



DESTAQUE

A proibição de discriminação e os critérios do cálculo atuarial nos contratos de seguro*

The discrimination prohibition and actuarial calculus in insurance contracts brazilian law

Lais Bergstein,

<https://orcid.org/0000-0002-6794-9718>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8470-5320>.

José Roberto Trautwein,

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8203-7119>

Data de submissão: 02/02/2022

Data de aceite: 05/04/ 2022

Resumo

O presente trabalho, inspirado pela fala de Sylvio Capanema de Souza de que a análise jurídica deve ser permeada “pelos novos paradigmas que hoje inspiram o direito e a justiça, entre os quais, o maior de todos, é o da boa-fé objetiva”, propõe uma reflexão acerca dos dados pessoais que são considerados no cálculo atuarial dos contratos de seguros no Brasil. A partir da experiência do direito comparado e das mudanças implementadas no setor securitário em virtude da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia que obstruiu o tratamento diferenciado entre homens e mulheres,

* Este artigo obteve o segundo lugar no “I Concurso de Artigos - Prêmio Sylvio Capanema”



analisa-se a questão na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro. Conclui-se que a transparência quanto aos dados que são considerados no cálculo atuarial e sua influência na precificação de produtos e serviços ofertados no mercado de consumo, mais do que uma exigência normativa, é uma imposição de natureza humanitária e uma necessidade frente às mudanças sociais e culturais da contemporaneidade.

Palavras-chave: contratos de seguro; equidade; cálculo atuarial; tábua biométrica BR-EMS; transparência.

Abstract

The present work, inspired by Sylvio Capanema de Souza's statement that the legal analysis must be permeated "by the new paradigms that today inspire law and justice, among which, the greatest of all, is that of objective good faith", proposes a reflection on the personal data that are considered in the actuarial calculation of insurance contracts in Brazil. Based on the experience of comparative law and the changes implemented in the insurance sector by virtue of the decision of the Court of Justice of the European Union, which prevented different treatment between men and women, the issue is analyzed from the perspective of the Brazilian legal system. We conclude that transparency as to the data that are considered in the actuarial calculation and its influence on the pricing of products and services offered in the consumer market, more than a regulatory requirement, is an imposition of humanitarian nature and a necessity in face of the social and cultural changes of contemporaneity.

Keywords: insurance contracts; equality; actuarial calculation; annuity Table; transparency.

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), é assegurado, no plano internacional, o direito à não discriminação, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição humana.¹ Do mesmo modo, o art. 1º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da

¹ "Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição." (NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos - *The Universal Declaration of Human Rights*. Veja mais em: DOTTI, René. Declaração Universal dos Direitos do Homem. 3. ed. Curitiba: Lex Editora, 2006.)

Costa Rica, 1969) veta qualquer tipo de discriminação à pessoa, dispondo que os Estados-partes se comprometem a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição.² A Constituição brasileira igualmente veda qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV; 5o, XLI; 227, *dentre outros* da CRFB/1988). No plano infraconstitucional, visando evitar práticas discriminatórias, a legislação de proteção e defesa dos consumidores proíbe a cobrança de preços distintos para o mesmo item (CDC, arts. 39, V e X³, e 51, X⁴ e Decreto nº 5.903/2006, art. 9º, VII⁵) e o direito da concorrência a prática de “discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços” constitui infração à ordem econômica (Lei nº 12.529/2011, art. 36, §3º, X⁶)⁷. No contexto dos planos de saúde, o conhecido art. 15, § 3º, da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) veda a cobrança de valores diferenciados em razão da idade, prática que reconhece como discriminação ao idoso⁸

² BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

³ “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; [...] X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços.”

⁴ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;”

⁵ O Decreto nº 5.903/2006 estabelece que: “art. 9º Configuram infrações ao direito básico do consumidor à informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, sujeitando o infrator às penalidades previstas na Lei nº 8.078, de 1990, as seguintes condutas: [...] VII - *atribuir preços distintos para o mesmo item.*”

⁶ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: [...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...] X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;”

⁷ BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

⁸ “Art. 15. É assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde – SUS, garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos. [...] § 3º É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade.”

