

ANÁLISE ECONÔMICA E JURÍDICA DA “PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ” NO DIREITO PRIVADO BRASILEIRO*

Mariana Pargendler¹

1. INTRODUÇÃO



Em 20 de setembro de 2019, a Lei 13.874 instituiu a “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, que veio a ser conhecida como Lei da Liberdade Econômica ou, simplesmente, LLE. Segundo a medida provisória que precedeu a LLE, “a liberdade econômica é cientificamente um fator necessário e preponderante para o desenvolvimento e crescimento econômico de um país.” Busca o legislador promover o desenvolvimento econômico, tanto é que chega até mesmo a, quixotesca-mente, legislar as suas *causas*.² A LLE inova também ao positi-
var o “princípio da boa-fé do particular perante o poder público” (art. 2º, II) e a “presunção de boa-fé nos atos praticados no

* Este trabalho foi originalmente publicado com o mesmo título no livro YEUNG, Luciana (Org.). *Análise Econômica do Direito: Temas Contemporâneos*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020, v. 1, p. 5-22. Toma por base o artigo “Alcance e limites da ‘presunção de boa-fé’: Custos probatórios e normas profiláticas no Direito Privado”, originalmente publicado em BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues; FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (orgs.) *Direito, Cultura, Método: Leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.

¹ Professora associada na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio e Global Professor of Law na New York University School of Law. É Diretora do Núcleo Direito, Economia e Governança da FGV Direito SP e Research Member do European Corporate Governance Institute. Lecionou como Visiting Professor of Law na Yale Law School, Stanford Law School, Columbia Law School e University of Pennsylvania Law School. É doutora e bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e doutora e LL.M. em Direito pela Yale University.

² Dispõe o art. 3º da LLE que os direitos ali elencados são “essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País”.

exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do Direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário” (art. 3º, VI). Trataremos aqui primordialmente da presunção de boa-fé no Direito Privado invocada pelo art. 3º, VI, embora muitas de suas lições possam ser úteis também para a presunção de boa-fé consagrada no âmbito do Direito Público pelo art. 2º, II.

Por certo, o apelo à presunção de boa-fé não é exatamente novo no Direito brasileiro. Ao examinar a experiência pretérita da jurisprudência brasileira sob aspectos jurídicos e econômicos, pretende-se oferecer subsídios seguros para a correta aplicação da presunção de boa-fé no Direito Privado consagrada pela LLE. Em particular, ao prescrever com todas as letras que a presunção de boa-fé jamais pode afastar disposição legal expressa, a LLE serve para sanar equívocos na interpretação de regras de Direito Privado por vezes observada na jurisprudência anterior.

Passa-se explicar justamente por que (i) o dito princípio da presunção de boa-fé jamais pode conduzir ao afastamento de regras legais expressas em sentido contrário e (ii) há boas razões para tanto, de modo que a criação jurisprudencial nesse sentido é equivocada e deve, portanto, ser repudiada sob a vigência da LLE. O desenvolvimento desse argumento tomará como base tanto razões de dogmática jurídica quanto considerações de política pública – recorrendo-se, neste último caso, às lições de Direito e Economia. Para tanto, analisaremos como o problema se apresenta em duas controvérsias paradigmáticas do Direito Civil e Comercial brasileiro, que concernem (i) ao regime jurídico aplicável à cobertura do suicídio em contratos de seguro de vida, conforme disciplina prevista no art. 798 do Código Civil e (ii) ao significado e aos efeitos jurídicos do conflito de interesses para fins de impedimento de voto, nos termos do art. 115 da lei acionária brasileira.

A exposição será organizada da seguinte forma. A seção 2 descreverá sucintamente como a ideia de que a “má-fé não se presume” vinha sendo utilizada para afastar a aplicação literal da lei em dois casos relevantes de Direito Privado. A seção 3 desenvolverá o conceito de “normas profiláticas”, técnica jurídica tradicionalíssima e dotada de forte racionalidade econômica – e que, portanto, não pode ser solapada mediante o uso indiscriminado da presunção de boa-fé. Por fim, a seção 4 apresentará brevemente as principais conclusões para o aplicador do direito.

