe as ofertas disponíveis pela seguradora e pautado na racionalidade irá escolher o que melhor se adapte a sua realidade, a gerar assim o maior payoff. O valor estratégico de ter o conhecimento sobre o que será melhor para si pode criar mecanismos para que o segurado se favoreça diante dos movimentos estratégicos que podem acontecer até celebrar finalmente o contrato (BUGARINe MENEGUIN , 2015)

É importante destacar que toda essa análise está ainda no campo microeconômico. Assim, concentram-se apenas nos conceitos e questões já trabalhadas no primeiro capítulo, a saber: a restrição orçamentária dos jogadores-agentes, as preferências do indivíduo, a escolha ótima e a problemática das externalidades. No entanto, a teoria do jogo também apresenta o viés de auxiliar numa regulação ótima tanto ex ante como ex post. Em linhas gerais, pesquisa e desenvolve os efeitos dos entes reguladores, ações do poder executivo e legislação vigente em confronto as decisões judiciais, a sinalizar as maneiras de intervenção em busca do estado de bem-estar coletivo.

4.1 A coordenação da susep

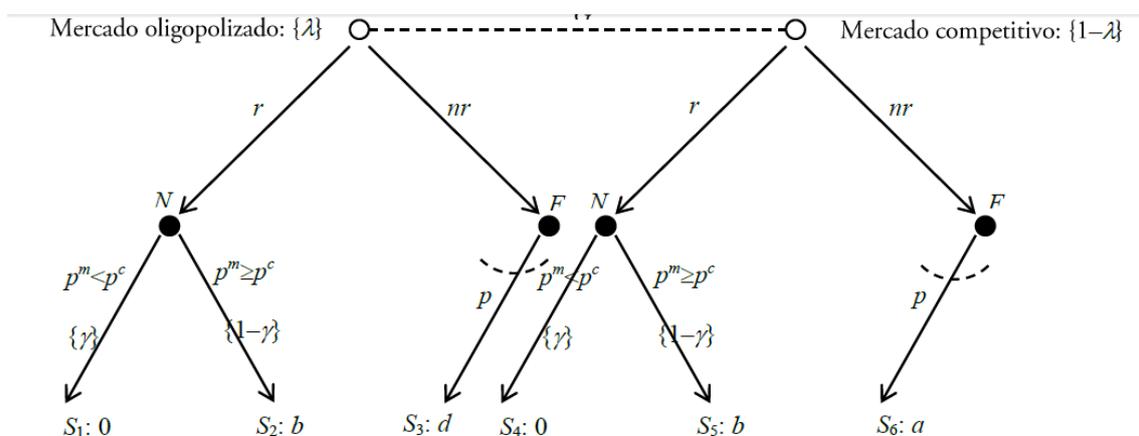
A Susep é uma autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda embora esteja em tramitação projeto de lei sob número 5277/16 para transformá-la em agência reguladora do setor. Por meio de publicação de circulares, coordenam as práticas da atividade securitária, a definir as regras de capitalização, condições gerais²⁴. Desta maneira, a Susep atua como “agente regulador” (A) para garantir que não ocorram oligopólios e o mercado seja competitivo, de modo a criar o parâmetro para os valores praticados na

²⁴São direitos e deveres estabelecidos pelas normas do contrato. Essas normas são aprovadas pela SUSEP e devem estar de acordo com a nota técnica do produto adquirido.

atividade securitária, a estabelecer indiretamente através da aprovação das normas básicas do seguro, o preço máximo (p_m) permitido diante das condições apresentadas.

Se não existisse tal regulação, as seguradoras iriam definir suas condições, preços, responsabilidade, o mercado então poderia ser oligopolizado (γ), ou não oligopolizado ($1-\gamma$). Para simplificar, segue o esquema abaixo em que foi considerada apenas uma seguradora, de modo que o tracejado revela as possibilidades para escolha do seguro. No entanto, para fins didáticos deste trabalho, iremos analisar apenas uma destas possibilidades. Vejamos então a imagem abaixo:

Figura 2 -Jogo de regulação da Susep



Fonte: Bugarin e Meneguim (2015, p. 11).

As situações acima exemplificadas revelam o que pode ocorrer com as seguradoras e conseqüentemente os impactos sobre o bem-estar coletivo. Para tanto, os resultados de cada situação, podem assim ser sintetizados:

- Na situação (S_1), o preço de mercado é inferior ao preço competitivo ($p_m < p_c$). Desta maneira, o valor do prêmio pago pelo segurado não é suficiente para cobrir todos os custos de produção, a levar a extinção das seguradoras. Com isso o bem estar é nulo pois não se tem a oportunidade de consumir.
- Na situação (S_2), o preço de mercado é igual ou maior ao preço competitivo ($p_m \geq p_c$). Com o preço de mercado igual ao preço competitivo é o melhor equilíbrio que pode-se obter, considerando a satisfação de ambas as partes. Já se for superior o preço de mercado ao preço competitivo, o bem-estar resultante será menor, fenômeno mais certo de ocorrer devido ao descolamento econômico do seguro de vida²⁵.