Mais recentemente, a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD), que expressamente incorpora os direitos humanos na sua base principiológica (LGPD, art. 2º, VII), veda o uso de dados pessoais em desacordo com as legítimas expectativas do seu titular e os direitos e liberdades fundamentais. A inauguração de um novo microsistema⁹ de proteção de dados pessoais no Brasil traz novas luzes sobre o uso de informações pessoais pelo mercado de consumo, atribuindo responsabilidade e graves sanções nas hipóteses de uso indevido ou ilegítimo de dados pessoais.

Esse panorama legislativo revela uma crescente preocupação do ordenamento jurídico brasileiro, que incorporou *standards* internacionais¹⁰ de proteção aos direitos humanos e igualdade, com a esfera de intimidade da pessoa e a impossibilidade de uso de informações a seu respeito em desacordo com a boa-fé. A discriminação, nesse contexto, “é um fenômeno vinculado à compreensão – difundida socialmente por meio de preconceitos, ainda que de forma não expressa – segundo a qual determinados grupos são inferiores em relação a outros” e as normas antidiscriminatórias protegem os indivíduos “frente a atos de injusta diferenciação.”¹¹ Nesta perspectiva, somente há espaço para tratamentos diferenciados quando pautados em justificativas legítimas, que visam alcançar um estado de equidade, de igualdade material, de justiça no caso concreto.

No contexto dos contratos de seguro, em todas as suas modalidades, os efeitos e impactos de tais garantias antidiscriminatórias ultrapassam fronteiras. As práticas internacionais influenciam decisivamente as contratações de resseguros, por exemplo, assim como impactam nos produtos e serviços que são ofertados em cada país. É perceptível, nas últimas décadas, uma harmonização na forma de atuação das

⁹ IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione: vent'anni dopo*. Milão: Giuffrè Editore, 1999.

¹⁰ Veja, sobre o enfrentamento das leis discriminatórias por gênero nos Estados Unidos da América o histórico evolutivo registrado em: GINSBURG, Ruth Bader. HARTNETT, Mary; WILLIAMS, Wendy W. *My Own Words*. New York: Simon & Schuster, 2016.

¹¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Edições Almedina S/A. 2007, p. 394-396.

seguradoras, tanto pela sua presença global quanto pela edição de normas de caráter transnacional. Parte disso se atribui às organizações internacionais e são resultado da supranacionalidade normativa da integração regional em algumas localidades, a exemplo da União Europeia e do Mercosul.

No âmbito da União Europeia, a Diretiva 2004/113/CE, aprovada em 13 de dezembro de 2004, aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. A Diretiva proíbe a discriminação direta (artigo 2.º) e indireta (artigo 3.º) no âmbito dos setores relevantes de prestação de bens e de serviços, tais como o setor de transporte e de seguros¹² e estabelece que as diferenças de tratamento só podem ser aceitas se forem justificadas por um objetivo legítimo e desde que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários.

Trata-se de regulamentação de suma relevância, a ponto de se reconhecer a existência de um princípio geral do direito comunitário relativo à proibição de discriminação. Com efeito, referido princípio pode ser formulado sobre a base dos motivos de discriminação que estão proibidos, já que se trata de princípio não absoluto e que considera os diversos conceitos de discriminação direta, indireta e assédio que regulamentam as normas comunitárias. Além disso, em sua formulação deve ser levado em consideração a regulamentação de remédios concretos de tutela contra a discriminação, uma regra sobre a prescrição da ação e outra sobre a carga probatória.¹³

Uma das exceções à proibição de diferenciação de preços por sexo existia justamente no contrato de seguro, na medida em que o art. 5º, 2., da Diretiva, permitia diferenciações proporcionadas nos prêmios e benefícios individuais *“sempre que a consideração do sexo seja um factor determinante na avaliação de risco com base em*

¹² UNIÃO EUROPEIA. Relatório 17.2.2017 sobre a aplicação da Diretiva 2004/113/CE do Conselho que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento (2016/2012(INI)). Comissão dos Direitos da Mulher e da Igualdade dos Géneros. Relatora: Agnieszka Kozłowska-Rajewicz.