2. DOIS CASOS PARADIGMÁTICOS SOBRE A PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ

Passemos agora a analisar duas controvérsias jurídicas relevantes nas quais a ideia de que a “má-fé não se presume” vinha sendo sido invocada mesmo antes da promulgação da LLE. Elas se referem à interpretação (2.1) da regra contida no art. 798 do Código Civil, que afasta a cobertura do seguro de vida em caso de suicídio cometido nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, e (2.2) da disposição prevista no art. 115, § 1º, da Lei 6.404 de 1976 (Lei das Sociedades por Ações – LSA), segundo a qual “o acionista não poderá votar nas deliberações da assembleia geral” que “puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia”. Em ambos os casos, a noção de que a má-fé não se presume foi aduzida para afastar a expressa dicção legal, a qual, vale frisar, não faz qualquer referência ao conceito de boa-fé ou má-fé.

2.1 ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL

O art. 798 do Código Civil de 2002 dispõe que “[o] beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do

contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente”. Seu parágrafo único, por sua vez, diz que, “ressalvada a hipótese prevista neste artigo, é nula a cláusula contratual que exclui o pagamento do capital por suicídio do segurado”. O texto legal parece deixar pouca margem para dúvidas: a hipótese de suicídio fica excluída da cobertura do contrato de seguro de vida nos dois primeiros anos da sua vigência, mas obrigatoriamente incluída na sua cobertura após esse período, por força de regra legal de natureza cogente.

Não obstante, o dispositivo em questão veio a suscitar relevante controvérsia jurisprudencial. A adoção do art. 798 tinha o claro objetivo de afastar o regime jurídico anteriormente vigente. Em síntese apertada, sob a égide do art. 1.440 do Código Beviláqua, a cobertura do suicídio dependia de sua caracterização como “voluntário” ou “involuntário”³ – entendendo-se com isso que apenas o suicídio premeditado anteriormente à contratação (dito voluntário) afastaria o dever de indenizar por parte da seguradora. Contudo, é certo que a comprovação da premeditação do suicídio,⁴ exigida por súmulas dos tribunais superiores, representava verdadeira “prova diabólica” para a seguradora relativamente às intenções do segurado, a qual, quando bem conduzida, levaria à “pesquisa invasiva de sua privacidade ou exposição de suas mais íntimas dores”.⁵ Diante dessas dificuldades,

³ *In verbis*: “Art. 1.440. A vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável, e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para trabalhar, ou outros semelhantes. Parágrafo único. Considera-se morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo”.

⁴ *Cf.* Súmula 105 do Supremo Tribunal Federal, editada em 13 de dezembro de 1963 (“Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro”); Súmula 61 do Superior Tribunal de Justiça, editada em 14 de outubro de 1992 (“O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”).

⁵ MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de Seguro. Suicídio do Segurado. Art. 798, Código Civil. Interpretação. Diretrizes e Princípios do Código Civil. Proteção ao Consumidor. Interpretação. Diretrizes e Princípios do Código Civil. Proteção ao

a codificação de 2002 procurou abandonar o critério da voluntariedade/premeditação do suicídio, que depende de prova, em prol de um critério objetivo de natureza temporal.

Ocorre que, mesmo após a promulgação do novo diploma, muitos tribunais inicialmente mantiveram o posicionamento jurisprudencial anterior para impor a cobertura securitária do suicídio cometido dentro do prazo de dois anos a partir da celebração do contrato, salvo se a seguradora efetivamente provasse a premeditação do ato. A manutenção do antigo entendimento jurisprudencial em face de alteração legislativa destinada a modificá-lo não pode deixar de surpreender.

Qual foi então o fundamento utilizado pelos tribunais para afastar a clara dicção do texto legal? Justamente o princípio da boa-fé, consagrado expressamente pelo novo Código, o qual obstaria a “presunção de má-fé” suscitada pela interpretação literal do art. 798. No julgamento do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1.244.022, em 2011, a Segunda Seção do STJ assentou que

[o] dispositivo contido no Código Civil de 2002 não teve o condão de revogar a jurisprudência tranquila da Corte, cristalizada na Súmula 61, sobretudo porque o novo diploma legal não poderia presumir a má-fé de um dos contratantes, sendo um dos fundamentos principais do Código Civil justamente a boa-fé. Segundo os princípios norteadores do Código Civil, o que se presume é a boa-fé, devendo a má-fé ser sempre comprovada⁶.