²⁵A contratação de seguro de vida apesar de depender da situação econômica também apresenta outro viés, qual seja a blindagem financeira diante do sinistro. Assim, o perfil de insegurança e conservadorismo do brasileiro faz com ocorra o fomento na atividade securitária, ademais a ideia de viver numa sociedade de risco cria esta necessidade de assegurar o fortuito.

- Na situação (S_3) não existe qualquer regulação, hipótese esta que pode ser descartada posto atuação da Susep para garantir o direito concorrencial.
- Na situação (S_4) revela uma hipótese semelhante a (S_1) porém agravada pelo fato de que a seguradora já estaria atuando em mercado competitivo, a gerar de forma positiva o estado de bem-estar coletivo mas com a intervenção regulatória perde sua eficiência.
- Na situação (S_5), o preço regulado é superior ao preço competitivo ($p_m \geq p_c$), a ser uma regulação inativa, exceto se realizado de forma proposital para produzir preço padronizado. No Brasil, por exemplo, antes de ocorrer às privatizações ocorreu este fenômeno, de modo que as indústrias acompanharam o valor estabelecido pelo governo. É uma estratégia a beneficiar os empresários e reduzir o estado de bem-estar coletivo.
- Na situação (S_6), a ausência de regulação em ambiente competitivo não provoca nenhum empecilho no estado de bem-estar coletivo, muito pelo contrário, gera a maior satisfação de todas hipóteses trabalhadas.

Assim, em situações de mercado muito competitivo, o governo não deveria intervir sob pena de prejudicar o melhor equilíbrio possível de ser alcançado, como pode-se observar na situação (S_6). Já para as empresas em ambiente oligopolista, a intervenção da Susep é de extrema importância para garantir que o preço de mercado (p_m) se aproxime do preço competitivo (p_c). Portanto, para regular é necessário ter condição técnica suficiente para não levar a falência seguradora que atua com eficiência econômica²⁶.

4.2 Atuação coordenativa do judiciário

O judiciário tem atuação posterior à regulação da Susep, de modo que pode ser acionada por qualquer agente-consumidor. Neste caso, como as DAV's não são regulamentadas no Brasil, o prejudicado em face de demonstrar o direito a percepção indenizatória, ou reclamar o preço praticado por empresa específica em decorrência de certa superveniência, poderá pleitear essa atuação ex post para salvaguardar o cumprimento de cláusula, tornar sem efeito obrigação abusiva, ou sanar ambiguidade no

²⁶Por ser muito difícil não acarretar nenhuma falência, deve-se atuar em busca de alcançar o menor número de falências. Ademais, é importante destacar que o Brasil vem melhorando muito a sua atuação no que diz respeito ao funcionalismo público, de modo a ganhar a premiação como um dos mais qualificados da América latina.

contrato estipulado de seguro de vida. E como já discutido, esses contratos são todos incompletos, e não podem ser solucionados apenas sob a ótica do positivismo jurídico pois as novas formas de insurgência sociais requerem aplicação da “racionalidade econômica”.

Analisar a intervenção do judiciário foi por um bom tempo restrito apenas ao comportamento do magistrado. Sendo assim, classificava-se em três modelos principais, a citar: o jurídico, o estratégico e o atitudinal²⁷. Como a abordagem deste trabalho é sob a ótica econômica, apesar de relevante tais teorias, busca-se compreender a função da utilidade judicial. Além de que as ferramentas disponíveis pelo sistema microeconômico auxiliam a expandir da esfera individual do magistrado para sistematizar o impacto desta instituição como reguladora específica e conseqüentemente na produção do bem estar coletivo (BUGARIN E MENEGUIN, 2015).