¹³ RUIZ, Franciso J. Infante. La protección contra la discriminación mediante el derecho privado. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, nº 2, 2008, p. 15.

dados actuariais e estatísticos relevantes e rigorosos."¹⁴ A Diretiva 2004/113/CE contempla a possibilidade de diferença de tratamento nas hipóteses em que se verifique um objetivo legítimo, assim compreendido, nos termos do 'considerando' nº 16:

[...] Pode considerar-se um objectivo legítimo, por exemplo, a protecção de vítimas de violência relacionada com o sexo (em casos como o estabelecimento de centros de acolhimento para pessoas do mesmo sexo), motivos de privacidade e decência (em casos como o fornecimento de alojamento por uma pessoa numa parte da sua própria casa), a promoção da igualdade dos sexos ou dos interesses de homens e mulheres (por exemplo, organizações voluntárias de pessoas do mesmo sexo), a liberdade de associação (por exemplo, clubes privados reservados a pessoas do mesmo sexo) e a organização de actividades desportivas (por exemplo, acontecimentos desportivos para pessoas do mesmo sexo).¹⁵

Ocorre que a diferenciação com base em dados atuariais e estatísticos autorizada na Diretiva foi considerada contrária aos artigos 21 e 23 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que preveem que a igualdade entre homens e mulheres é um princípio fundamental. Em março de 2011, o Tribunal de Justiça da União Europeia – TJUE declarou *inválida* a previsão que permitia aos Estados Membros manter uma distinção entre homens e mulheres para efeitos de prêmios e de benefícios individuais nesses contratos, concluindo que: "*o artigo 5.º, n.º 2, da Directiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, é inválido, com efeitos a 21 de Dezembro de 2012.*"

Ou seja, a discussão levada ao TJUE resultou na proibição de que as seguradoras que atuam em todos os países membros da União incluíssem a informação quanto ao gênero do segurado no seu cálculo atuarial como um fator de risco para justificar diferenças nos preços dos prêmios pagos pelos segurados. No seguro de acidentes com veículos, por exemplo, admite-se apenas que os valores pagos por condutores prudentes, homens ou mulheres, diminuam com o tempo em função

¹⁴ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento.

¹⁵ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento.

do seu comportamento ao volante. Antes da proibição, um jovem condutor do sexo masculino que seja prudente pagaria mais pelo seguro automóvel somente pelo fato de ser homem.¹⁶ Em qualquer caso, os custos relacionados com a gravidez e a maternidade não devem resultar, para os segurados, numa diferenciação dos prêmios e prestações. Mas o Relatório sobre a aplicação da Diretiva 2004/113/CE do Conselho apontou que, até o final de 2016, ainda prevalecia um tratamento diferenciado entre homens e mulheres nos seguros de viagem, nesse caso, em detrimento das mulheres grávidas.¹⁷

Ariadna Aguilera Rull assevera que o tratamento desigual acaba por ameaçar tanto a proteção individual como a proteção coletiva do direito antidiscriminatório. Em relação à primeira, tem-se que uma mulher específica é tratada de forma menos favorável que um homem pela aplicação de médias, embora ambos, tomados individualmente, não se diferenciem. No tocante ao segundo, se verifica a repartição das consequências sociais da discriminação tão somente entre os membros do grupo discriminado. Assim, a exclusão de certo grupo afeta a posição de seus membros e tem como consequência que certas desvantagens sociais prejudicam mais frequentemente as mulheres ou membros de minorias étnicas.¹⁸

No Brasil, o Decreto-Lei 73/1966, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros, atribui à Superintendência de Seguros Privados – SUSEP a competência para “baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP” e “fixar condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas

¹⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. Processo C-236/09. [Vejamaisobreessetemaem:UNIÃOEUROPEIA.COMISSÃOEUROPEIA.COMUNICADODEIMPRESADE20DEDEZEMBRODE2012.](#)

¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. Parecer da comissão dos transportes e do turismo (14.11.2016) dirigido à comissão dos direitos da mulher e da igualdade dos géneros. Relatório sobre a aplicação da Diretiva 2004/113/CE do Conselho que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento (2016/2012(INI)). Relator de parecer: Jens Nilsson.