Esse entendimento somente veio a ser revertido em 2015, quando a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça passou a acolher o argumento de que o art. 798 consagra critério objetivo, o qual absolutamente afasta a investigação acerca da premeditação do suicídio e da boa-fé ou má-fé do segurado⁷ –

Consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil*. vol. 1 (2014), p. 260.

⁶ Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1.244.022-RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. 13.4.2011. D.J. 25.10.2011.

⁷ Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Recurso Especial nº 1.334.005-GO. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Rel. p/ acórdão Min. Maria Isabel Galotti. J.

posicionamento este que culminou na edição da súmula 610 em 2018.⁸ No entanto, o acórdão da Segunda Seção não examinou de forma mais detida o princípio, referido nas decisões anteriores e citado no voto vencido do ministro Paulo de Tarso Sanseverino, segundo o qual “a boa-fé é sempre pressuposta, enquanto a má-fé deve ser comprovada”.⁹ Antes de enfrentar este ponto, porém, cumpre analisar mais uma questão importante, desta vez na seara societária, que a presunção de boa-fé tem sido chamada a solucionar. 2.2 Art. 115, § 1º, da LSA

A parêmia de que “a má-fé não se presume” também tem aparecido no contexto da controvérsia relativa ao tratamento do conflito de interesses e do eventual impedimento de voto de acionistas em sociedades anônimas. A questão concerne à interpretação do art. 115, § 1º, da LSA. Reza o *caput* do art. 115 que

[o] acionista deve exercer o direito a voto no interesse da companhia; considerar-se-á abusivo o voto exercido com o fim de causar dano à companhia ou a outros acionistas, ou de obter, para si ou para outrem, vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas.

Já o § 1º do artigo citado dispõe que

o acionista *não poderá votar* nas deliberações da assembleia geral relativas ao laudo de avaliação de bens com que concorrer para a formação do capital social e à aprovação de suas contas como administrador, *nem em quaisquer outras que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou em que tiver interesse conflitante com o da companhia* (grifou-se).

Exemplo de situação fática que potencialmente enseja a aplicação do dispositivo é aquela verificada no já célebre caso

8.4.2015. D.J. 23.6.2015.

⁸ Súmula 610, editada em 25 de abril de 2018: “O suicídio não é coberto nos dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, ressalvado o direito do beneficiário à devolução do montante da reserva técnica formada”. Na mesma ocasião, cancelou-se a súmula 61, segundo a qual “[o] seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”.

⁹ Trecho da ementa do Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.188.091-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, J. 26.4.2011, D.J. 6.5.2011.

Tractebel,¹⁰ decidido em 2010 pela Comissão de Valores Mobiliários: o acionista controlador de uma companhia X pode votar na assembleia geral que deliberará sobre a aquisição, pela companhia X, das ações de uma companhia Y, detidas integralmente pelo mesmo acionista controlador? A contraposição de interesses entre companhia adquirente e acionista controlador é nítida: enquanto a companhia adquirente teria interesse econômico em fixar o menor preço, o acionista controlador, no papel de vendedor, tem interesse pelo maior preço possível para a transferência das participações societárias.

Apesar da clara dicção legal (“não poderá votar”) e da nítida contraposição de interesses em tal caso, surgiram duas correntes doutrinárias sobre a interpretação do art. 115, § 1º, em situações como essa. A primeira, defendida por juristas como Modesto Carvalhosa,¹¹ Fabio Konder Comparato¹² e Calixto Salomão Filho,¹³ sustenta que o conflito de interesses impeditivo do direito de voto tem natureza *formal*. Isto é, basta a configuração da contraposição de interesses verificável *ex ante* para que seja o acionista impedido de exercer o direito de voto em assembleia. Já a segunda corrente, acolhida por autores como Luiz Paes de Barros Leães,¹⁴ Nelson Eizirik¹⁵ e Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França,¹⁶ defende que o conflito de interesses

¹⁰ Comissão de Valores Mobiliários, Processo Administrativo nº RJ 2009-13179, Diretor-relator Alessandro Broedel Lopes, J. 9.9.2010.