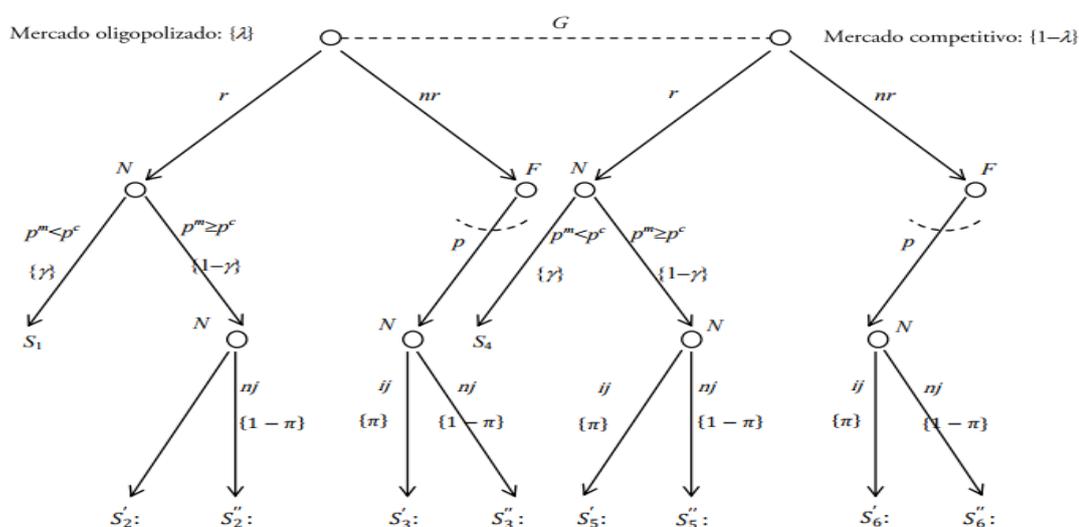
As teorias apresentadas sobre o comportamento dos magistrados apesar de relevante apresentam certas deficiências. A ausência de pesquisa sobre o jogo de interesses entre judiciário e legislativo é uma das lacunas sem solução para estas teorias, e pode ser identificado em profundidade através de análise econômica do direito, e neste trabalho foi adotado ainda o viés da teoria dos jogos para melhor compreender. Assim, amplia a discussão ao ponto de fornecer subsídios para harmonizar os direitos assegurados, proporcionar a maximização dos lucros e garantir uma intervenção ótima tanto sob o ponto ex ante como ex post.

Desta maneira, quando uma Seguradora potencializa os seus rendimentos lucrativos, o ponto ótimo é representado pela equiparação do custo marginal com a receita marginal. Essa linha de pensamento também pode ser aplicada ao judiciário para auxiliar no grau de intervenção ótima mediante a regulação já adotada pela Susep, a considerar o bem estar coletivo.

O papel do judiciário apresentado a seguir tem a continuação do quadro anterior nas situações em que não ocorreu a falência das empresas.

²⁷O modelo jurídico é pouco usual, pois torna o magistrado apenas um aplicador da lei sem levar em consideração o contexto político, social. Por outro lado, o modelo atitudinal estuda o voto do juiz através da postura liberal ou conservadora adotada, uma vez que os ideais de justiça são projetados segundo esta corrente na sentença conforme a prudência do julgador ao caso concreto. Já o modelo estratégico trata de adotar as preferências pessoais em comunhão as práticas institucionais a fim de não ocasionar conflitos e usar estratégias para lidar com os mais diversos interesses que estão em jogo.

Figura 3- Intervenção do judiciário



Bugarin e Meneguín (2016, p. 104).

A forma extensiva da regulação realizada pela Susep ex ante bem como a intervenção ex post do judiciário pode assim ser compreendida:

- Nas situações (S_1) e (S_4) como se pode observar a falência da seguradora ocorre por ter restrição muito grande à prática de sua atividade, e o retorno social é inexistente, pois sucumbe a empresa, uma vez que o preço de mercado é inferior ao preço competitivo.
- Na situação (S'_2) mesmo com a regulação da Susep, alguma seguradora terá de reduzir ou indenizar o agente consumidor por cometer certa falha. Dentro dessa hipótese, poderá a seguradora cumprir a determinação judicial sem gerar qualquer impacto gravoso ao bem estar coletivo ou “fechar suas portas”, de modo que terá outras seguradoras ainda no mercado. Então o nível de bem estar será semelhante em ambas as situações, de modo que a falência de certa seguradora ocasiona desemprego, a reduzir um pouco o nível de bem estar.
- Na situação (S''_2) mesmo sem intervenção do judiciário, o preço competitivo é próximo ou igual ao preço regulado, a ser idêntica a (S_2) tratado na figura 2 deste trabalho.
- Na situação (S'_3) o mercado apesar de ser oligopolizado não teve regulação nenhuma, neste caso é como se a Susep não regulasse os preços e condições – hipótese nula de ocorrer. Já a situação (S''_3) é distinta por não ter qualquer intervenção anterior ou posterior. Sendo assim, o preço praticado pela Seguradora poderá ser compreendido da seguinte forma: a) após as tabelas de preços e condições serem fixadas, as seguradoras

esperam que ocorram alguns conflitos, a ensejar o agente-consumidor acionar o judiciário com probabilidade π . Portanto, os lucros são matematicamente exemplificados pela seguinte equação: $(n - \pi)/n$, uma vez que o número (n) de empresas menos a probabilidade (π) de algumas serem acionadas, dividida pelo total de seguradoras, representa o lucro associado a possibilidades dos gastos com a superveniente judicialização.

- Na situação (S'_5) e (S''_5) é semelhante as situações (S'_2) (S''_2), respectivamente, já que em ambas o preço competitivo é igual ou menor que o preço de mercado.
- Nas situações (S'_6) e (S''_6) não há qualquer regulação mas o mercado é competitivo, o que faz as seguradoras fecharem as portas caso sejam obrigadas pela via judicial de modificar as condições impostas, no entanto, se não for acionado, assim como ocorre na situação (S''_6), pode-se observar o maior equilíbrio coletivo que poderia ser atingido.