¹⁸ RULL, Ariadna Aguilera. Prohibición de discriminación y libertad de contratación. *InDret: Revista para el análisis del derecho*, nº 1, 2009, p. 14.

obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional.”¹⁹ Para subsidiar a oferta de seguros de vida e previdência complementar, a Susep edita, a cada 5 anos, os critérios de atualização das tábuas biométricas de sobrevivência e mortalidade masculina e feminina (denominadas BR-EMS)²⁰, agora com base em pesquisa realizada no Brasil, em consonância com as características de vida da população brasileira.²¹

A SUSEP coleta das seguradoras a listagem individual dos dados de cada segurado. Para cada produto adquirido por um indivíduo eram registrados CPF, sexo, data de nascimento, data de ingresso no plano e a eventual data e motivo da saída do plano. Na elaboração das tábuas biométricas (BR-SEM), a conclusão da análise da sobremortalidade da população é que de “existe separação clara entre taxas de homens e mulheres”²² Há, nestes critérios, uma diferenciação entre os sexos e, conseqüentemente, a questão jurídica que se coloca é a legitimidade dessa distinção.

A utilização de fatores atuariais em função do sexo é generalizada na prestação de serviços de seguros e outros serviços financeiros, mas a premissa extraída do Direito da União é que para garantir a igualdade de tratamento a consideração do sexo enquanto fator atuarial não deve resultar em uma diferenciação nos prêmios e benefícios individuais. E os avanços observados no âmbito da União Europeia são fonte

¹⁹ BRASIL. Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências.

²⁰ BRASIL. Ministério da Economia. Superintendência de Seguros Privados. Circular Susep nº 623, de 5 de março de 2021, dispõe sobre a atualização das tábuas biométricas BR-EMS.

²¹ “As seguradoras operantes no Brasil para precificar os seguros de vida e os seus planos de previdência, utilizavam a série de tábuas Annuity Table (AT) e outras similares, que são referenciadas na expectativa de vida dos norte-americanos. Como consequência de diversas iniciativas do governo brasileiro em conjunto com as empresas de seguro, a Federação Nacional de Previdência Privada e Vida (FenaPrevi) contratou junto ao Laboratório de Matemática Aplicada do Instituto de Matemática da Universidade Federal do Rio de Janeiro (LabMA/UFRJ) a construção de tábuas de vida para o mercado segurador brasileiro.” (OLIVEIRA, Mario (et. Al). Tábuas biométricas de mortalidade e sobrevivência: experiência do mercado segurador brasileiro 2010. Rio de Janeiro: Funenseg, 2012.)

²² Seguindo o protocolo disposto nas Circulares SUSEP (nº 197, para os dados do ano de 2004, nos 312 e 322 para o ano de 2005 e no 335 para o ano de 2006). Veja: OLIVEIRA, Mario (et. Al). Tábuas biométricas de mortalidade e sobrevivência: experiência do mercado segurador brasileiro 2010. Rio de Janeiro: Funenseg, 2012. p. 23. Confira-se, igualmente, o Manual de Orientação para envio de dados, conforme Circular SUSEP nº 627 de 16 de abril de 2021, disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-mercado/envio-de-dados-a-susep/manual-de-orientacao>. Acesso: 10 out. 2021.

de inspiração também para o ordenamento jurídico pátrio. O direito comparado não vale como um argumento de autoridade, a impor a adoção, no Brasil, de normas estrangeiras, mas tem uma *função modernizadora*²³, serve como um ponto de reflexão acerca da experiência jurídica e é crescentemente valorizado no contexto da sociedade global.

A questão que merece análise jurídica é a legitimidade do critério de sexo em meio aos diversos fatores e critérios eleitos para a formação da base de dados que é considerada na avaliação do risco. E o impacto dessa reflexão para a população é imenso, considerando que atualmente, quase a totalidade dos novos planos de seguros de pessoas e planos de previdência com cobertura por sobrevivência são submetidos à aprovação da Susep com a tábua biométrica BR-EMS como parâmetro para cálculo de renda mensal.²⁴

Thiago Villela Junqueira afirma a impossibilidade de se adotar, de forma acrítica, o entendimento da Corte Europeia sobre a proibição de se utilizar o critério sexo para a quantificação do prêmio no contrato de seguro. Para tanto, argumenta, com base no entendimento de Francisco Luís Alves, que uma visão equivocada do “princípio (da igualdade) levará a desigualdades não pretendidas, já que a derrogação no n. 2 do art. 5º da Diretiva, e agora inválido) permitiria num universo tão específico como o dos seguros serem encontradas as soluções que melhor encaixam no perfil de risco de cada um”. Ao final, adverte que a referida decisão poderá aumentar, “consideravelmente, o risco de seleção adversa e do aumento dos custos do seguro, que, paradoxalmente, o encarecerá até mesmo para o suposto beneficiário da medida antidiscriminatória.”²⁵

²³ MARQUES, Claudia Lima; CERQUEIRA, Gustavo. *A função modernizadora do Direito Comparado: 250 anos da Lei da Boa Razão*. Homenagem à memória de António Manuel Hespanha e Ruy Rosado de Aguiar Júnior. São Paulo: YK, 2020.