¹¹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: Volume II: Arts. 75 a 137*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 513 e ss.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 91.

¹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 99-100.

¹⁴ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres – Volume I*. Singular: São Paulo, 2004, p. 181.

¹⁵ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume I: Arts. 1º a 120*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 663.

¹⁶ FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A. (e outros escritos sobre conflito de interesses)*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 96 - ss.

tem natureza *substancial*: o acionista *pode* votar em tais situações, desde que o faça tendo em vista o interesse da companhia. Segundo essa concepção, o impedimento abrange tão somente o voto que seja efetivamente contrário ao interesse da companhia, o que só pode ser aferido *ex post*.

O posicionamento da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) sobre o assunto tem oscilado entre as duas correntes.¹⁷ Chama a atenção, porém, que um dos argumentos aduzidos em favor da concepção substancial do conflito de interesses é precisamente o da presunção de boa-fé. Em voto vencido proferido no caso TIM,¹⁸ de 2001, e reproduzido na decisão da CVM no caso Tractebel, o diretor Luiz Antonio de Sampaio Campos formulou a seguinte crítica à posição do conflito formal, caracterizando-a como “algo muito violento e assistemático dentro do regime do anonimato, pois afasta a presunção de boa-fé, que me parece ser a presunção geral e mais tolhe um direito fundamental do acionista ordinário que é o direito de voto, no pressuposto de que ele não teria como resistir à tentação”.¹⁹ E continua:

Dito de outra forma, estar-se-ia a expropriar o direito de voto do acionista no pressuposto de que ele poderia vir a prejudicar a companhia mediante o seu exercício, em virtude de um aparente conflito de interesse. Haveria a presunção de que o acionista perpetraria uma ilegalidade acaso fosse lícito que preferisse o seu voto, numa espécie de consagração da fraqueza humana. Prefiro, em situações genéricas, entender que as pessoas cumprem a lei, que não se deixam trair por seus sentimentos egoísticos, porque, como disse, a boa-fé é a regra igualmente o cumprimento da lei e a inocência. Ora, se isto não fosse verdade, talvez fosse melhor não haver sociedade, pois a confiança é algo fundamental nas relações societárias, até mesmo

¹⁷ Para uma síntese dos posicionamentos da CVM em julgamentos anteriores, Cf. Comissão de Valores Mobiliários, Processo Administrativo nº RJ 2009-13179, Diretor-relator Alexsandro Broedel Lopes, J. 9.9.2010.

¹⁸ Comissão de Valores Mobiliários, Processo Administrativo Sancionador CVM nº TA/RJ2001/4977, Diretora-relatora Norma Jonsen Parente, J. 19.12.2001.

¹⁹ Comissão de Valores Mobiliários, Processo Administrativo nº RJ 2009-13179, Diretor-relator Alexsandro Broedel Lopes, J. 9.9.2010, item 10, citando o Diretor Luiz Antonio.

nas companhias abertas, pois ninguém, em sã consciência, gostaria de ser sócio de alguém em que não confia, principalmente se este alguém for o acionista controlador. Parece-me, assim, evidente a distorção, pois a presunção de hoje e sempre é que as pessoas cumprem a lei.

3. NORMAS PROFILÁTICAS E SEUS MÉRITOS

Diante da consagração da presunção de boa-fé pela LLE, o que dizer do regramento previsto no art. 798 do Código Civil e no art. 115, § 1º, da LSA, os quais parecem, para alguns intérpretes, contemplar presunções absolutas de má-fé? Configuram elas técnicas úteis e legítimas no nosso ordenamento jurídico? Ou atentariam elas contra princípios e valores fundamentais, como a presunção de inocência?