Assim, a análise dos jogos representada pelos dois gráficos presentes neste trabalho sobre as formas de intervenção clássica realizada pelo poder público, corrobora para verificar até que ponto a intervenção judicial está auxiliando na regulação ótima ou a prejudicar a atividade da Susep, conseqüentemente a diminuir ou anular o bem estar coletivo.

4.3 O dano social e as punitives damages como mecanismo de controle ao comportamento ilícito

O dano é um dos elementos que compõem a aferição da responsabilidade civil do agente. Sobre este elemento, paira duas reflexões recentes mas de extrema importância para o resguardo dos direitos difusos ou individuais homogêneos, qual seja, o dano social e as punitives damages. O presente trabalho buscará mostrar como esses institutos podem colaborar no equilíbrio e paz social, pois, na lição de Venosa (2012, p. 01) “um prejuízo ou dano não reparado é um fator de inquietação social” . Assim, desconstrói a visão meramente compensatória de esfera individual.

A preocupação é latente ao se observar o comportamento racional, porém oportunista de seguradoras a não efetuar o pagamento do prêmio, ou deixar de assegurar certa obrigação pactuada. Tal conduta, quando reiterada não gera apenas uma violação individual, mas acarreta na quebra de confiança coletiva, a fragilizar o processo

administrativo. Desta maneira, a via judicial torna-se a alternativa para recompor os danos sofridos e como será verificado, para coibir práticas empresariais oportunistas através das punitives damages como uma possível solução para a problemática. Desconfiar das instituições, desacreditar que as Seguradoras irão adotar as precauções necessárias para garantir o fiel cumprimento contratual, ou atuar de má-fé deteriora equilíbrio de satisfação social.

Para distinguir o dano social das punitives damages, é importante a lição de Azevedo (2004, p.201) ao explicar que:

a responsabilidade civil deve impor indenização por danos individuais e por danos sociais. Os danos individuais são os patrimoniais, avaliáveis em dinheiro – danos emergentes e lucros cessantes –, e os morais – caracterizados por exclusão e arbitrados como compensação para a dor, para lesões de direito de personalidade e para danos patrimoniais de quantificação precisa impossível. Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida.

Em linhas gerais, o dano social acima mencionado provoca uma lesão à paz social, de modo a afetar o bem estar coletivo. Tal prática está intimamente relacionada às escolhas empresariais adotadas pelas seguradoras, o nível de precaução em preservar a segurança da apólice, porém, este cuidado também não poderá ser maior que os custos despendidos com risco moral, seleção adversa. Matematicamente, a utilidade proporcionada pelo contrato de seguro de vida (U) deve cobrir os custos (C).

Em virtude da reflexão desenvolvida, a análise econômica do direito através da seleção adversa e risco moral²⁸ intrínsecos ao mercado de seguros, busca compatibilizar os danos sociais e a seleção do nível ótimo de precaução. Para tanto, pontua Bugarin e Bugarin (2016, p.95):

Por simplicidade, existem apenas dois níveis de precaução no processo produtivo, alto (a) e baixo (b). O processo que usa o nível alto de precaução implica custo (Ca) por unidade de bem produzido. Já o processo que usa o nível baixo de precaução implica custo (Cb) por unidade de bem produzido. Evidentemente, é mais custoso produzir com elevado nível de precaução; ademais, para que possa existir mercado é necessário que o custo de produção seja inferior ao benefício gerado pelo bem ao consumidor.

²⁸ Bierman e Fernandes (2011) numa lição sobre o Risco Moral (moral hazard) explicam através da possibilidade de mudança do comportamento de um agente econômico após, por exemplo, uma assinatura de um contrato, a apólice do contrato do seguro de vida para o presente trabalho. Geralmente, isso ocorre quando há a presença de “informação assimétrica”, ou seja, um agente possui mais informações que outro na referida transação.

Em suma, se o dano social for considerado na esfera judicial, as seguradoras passariam a adotar política com ótimo nível de precaução. Assim, estabelece-se a seguinte condição: $0 < \pi_0 < 1$, em π_0 representa a probabilidade de não cumprimento das cláusulas da apólice em virtude das seguradoras preferirem que o judiciário seja acionado, uma vez que a morosidade e a correção monetária principalmente por apresentar o percentual de juros bem inferior ao praticado pelo mercado, torna rentável reiterar essa conduta oportunista. Logo o dano social, não é considerado e as punitives damages, podem ser uma solução para coibir tais práticas.

Neste caso, a seguradora passaria a preservar a segurança e o cumprimento das cláusulas estipuladas na apólice. Sendo assim, o dano social por acarretar um ônus através da condenação em punitives damages estimularia o consenso e não o litígio, além de contribuir na diminuição das demandas judiciais desta natureza. Para tanto, em termos matemáticos, o dano social pode ser assim operado: $D_s > \frac{\pi - \pi_0}{\pi} \cdot [U + A]$. A equação representa que o dano social quando calculado ultrapassa a diferença entre a probabilidade esperada de cumprimento e a probabilidade de não cumprimento dividida pela mesma probabilidade esperada de cumprimento. O produto deste resultado pela soma da utilidade e custos adicionais demonstra que os custos marginais privados e as receitas auferidas não são suficientes para cobrir a condenação, caso venha a ocorrer, o dano social. Salienta-se que a majoração em punitives damages ao se verificar o dano social é referente a práticas abusivas e reiteradas com ideais de acumulação de recursos excessivos à custa da tranquilidade social e segurança jurídica.