²⁴ “Considerando a posição de dezembro de 2019, os planos de seguros de pessoas e de previdência complementar aberta com uso de tábua BR-EMS somavam R\$ 757 bilhões em Provisão Matemática de Benefícios a Conceder – PMBaC, o que representa 84% do montante total de PMBaC dos planos das famílias PGBL (PGBL, PRGP, PRI etc) e VGBL (VGBL, VRGP, VRI etc) na mesma data.” Exposição de Motivos. DIR2 0912926 SEI 15414.616233/2020-96. p. 2. Disponível em: http://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/copy_of_normas-em-consulta-publica/Exposicao%20de%20Motivos-Minuta-Tabua-180121.pdf. Acesso em: 10 out. 2021.

²⁵ JUNQUEIRA, Thiago Villela Junqueira. Notas sobre a discriminação em virtude do sexo e o contrato de seguro. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica. *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e do direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 311-312. P. 291-316.

Nesse sentido afirmou o Comitê Europeu de Seguradoras:

“Comitê Europeu de Seguradoras, federação formada por 31 associações europeias de seguradoras que representam mais de 5.000 companhias, em nota de imprensa de 5 de novembro de 2003, por meio de seu Diretor Geral, Daniel Schantéha afirmou que a neutralidade sexual em matéria de preço teria o efeito perverso de aumentar os preços de seguro em geral. Os prêmios de seguro de vida por morte prematura e de acidentes aumentariam de preço para as mulheres igualando as que se cobram atualmente dos homens e, paralelamente, os prêmios de seguros de vida por sobrevivente e de saúde aumentariam de preço para os homens igualando aos que são cobrados atualmente das mulheres.”²⁶

Em um exercício reflexivo, propõe-se questionar: se ao invés do sexo tivesse sido analisado qualquer outro duplo critério (nascidos no primeiro ou segundo semestre, ou caucasianos e afrodescendentes, ou católicos e judeus *etc.*), possivelmente também haveria uma diferença nos resultados da análise de sobrevivência de um grupo em relação ao outro. Se a premissa é da igualdade, é certamente chocante para leitor imaginar que a origem racial ou a religião poderia determinar o preço do prêmio do seguro. O que se pode dizer, na mesma perspectiva, em relação ao sexo?

A modificação das características da sociedade pode impor obstáculos para a continuidade de utilização de alguns dos critérios atuais que integram a base atuarial nos contratos de seguro e impor, à autoridade nacional, uma reflexão mais crítica sobre o tema. Se a justificativa para a inclusão do sexo como fator atuarial são fatores biológicos, é preciso maior transparência na forma de inclusão de consideração de dados dos segurados que se submeteram a um procedimento de transgenitalização ou redesignação sexual, para citar apenas um exemplo dos efeitos desse tipo de diferenciação entre as pessoas.

A política de seguros privados no Brasil busca, dentre outras medidas, promover a expansão do mercado de seguros e propiciar condições operacionais necessárias para sua integração no processo econômico e social do País (Decreto 73/1966, art. 5º). O alinhamento com as melhores práticas internacionais é, portanto, muito salutar. Da mesma forma, a expansão

²⁶ PENIDO, Thiago; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Proibição de discriminação de preços por gênero nos contratos de seguros: análise econômica da decisão do Tribunal da União Europeia. *Revista de Derecho Privado*, nº 23, julho-diciembre/2012, p. 111. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3304/2954>. Acesso em: 14 out 2021. P. 89-117.

do mercado securitário é positiva, pois a ampliação da base de segurados reduz os custos dos prêmios e facilita o acesso do consumidor.²⁷ Mas o direito de acesso pressupõe critérios justos e transparentes para a população. Atualmente, a precificação de produtos de natureza securitária, embora altamente regulada, não é suficientemente clara para o cidadão. E a elevada taxa de judicialização²⁸ de questões envolvendo cobertura securitária – prejudicial a todos os envolvidos nessa modalidade de contratação, incluindo seguradoras e segurados – é efeito, também, da grave assimetria-informacional entre os contratantes.