A fim de compreender este ponto é fundamental examinar a distinção entre duas técnicas legislativas distintas, que chamaremos aqui de *normas corretivas* de cunho customizado, de um lado, e de *normas profiláticas* de cunho abstrato, do outro, conforme definidas a seguir.²⁰ As regras corretivas apresentam abertura às características fáticas do caso concreto conforme aferido *a posteriori*, diferenciando o regramento jurídico adequado (porque mais eficiente ou mais justo) para cada hipótese. A regra do Código Civil de 1916, que tratava de forma diferenciada o suicídio premeditado do não premeditado, configura norma corretiva. Também é corretiva a regra de conflito de interesses nas sociedades anônimas segundo a corrente que defende que o conflito é substancial, pois novamente o tratamento será dado segundo os fatos do caso concreto, isto é, conforme a decisão em questão tenha sido ou não danosa à companhia.

No entanto, essa averiguação dos fatos do caso concreto

²⁰ Em verdade, não se trata de dicotomia estanque, havendo verdadeiramente um espectro entre normas corretivas e profiláticas. Além disso, não se pretende aqui sugerir que apenas a modalidade de regras aqui denominadas de profiláticas tenha conteúdo preventivo ou dissuasório, pois as regras corretivas também o tem, embora operem de forma distinta.

necessariamente implica custos, aqui referidos como custos probatórios. Em um mundo em que a prova dos fatos *ex post* fosse sempre exata e sem custos, isto é, os custos probatórios fossem nulos, o ordenamento jurídico sempre optaria por normas corretivas. Tal não é, porém, o mundo em que vivemos. Assim como o mundo real apresenta custos de transação positivos e normalmente altos, como alertou Ronald Coase, os custos probatórios são também significativos, sendo em muitos casos efetivamente inviável reconstruir a realidade dos fatos ocorridos.²¹

Nessas hipóteses, que são muitas, o sistema jurídico pode optar por um regramento único e objetivo, de caráter profilático, como o previsto no art. 798 do Código Civil e no art. 115, §1º, da LSA, interpretado segundo a corrente do conflito formal. Optamos por chamá-las de normas profiláticas porque desestimulam certas ações potencialmente contrárias ao bem-estar social, sem exigir prova do caráter nocivo da conduta no caso concreto. Essas regras refletem uma ponderação de três considerações de política pública: (i) o potencial socialmente danoso de uma dada conduta (como a contratação de seguro de vida com premeditação do suicídio ou a aprovação de negócio jurídico prejudicial à companhia); (ii) os custos probatórios relativos à identificação da conduta danosa no caso concreto e (iii) as consequências de uma regra geral de caráter preventivo. Tais considerações são extremamente comuns na técnica legislativa, manifestando-se em um grande número de regras legais.

Um exemplo de norma profilática é dado pela proibição ao nepotismo na Administração Pública, tão cara ao sistema jurídico brasileiro atual que o Supremo Tribunal Federal derivou o conteúdo preciso da súmula vinculante nº 13 diretamente dos princípios da impessoalidade, eficiência, igualdade e moralidade plasmados no art. 37 da Constituição Federal.²² A premissa

²¹ COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*. vol. 3 (1960), pp. 1-44.

²² *In verbis*: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor

fática a justificar a vedação ao nepotismo é a de que os vínculos afetivos levam as pessoas a promover o bem-estar de seus parentes próximos, ou exagerar as suas qualidades, de modo que o princípio republicano e o bom funcionamento do Estado seriam prejudicados na ausência de proibição da contratação. É possível, porém, que em certas situações, pessoas com vínculos de parentesco sejam as mais qualificadas para o cargo sob o ponto de vista objetivo. Ainda assim, considerações sobre o caráter socialmente danoso da tendência ao favorecimento de parentes, bem como a dificuldade probatória em se aferir a competência ou conveniência da contratação no caso concreto, aliada às modestas desvantagens da proibição absoluta, militam em favor de uma regra geral objetiva.