Em suma, a tradução rígida e literal de punitives damages pode apresentar a característica de indenização punitiva, mas a utilização em outros países demonstra outro sentido. Assim, o agente consumidor lesionado quando recebe os danos morais, danos materiais já está sendo ressarcido, o acréscimo seria o mesmo que enriquecimento ilícito. Por isso, as punitives damages são compensações pecuniárias e destinadas ao agente causador da violação social e, portanto, serão depositadas no Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

Para tanto, destaca-se a reflexão do Min. José Ramón Cassío Díaz:

me parece fundamental no centrarmos en el aspecto vindicativo y generar elementos que objetivamente constituyan incentivos negativos para que se actúe con la diligencia debida. Lo que debe perseguir el juez no es la retaliación, sino un verdadero efecto inhibitor (voto no amparo directo 30/2013, p. 11).

A propósito, o presente trabalho não visa estabelecer os critérios para verificação das punitives damages, ou promover alteração na prescrição legal sobre a responsabilidade civil. O objetivo é refletir bem como evidenciar a realidade desse instituto, instrumento reativo de equilíbrio coletivo e já utilizado em outros países para coibir as abusividades cometidas de forma reiterada.

Pode-se questionar então, para todo dano social aplica-se punitives damages? A resposta é não, pois além da perturbação, deve-se analisar a capacidade do agente de saber que realmente está violando a segurança, a dignidade da pessoa humana. Para explicar melhor, imagine que estudos comprovem que o consumo de alimentos transgênicos acarreta sérios distúrbios ao corpo humano, pois bem, neste caso, seria desarrazoado transferir este encargo as empresas que comercializaram tal produto (BUGARIN E MENEGUIN, 2015). É lógico que nos contratos de seguro de vida, as questões são bem mais objetivas e as práticas abusivas giram em torno de retardar o pagamento do prêmio para maximizar os lucros.

A teoria econômica analisa o cumprimento da apólice tomando por base os incentivos e as variáveis – seleção adversa e risco moral. De forma mais específica, o presente trabalho busca refletir sobre o cumprimento de DAV's em sede contrato de seguro de vida, em que os agentes econômicos Seguradora-segurado cooperam para produzir o equilíbrio coletivo. Desta maneira, para fomentar a cooperação, a fim de evitar práticas oportunistas, as punitives damages seriam um eficiente instrumento no controle de comportamentos ilícitos adotados pelas seguradoras.

Então, pode-se inferir que a seguradora arrecada uma receita de Np reais que ao ser investido proporciona um retorno de $R \gg 1$, isso quando a atividade for extremamente lucrativa. Assim, considera-se a probabilidade β de ser acionado judicialmente. Desta maneira, os recursos obtidos (Np) adicionado aos danos sociais (Ds) superam o retorno quando $R \gg 1$. Para não estimular a má-fé dos agentes econômicos, os efeitos sociais das punitives damages pode sinteticamente ser compreendido com a seguinte equação : $1 - \beta - [(1 - r) \cdot Np] - (1 - 2\beta)ds$. Logo, $1 - \beta$ é a probabilidade de acionar a justiça para casos de baixos retornos financeiros a Seguradora, por isso, a diferença encontrada também deve ser subtraída do produto entre $[(1 - r) \cdot Np]$, uma vez que (1) é a condição de integralidade auferida menos (r) , o baixo retorno para seguradoras que não possui alta lucratividade, multiplicado pela receita obtida na transação (Np). Para tanto, o valor obtido deve ser subtraído do produto $(1 - 2\beta)$ pelos danos sociais (ds).

A análise econômica deste tipo de jogo sob as variáveis já apresentadas neste trabalho são sucintamente explicadas por Bugarin e Bugarin (2006, p. 109):

É fácil ver que caso a firma resolva implantar sua estratégia ilícita, receberá sempre um retorno líquido nulo, tanto no caso de fracasso, como no caso de sucesso do investimento, uma vez que nesse último caso todo o benefício adicional é canalizado para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Dessa forma, a firma não terá interesse em levar adiante a empreitada ilícita. Esse é o efeito inibidor que se busca implantar por meio dos punitive damages.