Válida, aqui, a lição de Edgard Morin, de que devemos “desconfiar de nossas confianças, sem, por isso, confiar em nossas desconfianças.”²⁹ É preciso, com prudência, colocar à prova as nossas convicções em cada oportunidade, como ele diz, “*saber ver*” e “*saber pensar*.” E é justamente isso que faz a jurisprudência, também fonte do Direito, que tem papel marcante no desenvolvimento no setor dos seguros contribuindo para o incremento da segurança e equidade das contratações e no estabelecimento de balizas para as condutas dos contratantes em uma perspectiva de boa-fé e equilíbrio nas relações jurídicas. Na pós-modernidade a preocupação do Direito é a legitimidade da solução, pois, geralmente, as normas em conflito são válidas e devem ter eficácia, ainda que auxiliar.³⁰

A orientação consolidada pelas Cortes acerca de certos temas contribui para a segurança jurídica e orientam a conformação do mercado. É marcante o reconhecimento da boa-fé como critério para aferição, no caso concreto, do direito do contratante do seguro à indenização securitária. Em precedente paradigmático relatado por Sylvio Capanema de Souza junto ao E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro,

²⁷ Sylvio Capanema de Souza identifica que “um dos problemas mais desafiadores do mercado segurador é o de compatibilizar o valor do prêmio, com as disponibilidades dos segurados. Um prêmio muito elevado, torna economicamente inviável o seguro, para a maioria dos brasileiros. Por outro lado, reduzi-lo pode significar que o fundo seja insuficiente para pagar as indenizações de todos os sinistros que se verificarem.” TJRJ. 10ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 16.453/01. Relator: Des. Sylvio Capanema de Souza. Julgado em 23/03/2002.

²⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2021.

²⁹ MORIN, EDGAR. *Para sair do Século XX*. Tradução: Vera de Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 259-260.

³⁰ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 690-691.

reconheceu-se que a análise jurídica em relações securitárias deve ser permeada “pelos novos paradigmas que hoje inspiram o direito e a justiça, entre os quais, o maior de todos, é o da boa-fé objetiva.”³¹ E a boa-fé é via de mão dupla: deve ser observada por todos os contratantes, seguradoras e segurados, antecedendo e sucedendo o intervalo do vínculo contratual.

O princípio da boa-fé tem, na prática forense, “função harmonizadora”, “conciliando o rigorismo lógico-dedutivo da ciência do direito do século passado com a vida e as exigências éticas atuais, abrindo, por assim dizer, no *hortus conclusus* do sistema do positivismo jurídico, ‘janelas para o ético’.”³² A transparência quanto aos dados que são considerados no cálculo atuarial e sua influência na precificação de produtos e serviços ofertados no mercado de consumo, mais do que uma exigência normativa, é uma imposição de natureza humanitária. E o constante pensar e repensar acerca dos critérios que são utilizados há inúmeros anos é uma exigência da contemporaneidade: marcada pelo multiculturalismo e por uma pluralidade de interesses e valores.

Referências

BRASIL, Lei nº 12.259, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1000; e dá outras providências. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/relatorio-justica-em-numeros2021-081021.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2021.

³¹ TJRJ. 10ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 46.839/05. Relator: Des. Sylvio Capanema de Souza. Julgado em 13/12/2005

³² COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Tese (Livre-Docência). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 1964. Publicada posteriormente no Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 42.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências.

BRASIL. Ministério da Economia. Superintendência de Seguros Privados. Circular Susep nº 623, de 5 de março de 2021, dispõe sobre a atualização das tábuas biométricas BR-EMS. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/circular-susep-n-623-de-5-de-marco-de-2021-307079944>. Acesso em: 10 out. 2021.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Tese (Livre-Docência). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Porto Alegre, 1964. Publicada posteriormente no Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

DOTTI, René. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. 3. ed. Curitiba: Lex Editora, 2006.

GINSBURG, Ruth Bader. HARTNETT, Mary; WILLIAMS, Wendy W. *My Own Words*. New York: Simon & Schuster, 2016.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione: vent'anni dopo*. Milão: Giuffrè Editore, 1999.