De um modo geral, a ideia subjacente às normas profiláticas é a de que “é melhor prevenir do que remediar”, sobretudo em razão dos altos custos probatórios associados à administração do remédio jurídico alternativo, comparativamente aos custos de prevenção do potencial dano. Tal como as vacinas ou medicações profiláticas, é possível que a intervenção seja desnecessária em alguns casos (por conta de sistema imunológico excepcionalmente forte ou de hábitos particularmente seguros de um dado indivíduo) ou que existam efeitos colaterais associados à sua administração (febre, dor de cabeça), mas ainda assim os benefícios da prevenção geral superam essas desvantagens, até porque a verificação desses fatores no caso concreto é extremamente custosa, se não impossível. O mesmo ocorre com as normas profiláticas: é possível que o regime jurídico preventivo seja desnecessário e desvantajoso no caso do segurado com saúde mental impecável no momento da contratação e do acionista controlador excepcionalmente justo, mas, ainda assim, os

da mesma pessoa jurídica, investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança, ou, ainda, de função gratificada na Administração Pública direta e indireta, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

benefícios gerais da prevenção subsistem.

Dito de outro modo, o Direito literalmente não “paga para ver” o que aconteceria em cada caso, mas busca coibir o mal pela raiz. É precisamente porque as sanções previstas pelas normas profiláticas de Direito Privado são relativamente pouco gravosas para as partes no tocante aos interesses em jogo (anulabilidade do ato ou negócio jurídico, ausência de cobertura do seguro etc.) que a técnica se justifica. Não estão aqui em jogo penas restritivas de liberdade ou de direitos de modo a autorizar extensão analógica da presunção de inocência que vigora no Direito Penal e é constitucionalmente tutelada.

Examinando mais detidamente a aplicação dessas considerações aos casos em exame, percebe-se que o art. 798 visa sobretudo prevenir a contratação de seguro de vida por aqueles que planejam se suicidar. Tal contratação representaria não apenas um problema jurídico, pois eliminaria a álea ínsita ao contrato de seguro, mas também um problema econômico. Caso fosse permitida ou facilitada a contratação de seguro de vida por suicidas, teria lugar o problema econômico conhecido como *seleção adversa*.²³ Ocorre a seleção adversa quando, diante da dificuldade em se diferenciar os “bons” dos “maus” contratantes no momento da celebração do acordo, incentiva-se a participação desses últimos (sendo “maus contratantes”, neste caso, os que agem em fraude contra a comunidade segurada). Isso, por sua vez, conduz a um aumento do preço, desestimula a participação por “bons contratantes” (para quem o seguro se torna excessivamente caro) e, em última análise, pode levar à redução ou mesmo à aniquilação do mercado de seguros.

Se a contratação de seguro de vida com premeditação do suicídio é um problema comum, também é verdade que a prova da premeditação é não apenas de difícil concretização por parte

²³ O problema foi identificado pelo economista norte-americano George Akerlof, em artigo que lhe rendeu o Prêmio Nobel de Economia em 2001. AKERLOF, George A. “The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism”. *The Quarterly Journal of Economics*. vol. 84, n° 3 (1970), pp. 488-500.

da seguradora (o que conduz, inelutavelmente, a um aumento no número de potenciais suicidas no *pool* de segurados, em detrimento dos demais), como também se mostra lesiva à intimidade do segurado.²⁴ Sendo assim, as vantagens dessa norma profilática – que tem por objetivo dissuadir a contratação por futuros suicidas – provavelmente superam as suas desvantagens.

Aliás, a profilaxia, nesse caso, tem efeitos mais amplos. Para além do problema da seleção adversa, a regra do art. 798 ainda mitiga, durante o período inicial de dois anos, outro problema econômico fundamental, conhecido como risco moral (*moral hazard*). Tal como a seleção adversa, o risco moral também pressupõe a assimetria de informações. Porém, enquanto na seleção adversa o objeto dessa assimetria é um fato anterior à contratação (decisão, já tomada, de tirar a própria vida), no risco moral o problema é posterior à contratação, sendo que a própria existência de cobertura contratual pode afetar a predisposição do segurado ao suicídio. Em outras palavras, a existência de cobertura por suicídio acaba por estimulá-lo mesmo com relação àqueles que não premeditaram o ato anteriormente à contratação. Com efeito, estudos empíricos sugerem que este efeito é real, pois é possível verificar um aumento na taxa de suicídios em diversos países após o transcurso do tempo mínimo exigido por lei para a sua cobertura.²⁵

A preocupação com a profilaxia se coaduna com abordagens de Direito e Economia, pois compartilham o olhar voltado ao futuro. Sob a perspectiva econômica, o que passou, passou (“*bygones are bygones*”); é somente olhando para o futuro que

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de Seguro. Suicídio do Segurado. Art. 798, Código Civil. Interpretação. Diretrizes e Princípios do Código Civil. Proteção ao Consumidor. Interpretação. Diretrizes e Princípios do Código Civil. Proteção ao Consumidor. *Revista Brasileira de Direito Civil*. vol. 1 (2014), p. 284.