Com isso, pode-se observar duas possíveis consequências, apesar de não encerrar as reflexões pertinentes aos institutos, ora trabalhados nesta seção. A primeira é o estímulo ao maior respeito da apólice, sem lesar os terceiros beneficiários. A segunda, é a ocorrência de acordos extrajudiciais, a indenizar as vítimas das condutas abusivas. Para tanto, refletir sobre esses dois institutos são urgentes, já que as demandas em massa, os contratos de adesão, e a perturbação social provoca uma crescente desenfreada pela via judicial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Contratar é arriscar, sobretudo quando a mola propulsora é o próprio risco superveniente. Assim, o contrato de seguro de vida desponta no mercado atuarial como instrumento para balizar os anseios da autonomia privada, representados neste caso pelo cumprimento das DAV's em consonância a operação contratual firmada pela apólice. As negociações bem como a execução contratual não ocorrem simultaneamente, razão pela qual, a teoria do contrato incompleto devido à racionalidade limitada é ferramenta para regular o negócio jurídico lícito, além de contribuir para a cooperação entre os agentes econômicos.

Avaliar as situações e escolher, dentre as alternativas o que é mais vantajoso é o cerne desta problemática. Desta forma, apesar de estar expostos a fatores subjetivos, crenças ilusórias e influências para adotar determinadas condutas, a escolha de contratar o seguro de vida é pautada na conjectura intitulada de sociedade de risco. Ademais, a relação contratual tratada neste trabalho, insta-se por aplicar o raciocínio analítico, pois trata de um jogo que demanda concentração, autocontrole e organização na escolha das estratégias que promovam a maior satisfação, representada pela fórmula: $UT = UE \cdot NC - C \cdot ND$.

Assim, a análise econômica do direito fornece importante contribuição, ao se valer dos critérios de eficiência para compreender as estratégias adotadas pelos agentes econômicos. Todavia, apenas a eficiência representada pelo grau de utilidade da troca efetuada no contrato de seguro de vida não se mostra suficiente, face os múltiplos valores, sobretudo do ordenamento personalista e solidário vigente, a ter como núcleo duro a dignidade da pessoa humana.

Como elencado, as peculiaridades da problemática deste trabalho ultrapassam a análise econômica do direito. Os problemas éticos e jurídicos no final da vida revelam que a ausência de norma específica adicionada à falta de interesse dos profissionais da saúde continua a ser responsáveis pelos maiores dissensos na sociedade. Por isso, merecem uma investigação profunda, autônoma e capaz de analisar as consequências sob diferentes prismas, a ser o econômico um deles.

O prolongamento da morte é totalmente rechaçado, quanto a isto há um consenso. A aceitação da ortotanásia, através de cuidados paliativos é defendida de

forma sutil pelos profissionais da saúde, como se pode observar através da Resolução 1.805/2006 do CFM. Desta maneira, a presente pesquisa trata-se de um estudo sobre o direito à vida, o sentido de viver, e principalmente de não enxergar a morte como oposto à vida, mas apenas localizado na reta final desta. Para tanto, o olhar sistêmico, o caráter universal e as bases fornecidas pelo princípio da dignidade da pessoa humana sustentam a abordagem desenvolvida sobre o sentido de viver e morrer com dignidade.

No âmbito da alocação dos riscos econômicos, a ser a seleção adversa e o risco moral os principais, a teoria dos jogos é empregada para estruturar esta relação contratual. Primeiramente deve-se considerar o controle coordenativo realizado pela Susep no intuito de coordenar as condições gerais e específicas contidas nas apólices. Tal intervenção quando pontual, a permitir apenas a correção de algumas falhas, pautada no grau técnico de funcionalismo público, ocasiona a melhora no bem-estar coletivo.

Por outro lado, tem-se a intervenção posterior a praticada pela Susep, a ser a realizada através do poder judiciário. Neste caso, apenas uma empresa ou algumas empresas serão afetadas, quando se mostrar excessiva as condenações realizadas pelos magistrados, o bem-estar coletivo sofrerá perdas com esse ativismo judicial. Para tanto, o presente estudo, de forma sucinta buscou analisar a atuação ex ante e ex post de forma conjunta, de modo a garantir ou estudar como se dá os dois possíveis equilíbrios decorrentes das intervenções públicas.

Ademais, para proteger o mercado bem como os consumidores, os agentes econômicos devem ser incentivados a máxima cooperação e boa-fé contratual. A função reparatória proveniente da responsabilidade civil de caráter individual, não é suficiente para prevenir todos os danos sociais ocasionadas por práticas abusivas e reiteradamente adotadas pelas Seguradoras. Assim, conferir uma função punitiva ao direito civil através das punitives damages, provocará o desestímulo às condutas ilícitas e abusivas. Tudo isso, porque o deslocamento econômico do setor de seguros no Brasil gera lucros tão elevados, representados por $R \gg 1$. Logo, tal ferramenta pode ser uma solução para estimular o consenso bem como a resolução do contrato incompleto sem necessariamente socorrer ao judiciário.

Em suma, as diretivas antecipadas de vontade quando cumpridas sob a égide da sistemática brasileira, a respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, a adotar a ortotánasia e os cuidados paliativos não podem ser vistos como afronta ou violação ao

ordenamento jurídico vigente apenas por não ter uma normativa específica. Portanto, a ortotánasia não gera qualquer desequilíbrio no momento do sinistro e favorece a previsibilidade do risco.