JUNQUEIRA, Thiago Villela Junqueira. Notas sobre a discriminação em virtude do sexo e o contrato de seguro. In: MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica. *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e do direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; CERQUEIRA, Gustavo. *A função modernizadora do Direito Comparado: 250 anos da Lei da Boa Razão. Homenagem à memória de Antônio Manuel Hespanha e Ruy Rosado de Aguiar Júnior*. São Paulo: YK, 2020.

MIRAGEM, Bruno; CARLINI, Angélica. *Direito dos seguros: fundamentos de direito civil, direito empresarial e do direito do consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Edições Almedina S/A. 2007.

MORIN, Edgar. *Para sair do Século XX*. Tradução: Vera de Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

OLIVEIRA, Mario (et. Al). *Tábuas biométricas de mortalidade e sobrevivência: experiência do mercado segurador brasileiro 2010*. Rio de Janeiro: Funenseg,

2012. p. 23. Confira-se, igualmente, o Manual de Orientação para envio de dados, conforme Circular SUSEP nº 627 de 16 de abril de 2021, disponível em: <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-mercado/envio-de-dados-a-susep/manual-de-orientacao>. Acesso: 10 out. 2021.

PENIDO, Thiago; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata. Proibição de discriminação de preços por gênero nos contratos de seguros: análise econômica da decisão do Tribunal da União Europeia. *Revista de Derecho Privado*, nº 23, julio-diciembre/2012, p. 111. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3304/2954>. Acesso em: 14 out 2021.

RUIZ, Franciso J. Infante. La protección contra la discriminación mediante el derecho privado. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, nº 2, 2008, p. 15. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=273580>. Acesso em: 14 out 2021.

RULL, Ariadna Aguilera. Prohibición de discriminación y libertad de contratación. *Indret: Revista para el análisis del derecho*, nº 1, 2009, p. 14. Disponível em: <https://indret.com/prohibicion-de-discriminacion-y-libertad-de-contratacion/>. Acesso em: 14 out 2021.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A proteção contra discriminação no direito contratual brasileiro. In: MONTEIRO, Antônio Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado*. Coimbra: Edições Almedina S/A. 2007.

SUSEP. Exposição de Motivos. DIR2 0912926 SEI 15414.616233/2020-96. p. 2. Disponível em: http://www.susep.gov.br/setores-susep/seger/copy_of_normas-em-consulta-publica/Exposicao%20de%20Motivos-Minuta-Tabua-180121.pdf. Acesso em: 10 out. 2021.

TJRJ. 10ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 16.453/01. Relator: Des. Sylvio Capanema de Souza. Julgado em 23/03/2002.

TJRJ. 10ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 46.839/05. Relator: Des. Sylvio Capanema de Souza. Julgado em 13/12/2005.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Comunicado de imprensa de 20 de dezembro de 2012. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1430_pt.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2004/113/CE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32004L0113&from=PT>. Acesso em: 10 ago 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Parecer da comissão dos transportes e do turismo (14.11.2016) dirigido à comissão dos direitos da mulher e da igualdade dos géneros. Relatório sobre a aplicação da Diretiva 2004/113/CE do Conselho que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento (2016/2012(INI)). Relator de parecer: Jens Nilsson.

UNIÃO EUROPEIA. Relatório 17.2.2017 sobre a aplicação da Diretiva 2004/113/CE do Conselho que aplica o princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento (2016/2012(INI)). Comissão dos Direitos da Mulher e da Igualdade dos Géneros. Relatora: Agnieszka Kozłowska-Rajewicz. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0043_PT.html#_part1_def2. Acesso em: 10 out. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça Europeu. Processo C-236/09. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009CJ0236:PT:HTML> Acesso em: 10 ago 2021.

Qualificação

Lais Bergstein – <https://orcid.org/0000-0002-6794-9718>

Doutora em Direito do Consumidor e Concorrencial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR); Advogada e Docente do Mestrado Profissional do CERS.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2504943895409402>

E-mail: lais@dotti.adv.br

José Roberto Trautwein – <https://orcid.org/0000-0002-8203-7119>

Doutorando e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil); Membro do Grupo de Pesquisa Direito Civil e Constituição da Unibrasil; Especialista em Direito Constitucional pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (Unibrasil) e Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná. Advogado.

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8254429078340644>

E-mail: joseroberto@dotti.adv.br