²⁵ Ver, por exemplo, CHEN, Joe; CHOI, Chen Yun Jeong; SAWADA, Yasuyuki. Suicide and Life Insurance. *Working Paper* (2008). Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/6341736.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2020 (encontrando evidências empíricas sobre a existência dos problemas de seleção adversa e risco moral em contratos de seguro de vida).

se consegue incentivar condutas que maximizem os objetivos de uma dada sociedade. E é justamente esse olhar orientado para o futuro que permite que se obtenha uma diferente percepção sobre as consequências de diferentes regimes jurídicos.

Por exemplo, as decisões do STJ que afastavam a letra do art. 798 mencionavam, para além da boa-fé, os “ditames da justiça social”.²⁶ Olhando para o passado (isto é, para os fatos do processo que refletem necessariamente um suicídio que já ocorreu), a decisão mais justa e humanitária parecia ser a de facilitar a indenização dos familiares vitimados pela tragédia. Contemplando o futuro, porém, é possível alcançar solução distinta. Não apenas a regra do art. 798 promove a função social do contrato ao proteger a comunidade de segurados, mas também, nas palavras do ministro Sidnei Benetti, “atende muito mais ao sentido humanitário do que a da liberação pura e simples de pagamento de indenização em favor do beneficiário do suicida, porque é a que mais protege a vida contra o suicídio, visto que fortemente desestimula o ato extremo durante os dois primeiros anos do contrato”.²⁷

A regra sobre o impedimento de voto em caso de conflito de interesses também configura norma profilática. Em razão do conflito de interesses é possível, se não provável, que o acionista conflitado vote em benefício próprio. Essa é a premissa não apenas da análise econômica tradicional de viés neoclássico, que presume o comportamento autointeressado, mas também da análise baseada na economia comportamental, segundo a qual as pessoas tendem a formar opiniões que lhes beneficiem (*self-serving bias*), acreditando na justiça daquilo que atende aos seus interesses.²⁸ Isso, aliás, confirma a inutilidade em examinar a

²⁶ Superior Tribunal de Justiça. Segunda seção. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1.244.022-RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. 13.4.2011. D.J. 25.10.2011 (voto-vista do Min. Raul Araújo).

²⁷ Trecho do voto do Min. Sidnei Benetti no Recurso Especial 1.077.342-MG, Rel. Min. Massami Uyeda, Terceira Turma, J. 22.6.2010, D.J., 3.9.2010, p. 20.

²⁸ BABCOCK, Linda; LOEWENSTEIN, George. Explaining Bargaining Impasses?

situação à luz do conceito de má-fé, pois a psicologia humana é tal que os indivíduos tendem a crer na justiça daquilo que lhes beneficia, de modo que a boa-fé subjetiva frequentemente coexiste com a lesão ao interesse alheio.

A adoção do regime do conflito substancial suscita grandes dificuldades e custos na seara probatória, pois, diante da complexidade dos juízos empresariais e das controvérsias relativas à avaliação de bens e contratos, não é fácil demonstrar que um determinado negócio jurídico foi celebrado em condições não equitativas, nos termos do art. 117, § 1º, *f*, da LSA. Assim, busca-se novamente prevenir em vez de remediar. As desvantagens dessa regra, por sua vez, são relativamente modestas. Sempre que o contrato com acionista em questão for de fato benéfico à companhia, os acionistas desinteressados terão incentivos adequados em aprová-lo. Tanto é assim que, nos países nos quais os controladores têm menos influência política, são comuns as hipóteses de aprovação de decisões societárias pela “maioria da minoria” (*majority of the minority*) em caso de conflito de interesses.²⁹ A mesma lógica de dissuasão a negócios jurídicos eivados por conflitos de interesses é também prevalente em outras áreas do nosso ordenamento jurídico, justificando, por exemplo, a anulabilidade do contrato consigo mesmo (art. 117 do Código Civil) independentemente de prova do efetivo prejuízo.