A morosidade judicial, a correção monetária com base no INPC e as oscilações de entendimento jurisprudencial são elementos a fomentar o não pagamento do prêmio de forma imediata. Por isso, o dano social quando considerado, e a aplicação de punitivesdamages podem ser uma ferramenta para evitar a busca desenfreada ao judiciário, pois a recusa imotivada de pagar prêmio relega aos beneficiários escolher a via litigiosa.

Para tanto, o problema contratual da ausência de norma específica para o cumprimento de DAV's em sede contrato de seguro de vida no Brasil, reconhece através da racionalidade limitada, e fundamenta-se na teoria do contrato incompleto, pois exaurir todas possibilidades e situações que podem ocorrer até a execução do contrato fogem da lógica mercadológica de maximização dos lucros e contratos de massa.

Sem esgotar a problemática ora apresentada neste trabalho, percebe-se que o contrato de seguro de forma genérica, apresenta contorno social após o código civil de 2002. Desta maneira, os tipos abertos, o conteúdo mutável, a boa-fé objetiva, a confiança contratual e a máxima cooperação possível entre os agentes econômicos são os elementos que devem permear o contrato. Neste cenário, a execução contratual através de cumprimento de diretivas antecipadas sob a modalidade da ortotánasia, são plenamente possíveis e podem ser ainda mais viabilizadas através de certos instrumentos, a citar: o dano social e punitivesdamages. No entanto, são sugestões, para refletir e que merecem estudos mais profundos para considerar os impactos econômicos, sociais e institucionais que poderiam acontecer, caso fosse incorporado ao nosso sistema jurídico tais instrumentos na responsabilidade do civil.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 5ª ed. Rev. São Paulo: Atlas, 2016.

ALMEIDA, Diego. **Disney vai receber 50 milhões de dólares de seguro pela morte de Carrie Fisher**. Disponível em <https://observatoriodocinema.bol.uol.com.br/noticias/2016/12/disney-vai-receber-50-milhoes-de-dolares-de-seguro-pela-morte-de-carrie-fisher>. Acesso em dezembro de 2017.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. Revista Trimestral de Direito Civil, vol. 19 – julho/setembro, São Paulo, 2004.

BANDEIRA, Paula Greco. **Contrato Incompleto**. São Paulo: Atlas, 2015.

BARROSO, Luís Roberto e MARTEL, Letícia de Campos Velho. In: GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo (orgs). **Bioética e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

Batista KT, Barreto FSC, Miranda A, Garrafa V. **Reflexões bioéticas nos dilemas do fim da vida**. Brasília.Revista Brasília médica.2009.

BEAUCHAMP TL, CHILDRESS JF. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002.

BELLANTUONO, Giuseppe. **I contratti incompleti nel diritto e nell'economia**. Padova: Cedam, 2000.

BIERMAN, H. Scott; Fernandez, Luis. . **Game Theory with Economic Applications**. Englewood Cliffs: New Jersey: Addison-Wesley.2011.

BUGARIN, Maurício Soares e BUGARIN, Tomás Tenshin Sataka. **Danos Sociais e Punitive Damages: Instrumentos Para a Correção da Seleção Adversa e do Risco Moral na Responsabilidade Civil**, Brasília,EALR, V. 7, nº 1, p. 88-117, Jan-Jun, 2016.

BUGARIN, Maurício Soares; MENEGUIN, Fernando. **Regulação ótima e atuação do judiciário: uma aplicação da teoria dos jogos**, Brasília, EALR, V.6, nº 1, p. 91-114, Jan-Jun, 2015.

CIFUENTES, Santos. **Derechos personalísimos**. 2 .ed .act. yamp. Buenos Aires: Astrea, 1995.

CLOTET, Joaquim. **Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da thepatient self-determinationact**. *Revista Bioética*. 1993; - Disponível em: http://www.portalbioetica.com.br/adm/artigos/reconhecimento_clotet.pdf; Acesso em: 10 mar. 2017.

CÓDIGO CIVIL, **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1995, 31 de agosto de 2012**. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: http://www.portalm medico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.htm. Acesso em 05 de março de 2017

DIAS, Maria Berenice. Vida e morte: aborto e eutanásia. In: GUERRA, Arthur Magno e Silva (Coord.). **Biodireito e bioética: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, p. 207-211.

DINIS, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 5.ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARNSWORTH, Alan. **Contracts**. 4ª ed. New York: Aspen, 2004

FICI, Antônio. **II contrato incompleto**. Torino: G. Giappichelli, 2005

GANNOUM, Nadim Metri. **Teoria dos Jogos e ganhos relativos: condicionantes estratégicas de cooperação internacional**. 2010. Dissertação. Universidade de São Paulo. Acesso em : 16 de março de 2017.

GICO JR., Ivo Teixeira. **Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito in Economic Analysis of Law Review**. Brasília: Editora Universa. Economic Analysis of Law Review. EALR, V. 1, nº 1, p. 7-33, Jan-Jun, 2010. Disponível em: www.bibliotekevirtual.org/revistas/UCB/EALR/v01n01/v01n01a01.pdf. Acesso em novembro de 2017.

GODINHO, Adriano Marteleto. **Eutanásia, ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade: o sentido de viver e morrer com dignidade**. Curitiba: Juruá, 2016.

GOLÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e direitos da personalidade: fundamentação ontológica da tutela**. Coimbra: Almedina, 2008.

GOLÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial**. Sequência (Florianópolis), n. 68, p. 261-290, jun. 2014.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro : Forense, 2001.

GONÇALVES, RMV; MASCARENHAS, IL. A dificuldade no reconhecimento da eutanásia enquanto direito humano. **Revista Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 7, n. 13, p. 190-208 .

HENZEZEL, Marie de. **Diálogo com a morte**. Editorial Notícias.

JARDIM, Thago Neu; FRITZ, Karen Beltrame Becker. **Aplicação da Lei na Perspectiva da escolha pública: uma crítica utilitarista da construção política do direito**. EALR (Brasília), V. 8, nº 1, p. 81-96, Jan-Jun, 2017.

JUNGES JR. **Reflexões legais e éticas sobre o final da vida:** uma discussão sobre a ortotanásia. RevBioet 2010; 18(2):275-288.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar.** Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2017

LIEDKE, Mônica Souza. **A bioética e o biodireito enquanto sistemas autopoieticos.** Juris, rio grande, 14: 105-117, 2009.

Margarida Lima. **Contrato de seguro e terceiros: estudos de Direito Civil.** Coimbra: WoltersKluwer Portugal / Coimbra Editora, 2010. p. 67-70.

MARTINS-COSTA, Judith. **As interfaces entre a Bioética e o Direito.** In: CLOTET, Joaquim (org). Bioética. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

MASCARENHAS, Ana Caroline Fernandes. **Autonomia Privada e autocomposição dos litígios extrajudiciais.** 2009. 175f. Dissertação-Universidade Federal da Bahia, Salvador.

MASCARENHAS, Igor de Lucena. **O direito à eutanásia e contrato de seguro de vida: análise do direito à percepção da indenização.** 2017. 128f. Dissertação - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa.

MÉXICO. **Suprema Corte de Justicia de La Nación.** Amparo directo 30/2013. Ponente: Ministro Arturo Saldívar Lelo de Larrea. Acuerdo 26 feb. 2014.

PÁDUA, João Pedro Chaves Valladares. **Eutánasia e igualdade .** Revista TrimestraldeDireitoCivil:RTDC, v.6, n.23, p. 259-277, jul/set.2005.

PELLEGRINO, Edmund D. **Decision at the end of life:the use and abuse of the concept of futility.**Disponível em:http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/direito_PenalvaLD_1.pdf. Acesso em :11 mar. 2017.

PENALVA, Luciano Dadalto. **Declaração prévia de vontade do paciente terminal.** Dissertação de mestrado apresentada ao programa de pós-graduação stricctu sensu em Direito da Pontifica Universidade Católica de Minas Gerais, 2009. Disponível em:http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/direito_PenalvaLD_1.pdf. Acesso em :19 mar. 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIMENTA, E. G. **Direito, economia e relações patrimoniais privadas.** Revista de Informação legislativa, 43 (70), p. 159-173, 2006.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da autonomia privada.** Coimbra, Almedina, 1982.

PRATA, Henrique Moraes. **Enfermidade e infinito: direitos da personalidade do paciente terminal.** 2012. 238f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

ROPPO, Enzo. **O contrato.** Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS, Laura Ferreira dos. **Testamento Vital: o que é? Como elaborá-la?** Porto: Sextante, 2011.

SCAFF, Fernando Campos. **As relações jurídicas privadas no direito à saúde.** 2006. Selli ML, Alves JS. **Distanásia: percepção dos profissionais da enfermagem.** RevLatAm Enfermagem, 2009.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações, investigação sobre sua natureza e suas causas.** Tradução Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril, 1983.

SZTAJN, Rachel. **Autonomia privada e direito de morrer: eutanásia e suicídio assistido.** São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

SZTJAN, Rachel. **Função social do contrato e direito de empresa.** Revista de direito mercantil: industrial, econômico e financeiro, v. 44, p. 29-49, São Paulo, jul. 2005. Tese (livre docência). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2006.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise econômica dos contratos. In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VEATCH, Robert. Modelos para una medicina ética en una época revolucionaria. In: LUNA, Florencia; SALES, Arleen. **Decisiones de vida y muerte: eutanasia, aborto y otros temas de ética médica.** 2.ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil,** vol. 4, responsabilidade civil. Ed. Atlas, São Paulo, 2012.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. **Da eutanásia ao prologamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico penal do fim da vida.** Rio de Janeiro:Forense, 2005.