4. CONCLUSÕES

A verificação ou não da boa-fé subjetiva no mundo dos fatos (bem como a sua presunção ou não, de acordo com o Direito) é apenas raramente relevante no âmbito do Direito Privado. O Direito Privado não costuma, como regra geral, premiar

The Role of Self-Serving Biases”. *Journal of Economic Perspectives*. vol. 11, nº 1 (1997), pp. 109-126, p. 110 (descrevendo “the tendency of parties to arrive at judgments that reflect a self-serving bias – to conflate what is fair with what benefits oneself”).

²⁹ Cf. ENRIQUES, Luca; HERTIG, Gerard; KANDA, Hideki; PARGENDLER, Mariana. “Related-Party Transactions”. In: ARMOUR, John et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 156-158.

a ignorância, nem tampouco exigir, para a caracterização de ato ilícito, uma ação dolosa ou intencional. A relevância da boa-fé subjetiva e da má-fé, portanto, fica adstrita às hipóteses em que o legislador explicitamente as acolhe como elemento do suporte fático, o que é raro.

São comuns e tradicionais no Direito Privado o que aqui chamamos de “normas profiláticas”, isto é, regras que desestimulam certas ações potencialmente contrárias ao bem-estar social, sem exigir prova do caráter nocivo da conduta no caso concreto. Em razão dos altos custos probatórios, as normas profiláticas consagradas pela tradição civilista e comercialista costumam ser eficientes do ponto de vista econômico, frequentemente tutelando, ainda, outros valores jurídicos relevantes. Inexiste qualquer fundamento jurídico para se negar validade ou eficácia às normas legais profiláticas com fundamento no “princípio geral de presunção de boa-fé”. Ao contrário, ao mesmo tempo em que consagra a presunção de boa-fé, a LLE expressamente veda a sua aplicação quando existe disposição legal expressa em sentido contrário, assim garantindo a aplicação hígida de normas jurídicas de caráter profilático.



REFERÊNCIAS

- AKERLOF, George A. The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*. vol. 84, nº 3 (1970), pp. 488-500.
- BABCOCK, Linda; LOEWENSTEIN, George. Explaining Bargaining Impasses? The Role of Self-Serving Biases. *Journal of Economic Perspectives*. vol. 11, nº 1 (1997), pp. 109-126.
- BENETTI, Giovana; CORRÊA, André Rodrigues;

- FERNANDES, Márcia Santana; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (orgs.). *Direito, Cultura, Método: Leituras da obra de Judith Martins-Costa*. Rio de Janeiro: GZ, 2019.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. Volume II: Arts. 75 a 137. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2011.
- CHEN, Joe; CHOI, Chen Yun Jeong; SAWADA, Yasuyuki. “Suicide and Life Insurance”. *Working Paper, 2008*. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/6341736.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2020.
- COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*. vol. 3 (1960), pp. 1-44.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: Estudos e Pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 91.
- EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada: Volume I: Arts. 1º a 120*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- ENRIQUES, Luca; HERTIG, Gerard; KANDA, Hideki; PARGENDLER, Mariana. Related-Party Transactions. In: ARMOUR, John et al. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. *Conflito de Interesses nas Assembleias de S.A. (e outros escritos sobre conflito de interesses)*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Pareceres – Volume I*. Singular: São Paulo, 2004.
- MARTINS-COSTA, Judith. Contrato de Seguro. Suicídio do Segurado. Art. 798, Código Civil. Interpretação. Diretrizes e Princípios do Código Civil. Proteção ao Consumidor. Interpretação. Diretrizes e Princípios do Código Civil. Proteção ao Consumidor. *Revista Brasileira de*

Direito Civil, vol. 1 (2014), p. 260.

PARGENDLER, Mariana. Análise Econômica e Jurídica da "Presunção de Boa-Fé" no Direito Privado Brasileiro. In: YEUNG, Luciana (Org.). *Análise Econômica do Direito: Temas Contemporâneos*. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2020, v. 1, p. 5-22.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.